

# InDret

## *Tècnica legislativa i teories de la regulació*

**Pablo Salvador Coderch**  
Facultat de Dret  
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper núm.: 208  
Barcelona, abril de 2004  
[www.indret.com](http://www.indret.com)

### *Sumari\**

1. Tècnica legislativa (tl), tradicions culturals i teories de la regulació
2. Interès públic i captura del regulador: doctrines i conjectures sobre la gènesi de la regulació
3. La tendència de les agències reguladores a maximitzar el seu propi pressupost i l'avaluació de la necessitat de noves regulacions en els catàlegs de directrius sobre tècnica legislativa. L'exemple dels paràgrafs 42 i 43 de la Gemeinsame Geschäftsordnung des Bundesministerien Alemanya Federal
4. La teoria econòmica de la regulació: sobre el paper de la negociació en els processos d'elaboració de disposicions jurídiques
5. Cinc reflexions per al futur de la tl
6. Bibliografia

---

\* Aquest treball va ser presentat al Seminari "La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho", que, sota la direcció del Prof. Dr. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ i sota els auspicis del Col·legi Lliure d'Emèrits se celebrà a Madrid els dies 11 i 12 de novembre de 2003. Una versió definitiva en suport paper es troba pendent de publicació en coedició amb l'editorial Civitas.

## 1. Tècnica legislativa (tl), tradicions culturals i teories de la regulació

La tècnica legislativa (d'ara endavant, **tl**) persegueix millorar i homogeneïtzar la qualitat de les lleis i altres disposicions jurídiques en dos aspectes fonamentals: la seva **composició** o estructura formal i la seva **redacció** o llenguatge<sup>1</sup>.

A aquests efectes, la **tl** formula propostes d'organització o reorganització de sistemes de composició i redacció dels avantprojectes i projectes de disposicions jurídiques, propostes que s'articulen en manuals de procediments o en catàlegs de directrius i en qüestionaris. Aquest text forma part del conjunt de treballs exposats a les Jornades sobre Tècnica Legislativa celebrades al *Colegio Libre de Eméritos* els dies 11 i 12 de novembre de 2003, en les quals l'anàlisi del sistema espanyol d'elaboració de disposicions jurídiques pertocà a Jiménez Aparicio (2003) –per a la fase governamental- i a Cazorla Prieto (2003) –per a la fase estrictament legislativa-. D'altra banda, una proposta raonada i actualitzada per a l'elaboració d'un manual de directrius de **tl** ha estat preparada per Martín Casals (2003).

La **tl** pressuposa el marc cultural de la llengua natural en què es formulen les lleis i la resta de disposicions jurídiques, però a més, s'incardina en un determinat sistema legal, judicial i administratiu. Respecte d'això, les dues grans famílies o tradicions culturals del dret comparat –el *Civil Law* i el *Common Law*- també influeixen en la **tl** espanyola –una variant del *Civil Law* llatí<sup>2</sup>, que distingeix entre:

- El model angloamericà del *Common Law*, basat en el principi de professionalització de la tasca de redacció de les lleis i en la seva concentració en un organisme únic i especialitzat.

---

<sup>1</sup> Un exemple flagrant de les autolimitacions originàries de la **tl** es pot veure a l'obra de GRETEL, pionera a Espanya, titulada *La forma de las leyes* (Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1986: la versió catalana, *La forma de les lleis, s'edità simultàniament*), *Introducción* (a càrrec de qui escriu aquestes ratlles), pp 11-13: Les teories de la legislació, escriví, han de ser considerades com a “[i]ngeniería social, pues, y no dogmática jurídica. (...) Dado el estadio protociencia y pretecnológico de los campos del saber relacionados [con las ciencias de la legislación o *Gezetzgebunglehre*]” s'explica que “se trate todavía de actividades muy escoradas del lado de las diferentes ideologías y doctrinas sociales no todas ellas buen caldo de cultivo de auténticas ciencias sociales” (p 11). Certament, des de fa 20 anys, quan GRETEL inicià el seu al·legat en pro de l'anàlisi de la legislació concebuda com a activitat, tenia ple sentit la nostra autolimitació als aspectes formals de la **tl**, és a dir, als relacionats amb la composició i redacció: en aquell moment, s'havia de posar a disposició dels redactors catalans i espanyols d'avantprojectes de disposicions jurídiques l'enriquidor instrumental que la regió germànica del *Civil Law* i pràcticament tota la cultura del *Common Law* havien creat en matèria de redacció i composició de les lleis. (*Gesetzestchnik, Legislative Drafting*). La concreció d'aquesta tasca va permetre portar a Espanya resultats molt contrastats amb una sola obra (complementada després amb GRETEL, *Curso de técnica legislativa*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, així com amb la resta de treballs que anirien publicant els membres del Grup durant la dècada dels noranta). No obstant, els beneficis d'aquesta concentració d'esforços i de l'intent de coherència intel·lectual no s'aconseguien sense costos i, primordialment, sense els que se'n deriven de la intencionada preterició dels aspectes politològics de la legislació i dels relacionats amb la teoria econòmica de la regulació

<sup>2</sup> Pablo SALVADOR CODERCH (2001), Informe sobre la Justicia. Fundación FAES. Madrid; i Pablo SALVADOR CODERCH *et alii* (2003), *La técnica legislativa y el lenguaje legal* (2003), a Jornades de Lingüística Forense *The Use of Linguistic Evidence For Forensic Purposes: Concepts, Methods and Applications*, Barcelona, 24 i 25 d'abril de 2003

En aquests treballs, el model de redacció concentrada és il·lustrat amb l'exemple de la legislació federal nord-americana (Ruiz García (2003)).

- El model continental europeu del *Civil Law*, de redacció difusa o ministerial, en el qual la tasca de redacció dels projectes de llei s'atribueix al departament o secció departamental del ministeri competent per raó de la matèria. Aquest model s'exemplifica en aquests treballs amb el cas alemany federal (Ortiz de Urbina (2003)).

Les exigències constitucionals que estableixen i modulen els processos d'elaboració de les lleis i la resta de disposicions jurídiques i que, a més a més, influeixen decisivament en la seva qualitat tècnico-legislativa són analitzades per Viver Pi-Sunyer y Barnés (2003).

En aquest treball introductori, en primer lloc tractaré d'il·lustrar molt breument alguns desenvolupaments de l'anomenada teoria econòmica de la regulació, fins a l'actualitat no gaire tinguts en compte per la **tl**. En segon lloc, advocaré perquè la regulació dels procediments d'elaboració de lleis i disposicions jurídiques inclogui l'activitat negociadora realitzada pels grups d'interessos i pels poders públics, així com la que es produeix entre els mateixos poders.

En efecte, encara que des de la seva fundació el 1984, el *Grupo de Estudios de Técnica Legislativa - GRETEL-* va posar molt èmfasi a distingir la **tl** -considerada com a un conjunt de coneixements encaminats a millorar la composició i redacció de les lleis- de la dogmàtica jurídica -o ciència de la interpretació de les lleis-, la qüestió sobre com s'incardina la **tl** en les teories de la legislació va quedar clarament en un segon pla, en una penombra teòrica pobrament recolzada per la idea de què la ciència o teoria de la legislació és un coneixement interdisciplinari, tributari de disciplines tan dispars com poden ser la filosofia moral i política, les doctrines generals del dret, la història, la sociologia i altres ciències socials, la lingüística, el dret constitucional i la resta de branques o ciències jurídiques -en el sentit de la paraula alemanya *Rechtswissenschaft-*, entre d'altres.

Com ja he esmentat, en aquest document i com a contrapunt a una posició tan difusa, ressenyaré algunes de les síntesis més conegudes de l'anomenada *Theory of Regulation* o teoria econòmica de la regulació, una de les aportacions més fecundes de la teoria de l'elecció racional aplicada al dret, una de les més polèmiques i menys difoses en la nostra cultura jurídica.

## ***2. Interès públic i captura del regulador: doctrines i conjectures sobre la gènesi de la regulació***

La moderna teoria econòmica de la regulació va sorgir el 1971 amb la publicació de *The Theory of Economic Regulation* de l'economista nord-americà i premi Nobel d'economia George Stigler<sup>3</sup>. Una síntesi molt útil dels desenvolupaments posteriors de la teoria, així com del seu estat actual es pot

---

<sup>3</sup> George STIGLER (1971), *The Theory of Economic Regulation*, 2 Bell Journal of Economics and Management Science (Spring 1971): 3-21

llegir al manual *Economics of Regulation and Antitrust* de W. Kip Viscusi, John M. Vernon i Joseph E. Harrington<sup>4</sup>. Com aquests autors diuen, quan Stigler va publicar el seu article fundacional existien dues concepcions bàsiques sobre la legislació que tractaven de donar raó de la seva gènesi:

Per a l'anomenada **doctrina normativa o de l'interès públic**, les regulacions –particularment, les de tipus econòmic-, tracten de contrarestar les fallades de mercat generalment associades amb l'existència d'un monopoli natural o amb la producció d'una externalitat negativa. Els monopolis naturals, que són freqüents en el sector de l'energia o dels serveis públics tradicionals (en una localitat, una companyia d'aigües sol ser més eficient que dos, perquè evita, per ex., duplicar els sistemes de canalització), són eficients des del punt de vista de la producció, perquè constitueixen l'única forma d'organització de la indústria que minimitza els costos de producció, però no ho són des del punt de vista de l'assignació dels recursos, perquè gaudeixen dels beneficis anticompetitius de qualsevol monopoli. En aquest sentit, la doctrina de l'interès públic assenyalava la conveniència d'una intervenció pública que regulés, en interès del públic, els preus del monopolista. Per la seva banda, les externalitats negatives sorgeixen quan terceres persones alienes als consumidors d'un determinat producte o servei es veuen obligades a assumir alguns dels costos de la seva producció o subministrament (per ex., això succeeix quan els veïns d'una ciutat han de suportar la pol·lució causada pel productor o prestador de serveis). Llavors, la doctrina normativa propugna la necessitat d'una intervenció de l'agent regulador públic que obligui l'empresari a internalitzar els costos externs de la seva activitat (en l'exemple anterior, forçant-lo a reduir o eliminar la pol·lució o a indemnitzar els danys causats) i, així, quedaria subordinat a les necessitats i interessos del públic en general, desateses per culpa d'una fallada en el mercat.

La doctrina normativa –dominant a Europa durant el segon terç del segle XX- ha estat criticada de forma justa per confondre els bons desitjos amb la realitat, cent tàlers imaginaris amb cent tàlers reals: davant una fallada de mercat, assumeix sense més que la intervenció pública és suficient per aconseguir la seva sanació, és a dir, suposa que el poder legislatiu, el govern, la burocràcia i el sistema judicial són intrínsecament benèfics. Així, incorre en allò que l'economista Harold Demsetz anomenà fal·làcia del Nirvana: compara el món real amb el cel dels ideals i dóna per resolt el problema suposant la intervenció d'agents públics dotats dels atributs de la divinitat<sup>5</sup>.

En segon lloc, l'evidència empírica refusa amb massa freqüència l'assumpció bàsica de la doctrina normativa, a saber, la tesi de què la intervenció pública segueix a la fallada de mercat com l'ombra al cos. De fet, moltes indústries que no són monopolis naturals ni generen fortes externalitats negatives estan subjectes a regulacions molt intenses, les quals es limiten a generar molts subsidis creuats a càrrec del consumidor. L'exemple clàssic que sol adduir-se és la indústria

---

<sup>4</sup> W. Kip VISCUSI, John M. VERNON i Joseph E. HARRINGTON (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 3rd ed., chapter 10, 298 i ss

<sup>5</sup> Harold DEMSETZ (1969), *Information and Efficiency: Another Viewpoint*, 12 J. of Law and Economics, 1-22

del taxi o la del transport per carretera, però això mateix s'hauria de dir de moltes professions regulades, com, per citar un altre exemple, l'advocacia, infestada històricament per regulacions limitadores de l'accés a la professió, de l'organització de la prestació dels serveis o, simplement, del seu preu.

Mancur Olson, en un llibre clàssic publicat el 1965<sup>6</sup>, ja havia mostrat com la idea de què els interessos difusos de la col·lectivitat gaudien de la protecció automàtica i benèfica de dret per obra i gràcia del funcionament dels mecanismes de la representació política era més aviat una ingenuïtat: els grups reduïts d'interessos molt concrets tenien al seu abast, molt més a prop i a menor cost que els grups molt amplis i difusos, els instruments que precisaven per a la seva defensa efectiva. De fet, moltes indústries i les seves associacions demanaven regulacions i intervencions públiques en defensa dels seus interessos o en recerca de subsidis creuats. El 1974, menys d'una dècada després de la publicació de l'obra d'Olson, i en un treball, també molt citat, Richard Posner, afirmà que no hi havia cap correlació estadísticament significativa entre estructura monopolística de la indústria i externalitats negatives, d'una banda, i regulació i intervencions administratives, de l'altra<sup>7</sup>.

La nèmese de la doctrina normativa de l'interès públic és la **doctrina de la captura**: el regulador és indefectiblement capturat per la indústria regulada, aquesta aconsegueix que el sentit de les reglamentacions aprovades i aplicades quedi clarament esbiaixat en favor dels seus interessos i, amb freqüència, els antics funcionaris de les agències reguladores culminen la seva carrera essent contractats per les indústries que van contribuir a regular<sup>8</sup>.

No obstant, la doctrina de la captura està subjecta a una crítica simètrica a la dirigida contra la de l'interès públic: la primera postula, sense més fonament, que les coses funcionen sempre malament on la segona assumeix que ho faran de la millor manera possible. Sobretot, és palès que ambdues doctrines manquen de carcassa teòrica, no construeixen sistemes contrastats d'hipòtesis explicatives de la gènesi i modificació de les diferents regulacions que permetin formular prediccions ajustades a l'experiència real, sinó que, com a màxim, es limiten a tractar de descriure descarnadament o idealitzada com creuen que funcionen.

---

<sup>6</sup> Mancur OLSON (1965), *Logic of Collective Action: Public Goods & the Theory*. Harvard Univ. Press

<sup>7</sup> Richard POSNER (1974), *Theories of Economic Regulation*, 5 Bell Journal of Economics and Management Science, 335-358

<sup>8</sup> William A. JORDAN (1972), *Producer Protection, Prior Market Structure and the Effects of Government Regulation*, 15 J. of Law and Economics, 151-176; cit. en VISCUSI, VERNON y HARRINGTON, *Economics of Regulation and Antitrust*, op cit., 317

### *3. La tendència de les agències reguladores a maximitzar el seu propi pressupost i l'avaluació de la necessitat de noves regulacions en els catàlegs de directrius sobre tècnica legislativa. L'exemple dels paràgrafs 42 i 43 de la Gemeinsame Geschäftsordnung des Bundesministerien Alemanya Federal*

L'obra de Mancur Olson citada en l'epígraf anterior va generar fecundes línies d'investigació algunes de les quals portaren a formular les primeres construccions teòriques en matèria de legislació, regulació i intervenció administrativa o judicial. Olson constatava les dificultats d'organitzar i coordinar els interessos col·lectius de grups d'individus davant la propensió de cadascun dels components del grup a aprofitar-se de la iniciativa dels altres (*free riding*) i a continuació es preguntava per les raons en virtut de les quals alguns grups tenien més èxit que d'altres en la tasca d'emprendre la defensa dels interessos de tot el grup. En aquest sentit, situava al centre de la seva construcció una distinció dels grups i dels costos de l'organització i defensa dels seus interessos en funció de la dimensió del propi grup, però sense distingir, a diferència del que feia la politologia tradicional, entre agents públics o privats i, en particular, sense suposar en cap moment la bondat intrínseca dels "filòsofs-reis" ja fossin legisladors, buròcrates o jutges: a la distinció entre interessos privats i públics li succeí l'existent entre grups petits -ben cohesionats i millor organitzats en la defensa dels seus interessos- i grups amplis -els interessos de la qual, inevitablement molt difusos, són de difícil coordinació-. Per la seva pròpia estructura, els grups petits, conformats entorn de la necessitat o conveniència de defensar interessos molt concrets i molt importants per a cadascun dels escassos membres del grup permeten superar els problemes de l'acció col·lectiva molt millor que els grups extensos i difusos. En aquests últims, l'escassa dimensió de l'interès particular de cadascun dels seus membres dificulta que qualsevol d'ells s'involucri costosament en l'àrdua tasca de l'acció col·lectiva; més aviat, al contrari, la poca significació de l'interès individual facilita el descuit particular dels interessos generals del grup.

Aquesta manera de veure les coses porta a alinear l'anàlisi dels comportaments dels agents privats i públics sense idealitzar ni demonitzar l'executòria d'aquests últims. I, en una altra obra de referència publicada el 1971, William Niskanen es proposà estudiar el comportament d'una burocràcia encarregada de gestionar una agència reguladora partint de la idea bàsica de què el seu objectiu primari és maximitzar el seu propi pressupost<sup>9</sup>. Podem considerar aleshores una relació principal-agent en la qual el principal és el poder legislatiu i l'agent, el director de l'agència reguladora. La quantia del pressupost de l'agència depèn d'una decisió parlamentària que, a més, és controlada molt directament pel govern, que és qui proposa l'aprovació de la Llei de Pressupostos. Al seu torn, el govern depèn de l'electorat o, més concretament, de les preferències del votant mitjà<sup>10</sup>, que decideix el resultat de les conteses electorals.

---

<sup>9</sup> William NISKANEN (1971), *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago, Aldine

<sup>10</sup> Anthony DOWNS (1957), *An Economic Theory of Democracy*, New York, Harper and Row

La propensió del parlament i del govern a assignar més o menys recursos pressupostaris,  $P$ , a l'agència reguladora s'esquemmatitza a la figura 1 i el seu import en euros apareix en l'eix vertical<sup>11</sup>. D'altra banda, la quantitat,  $Q$ , produïda per l'agència, es representa al llarg de l'eix horitzontal.  $P$  és decreixent amb  $\Delta Q$  a partir de  $Q^*$ .

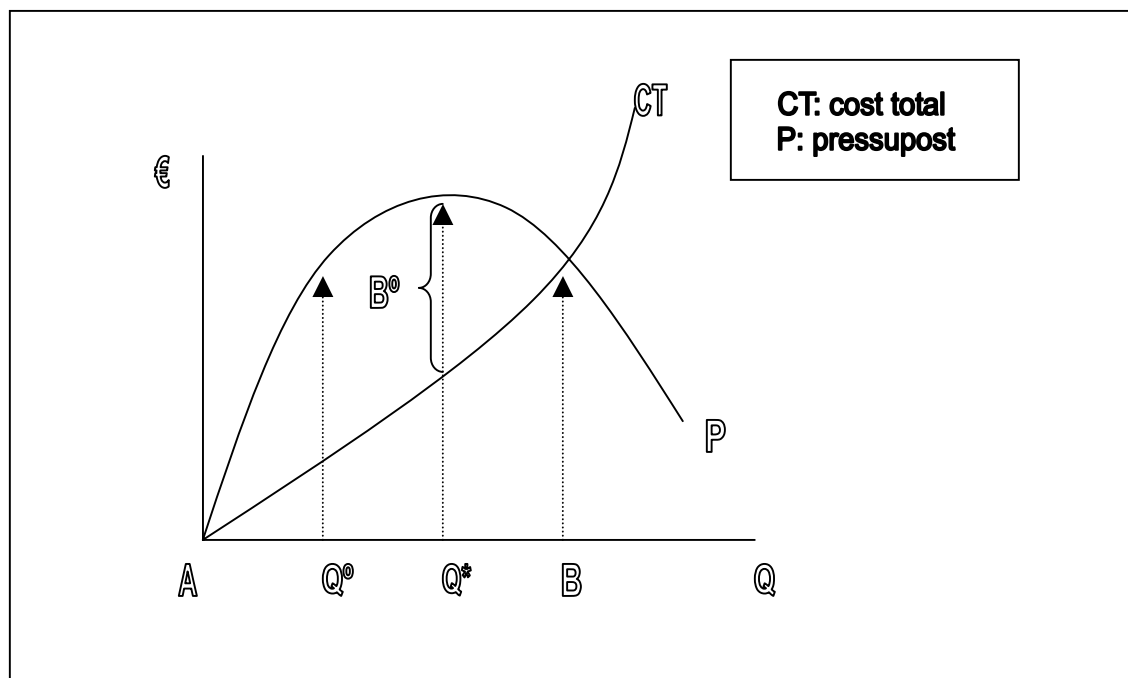


Figura 1

Els costos unitaris de producció i aplicació de la regulació de l'agència,  $CT$ , estan subjectes a la llei dels rendiments decreixents i, per això, augmenten més que proporcionalment amb  $\Delta Q$ . Niskanen va assumir que l'agència coneixeria la forma de la funció corresponent molt millor que el seu principal, el parlament; en el límit, que els costos de funcionament de l'agència són, almenys en gran manera, informació privada d'aquesta (en termes algebraics,  $P = aQ - bQ^2$ ; i  $CT = cQ + dQ^2$  on  $a, b, c$  i  $d$  són constants positives). En qualsevol cas, la propensió  $P$  del principal a dotar pressupostàriament a l'agència limita l'*output* d'aquesta a l'interval  $[A, B]$  i, com que els funcionaris que controlen l'agència tenen com a objectiu bàsic maximitzar el seu pressupost, triaran el valor de  $Q$  que coincideixi amb el punt més alt de  $P$  en l'interval esmentat, és a dir,  $Q^*$ , decisió que, al seu torn, generarà un benefici per a l'agència mesurat per la diferència entre  $P$  i  $CT$  en  $Q^*$ .

A la figura 2 assumim valors diferents de  $P$  i  $CT$  de forma tal que el màxim  $Q^*$  de la funció  $Q$  de la propensió a dotar pressupostàriament a l'agència queda a la dreta de l'interval  $[A, B]$ , és a dir,

<sup>11</sup> D'acord amb la presentació de Kenneth A. SHEPSLE i Mark S. BONCHEK (1997), *Analyzing Politics. Rationality, Behavior and Politics*. New York and London, W. W. Norton & Company, 347 i ss



queda fora de les possibilitats de l'agència i llavors podem comparar  $Q^*$  i  $Q^{**}$  amb  $Q^0$ , la qual maximitzaria la diferència entre la disposició a dotar a l'agència i els seus costos, és a dir, que ens donaria el nivell de producció que triaria l'agència si fos privatitzada. Com és obvi, aquest nivell socialment òptim de producció de regulació i control de la seva aplicació,  $Q^0$ , és menor que  $Q^*$  o que  $Q^{**}$ : les agències reguladores tenen una propensió a sobrerregular, a produir -v. gr. a gastar-massa.

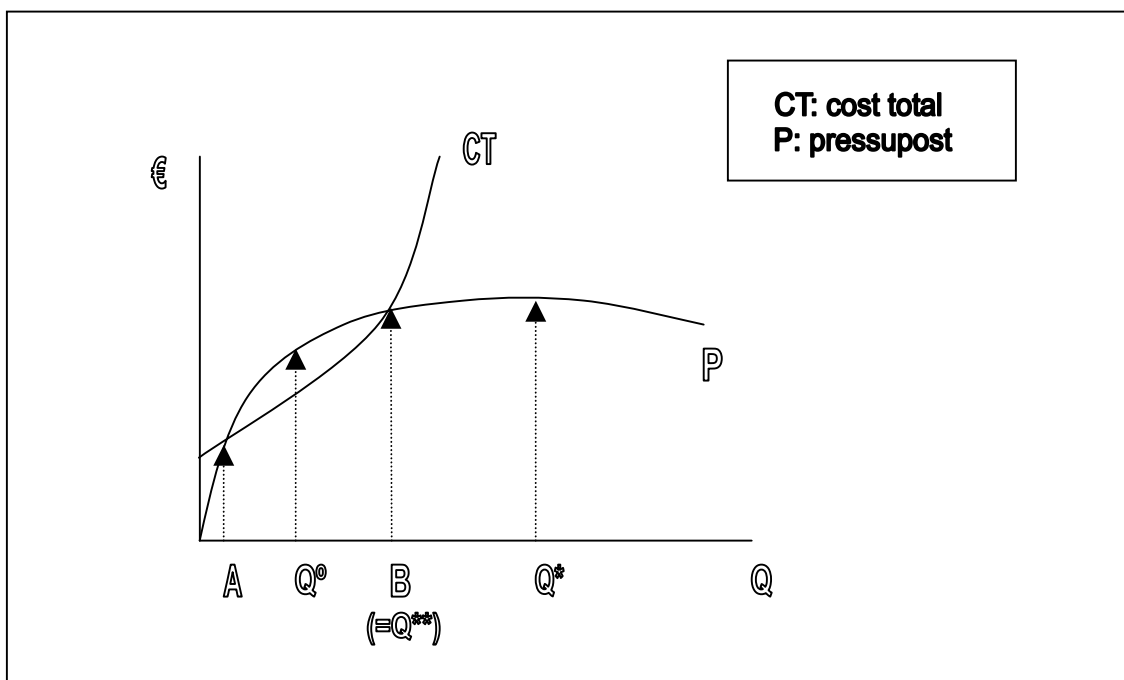


Figura 2

Com assenyalen Shepsle i Bonchek<sup>12</sup>, el model de Niskanen no està exempt de crítiques: n'hi ha prou amb modificar alguna de les hipòtesis bàsiques del model per alterar-ne els resultats. En particular, si, com sembla raonable, deixem d'assumir que l'agència controla *tota* la informació relacionada amb els costos de l'activitat de regulació i d'aplicació de la regulació que genera sense que el parlament i el govern ni tinguin accés. Així, és més plausible assumir que agent i principal estan en una situació de monopoli bilateral: un únic oferent de serveis de regulació i control negocia amb un únic comprador dels serveis i cadascuna de les parts disposa d'informació que l'altra pot conèixer o desconèixer en major o menor grau<sup>13</sup>.

No obstant, en la mesura que les agències reguladores disposin de clars avantatges relatius – comparades amb les del govern i del legislador que resolen sobre el seu finançament– per conèixer els costos del seu propi funcionament, l'aportació de Niskanen continua essent un

<sup>12</sup> *Ibidem*, 353 i ss

<sup>13</sup> Gary J. MILLAR, Terry M. MOE (1983), *Bureaucrats, Legislators and the Size of Government*. 77 *American Political Science Review*, 297-323

instrument poderós de control de les directives bàsiques de teoria de la legislació i **tl** que posen l'èmfasi en la contrastació de la necessitat de nova legislació o de modificar les regulacions preexistents. Així, una de les regles més bàsiques dels catàlegs de directrius de **tl**, és la que pregunta sobre la necessitat i alternatives de la regulació proposada: el § 42 de la *Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien*<sup>14</sup> estableix que els esborranys d'avantprojectes de llei estaran formats per l'avantprojecte pròpiament dit (*Gesetzesentwurf*), la fonamentació o exposició de motius (*Begründung*) i la portada (*Vorblatt*).

En la fonamentació, assenyala el § 43, s'explicitaran:

- Els objectius (*Zielsetzung*) i necessitat (*Notwendigkeit*) del projecte i de les seves disposicions.
- Els suposats materials que en condicionen l'aplicació (*Sachverhalt*) i les seves fonts de coneixement (*Erkenntnisquellen*).
- Si existeixen o no altres solucions possibles i, en particular, si la tasca pot ser realitzada directament pels particulars.
- ...
- 

La plantilla de la portada (Annex 5 de la GGO) és la següent:

- A. Problema i objectiu.
- B. Solució.
- C. Alternatives.
- D. Costos per a l'erari públic.
- E. Altres costos.

---

<sup>14</sup> Beschluss des Bundeskabinetts vom 26. Juli 2000. Bundesministerium des Innern. Berlin, 2000. (<http://www.staat-modern.de/projekte/beschreib/Daten/ggo.pdf>)

*§ 42 Gesetzesvorlagen der Bundesregierung*

- (1) *Gesetzesvorlagen bestehen aus dem Entwurf des Gesetzestextes (Gesetzesentwurf), der Begründung zum Gesetzesentwurf (Begründung) und einer vorangestellten Übersicht (Vorblatt) entsprechend Anlage 5.*
- (2) *Der Gesetzestext besteht grundsätzlich aus einer Überschrift, einer Eingangsformel und den in Paragraphen oder Artikeln gefassten Einzelvorschriften (Anlage 6). Gesetzesentwürfe sollen die notwendigen Folgeänderungen in anderen Gesetzen und, zum Zweck der Rechtsbereinigung, die Aufhebung überholter Vorschriften vorsehen.*
- (3) *Für die Vorbereitung von Gesetzesentwürfen gilt das vom Bundesministerium des Innern herausgegebene Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften.*
- (4) *Für die rechtsförmliche Gestaltung von Gesetzesentwürfen gelten das vom Bundesministerium der Justiz herausgegebene Handbuch der Rechtsförmlichkeit und die vom Bundesministerium der Justiz im Einzelfall gegebenen Empfehlungen.*
- (5) *Gesetzesentwürfe müssen sprachlich richtig und möglichst für jedermann verständlich gefasst sein. Gesetzesentwürfe sollen die Gleichstellung von Frauen und Männern sprachlich zum Ausdruck bringen. Gesetzesentwürfe sind grundsätzlich dem Redaktionsstab der Gesellschaft für deutsche Sprache beim Deutschen Bundestag zur Prüfung auf ihre sprachliche Richtigkeit und Verständlichkeit zuzuleiten.*
- (6)

La plantilla segueix el model de l'anomenat "*Questionari Blau*" (*Prüffragen für Rechtsvorschriften des Bundes*) aprovat per acord del govern federal alemany d'11 de desembre de 1984<sup>15</sup>, un formulari de 10 preguntes que el redactor d'avantprojectes de disposicions jurídiques ha de tenir present a l'inici del seu treball:

1. És realment necessari fer quelcom?
2. Quines alternatives hi ha?
3. Ha d'actuar la Federació?
4. És necessari realitzar una llei?
5. Cal actuar ara?
6. L'abast de la regulació és adequat?
7. Es pot limitar la seva vigència?
8. La regulació és clara i està orientada al ciutadà?
9. La regulació és practicable?
10. Existeix una relació adequada entre costos i beneficis?

En el desenvolupament de la segona pregunta, relativa a les alternatives possibles, el qüestionari detalla quatre blocs de qüestions ulteriors:

2.1 Quins són els resultats de l'anàlisi del problema? Quines les seves causes? En quins factors es pot incidir?

2.2 Quins són els instruments generalment adequats que permeten aconseguir, totalment o amb restriccions justificables, l'objectiu desitjat? (També: mesures per a una aplicació i una execució més efectives de les disposicions existents, relacions públiques, acords, inversions, programes d'incentivació, suggeriments i foment d'una iniciativa pròpia raonable per part de les persones afectades, solucions per via legal,...)

2.3 Tenint en compte els següents aspectes quins són els instruments d'actuació més adequats?

- a) Despeses i càrregues per als ciutadans i l'economia
- b) Efectivitat (encert, grau i probabilitat d'aconseguir l'objectiu previst, entre d'altres)
- c) Costos i despeses per al pressupost públic
- d) Repercussions sobre les normes existents i programes previstos
- e) Efectes col·laterals i conseqüències
- f) Comprensió i acceptació per part dels destinataris i de les autoritats executives

2.4 Quin tipus d'actuació permet evitar noves disposicions normatives?

---

<sup>15</sup> Sobre aquest tema, vegeu Miquel MARTÍN CASALS (1991), *Llistes de comprovació (Checklisten): els seus significat i objectiu*, a *Técnica normativa. El procediment intern d'elaboració de les normes*, Barcelona, Generalitat de Catalunya. Departament de Governació. Comitè Assessor per a l'estudi de l'organització de l'Administració, 147-174; - - (1991), *Técnica normativa: Las directrices*, a *Técnica normativa de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Imprenta de la Comunidad de Madrid, 103-127; - - (1989), *La técnica de las Checklisten*, Cuadernos y Debates 14, Curso de Técnica Legislativa. GRETEL, Grupo de estudios de Técnica Legislativa, Serie de Técnica Legislativa I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 253-290

Segons la pràctica idiosincràsicament exacta de l'administració alemanya, que sens dubte faria les delícies de Niskanen, l'espai assignat en la plantilla de la portada per a la resposta a la pregunta sobre les alternatives a la solució proposada, és a dir, al projecte de llei, s'omple amb la paraula alemanya "Keine" –"Cap"<sup>16</sup>-. resulta inconcebible que l'autor o autors del projecte declarin una altra opinió –i que, a més, ho facin precisament en la portada del document en què han emprat moltes hores del seu treball i que defineix el seu rol professional-. Com podria l'autor d'un projecte defensar l'existència d'alternatives més avantatjoses?

És obvi que els ingenus §§ 42 i concordants de la GGO no tenen una altra utilitat que no sigui la merament retòrica. Sense necessitat de formular protesta de fe en les bondats de la teoria de l'elecció racional, el mínim que podem fer és deixar constància de que l'anàlisi de la necessitat i alternatives al projecte no pot ser encarregat als mateixos autors. Una modificació de mínims de la GGO consistiria en establir que l'avaluació del projecte resumida en la portada ha de quedar sempre a càrrec d'institucions distintes i independents a les interessades en l'aprovació del projecte mateix. Entre aquestes últimes es compten, com indubtablement dirien Olson i Niskanen, no només les persones, entitats i grups particulars afectats, sinó les burocràcies ministerials encarregades de l'elaboració dels esborranys i avantprojectes de llei i d'altres disposicions jurídiques. Una modificació més substancial –i més clarament aliniada amb els ensenyaments de Niskanen- proposaria incrementar la transparència del funcionament de les agències reguladores i, en particular, suggeriria la conveniència de sotmetre-les periòdicament a auditories legals i comptables de caràcter extern en tot cas.

#### ***4. La teoria econòmica de la regulació: sobre el paper de la negociació en els processos d'elaboració de disposicions jurídiques***

Com indicàvem a l'epígraf 2 d'aquest treball, el 1971, George Stigler va establir les bases d'una teoria de la regulació que, més enllà de les conjectures ideològiques de les doctrines de l'interès públic i de la captura, permetia formular prediccions contrastables empíricament sobre l'evolució de peces concretes de regulació d'una indústria donada. Stigler va partir de la doble idea que aquell qui controla l'organització política disposa d'un recurs bàsic, el poder de coerció, i que, per la seva banda, els grups d'interessos –a què s'havia referit Olson- tracten d'influir sobre els poders i autoritats públics perquè estableixin i apliquin regulacions el més satisfactòries per als seus interessos, però, que això succeeix de la mateixa manera que els agents polítics i els funcionaris que controlen les agències reguladores persegueixen al seu torn maximitzar la seva utilitat: la naturalesa humana, venien a dir Olson i Stigler, no és diferent –altruista o egoista- segons el rol professional –públic o privat- assumit per un individu, sinó que és molt semblant en ambdós casos.

---

<sup>16</sup> Vegeu, en aquest mateix grup de treballs, ORTIZ DE URBINA, *Técnica Legislativa en Alemania*, capítulo B.2.c), 13; a més a Hans SCHNEIDER (2002), *Gesetzgebung*, 3 A, Heidelberg C.F. Müller

El 1976, Sam Peltzman, en un altre article titulat *Toward a More General Theory of Legislation*<sup>17</sup>, va portar fins a l'extrem les concepcions d'Olson i Stigler formalitzant-les en un model molt senzill que resumim a continuació un altre cop d'acord a com ho van presentar Viscusi, Vernon i Harrington<sup>18</sup>. Ambdós partien del fet que l'activitat política consisteix -parafraçant la famosa definició de "política" de David Easton: "*The authoritative allocation of values for a society*"<sup>19</sup>- fonamentalment a redistribuir riquesa i que aquesta activitat és el determinant primari del contingut de les regulacions que s'adopten; afegien que l'objectiu primari d'un polític professional era accedir al poder o, si ja el detentava, continuar en el seu exercici; i que, en darrer terme, els diferents grups d'interessos pugnaven entre si mateixos per a l'obtenció de legislació favorable als seus interessos a canvi d'oferir-los el seu suport polític i econòmic.

Com havia afirmat Olson, els grups millor organitzats i amb interessos més definits i concentrats gaudien d'un avantatge en la competència pels favors del poder públic: els costos d'identificació dels temes crucials de la política legislativa de redistribució de recursos en el seu favor, els d'organització del grup i els de control d'aquells membres del grup que pretenguessin defugir de la feina col·lectiva sense veure disminuïts cap ni un dels seus avantatges eren més reduïts que aquests mateixos costos en el cas de grups més amplis però pitjor definits (compareu per ex. la posició dels agricultors en un estat membre de la UE amb la dels consumidors en general); similarmet, els beneficis de la regulació eren de major entitat individual i més fàcilment perceptibles en el cas de grups petits i ben definits que en el cas dels ciutadans en general. Tot això, portava a què el grup i, en particular, els seus agents o gestors poguessin controlar i els seus membres *percebre*, molt millor que en el cas dels grups grans, l'activitat del legislador, l'exercici de la potestat reglamentària del govern i l'actuació administrativa dels òrgans de les administracions públiques que implementaven les decisions polítiques escaients.

Així, l'assumpció bàsica del model radica en el fet que els agents públics trien proposar i aprovar la decisió legislativa o reglamentària que maximitzi el grau de suport polític que rebran. Supposeu, segons Peltzman, un debat sobre polítiques de preus de protecció per a un producte agrari: el polític professional en funcions de legislador o d'agent regulador haurà de tenir en compte que com més gran sigui el preu per producte també ho serà el suport que rebrà del grup d'agricultors que es dediquin al seu conreu, però menor serà el recolzament que rebran dels consumidors que hauran de pagar més per adquirir-lo. La figura 3 representa el model de funció de suport polític:

---

<sup>17</sup> Sam PELTZMAN (1976), *Toward a More Theory of Legislation*, 19 J. of Law and Economics, 211-240

<sup>18</sup> *Op cit*, 319-323

<sup>19</sup> David EASTON (1953), *The Political System: an inquiry into the state of political science*, New York, Knopf, 129

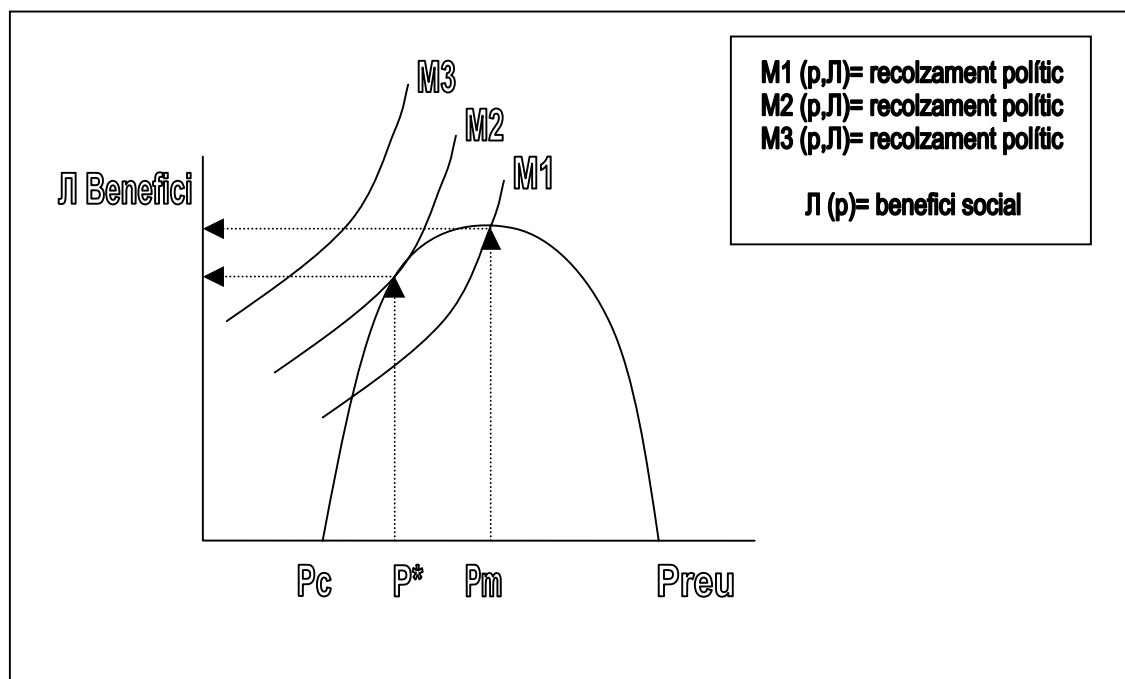


Figura 3

**Funció de suport polític:**  $M(P, \pi)$  és una funció decreixent en  $\Delta P$  perquè els consumidors s'oposen a increments de preus i creixent en  $\Delta \pi$  ja que els productors recolzen legislacions que afavoreixin l'increment de beneficis.

**Funció de beneficis:**  $\pi(P)$  és una funció creixent per a  $P < P^m$  i decreixent per a  $P > P^m$ .

Les corbes d'indiferència del legislador representen tots els parells de preus i beneficis que genera cada nivell  $M_1, M_2, M_3, \dots$  de suport polític. El pendent és positiu: si el preu s'incrementa (i baixa el suport dels consumidors), com que el nivell global de suport  $M_1, M_2, M_3, \dots$  s'ha de mantenir en la mateixa magnitud, el benefici augmenta (i puja el suport dels empresaris i indústries). Com  $M(P, \pi)$  decreix en  $P$  i creix en  $\pi$ , el suport polític puja cap al nord-oest:  $M_3 > M_2 > M_1$ .

El preu òptim  $P^*$  és aquell que aconsegueix el major nivell de suport polític subjecte a la limitació que el benefici sigui igual a  $\pi(P)$ . No és casual que  $P^*$  es trobi entre el preu de competència  $P^c$  (benefici 0) i el preu de monopoli  $P^m$  (benefici màxim): si el preu d'equilibri que el grup de productors -la indústria, en aquest sentit- aconseguiria en absència de tota regulació és molt pròxim al que resultaria de la regulació mateixa, és a dir, a  $P^*$ , llavors l'interès del grup per aconseguir la regulació és inexistent: per hipòtesi el benefici derivat de la nova regulació és zero o gairebé. En canvi, si el preu d'equilibri és pròxim a  $P^m$  o a  $P^c$ , el grup tindrà molt a guanyar com a conseqüència de la nova regulació, l'aprovació de la qual urgirà. Així, les indústries relativament monopolístiques o relativament competitives seran més propenses a ser regulades que les que es trobin entre ambdós extrems, una predicció que sembla tenir alguna base empírica<sup>20</sup>.

<sup>20</sup>Encara que sigui anecdòtica: cfr. VISCUSI, VERNON i HARRINGTON, *op cit*, 323

El model de Stigler i Peltzman és molt senzill. En altres més complexos, com el proposat per Gary Becker el 1983<sup>21</sup>, l'èmfasi es posa en la competència entre els grups d'interessos, és a dir, en les transferències de riquesa que el desenvolupament i aplicació de la legislació produeix entre ells i en les pèrdues de "dissipació" que inevitablement es produeixen com a conseqüència del mateix procés de distribució que la nova legislació realitza. En l'aportació de Becker, resulta essencial la influència *relativa* de cada grup, és a dir, aquella que efectivament exerceix sobre els agents polítics tenint en compte la influència exercida pels altres. Els grups poden aconseguir un equilibri polític si el conjunt de graus de pressió efectivament aplicats sobre el poder públic permet que cap grup en particular tingui incentius per modificar el seu nivell de pressió ni, per tant, les inversions destinades a exercir-lo. L'equilibri no és òptim, perquè cada grup podria invertir menys a tractar d'influir sobre els poders públics sense pèrdua final d'influència efectiva (absència d'un òptim de Pareto). A més a més, si augmenten les pèrdues de dissipació provocades per increments dels costos marginals de projectar, aprovar, desenvolupar i aplicar noves regulacions, llavors la quantitat efectiva de nova regulació disminueix. Una implicació de tot això és que les polítiques reguladores que fomentin el benestar social tindran més probabilitats d'èxit que les que no ho facin: el model suggereix així que les indústries més intensament regulades seran aquelles que presentin més fallades de mercat, perquè el pes mort derivat de la nova legislació tendirà a ser més reduït i els grups que s'en beneficiïn aplicaran més pressió per aconseguir-ne l'aprovació. A diferència del que succeix amb el model d'Stigler i Peltzman, la formulació de Becker ofereix algun suport analític a la doctrina de l'interès públic, però sense arribar a postular que l'existència d'una fallada del mercat ens porti –gairebé com si fos màgia blanca– a una legislació inevitablement benèfica i sempre protectora de l'interès general, perquè el factor decisiu en cada cas és la influència relativa de cada grup d'interès.

Des que, en les dècades dels anys setanta i vuitanta es formularen les primeres teories pròpiament dites de la regulació, l'èmfasi originàriament posat en la composició i estructura dels diferents grups d'interessos així com en la seva capacitat d'influència relativa ha estat desplaçat cap a d'altres actors del procés: la simplicitat inicial dels models ha estat substituïda per una més gran complexitat: no cal parlar del legislador o dels agents públics que controlen els processos de legislació, de desenvolupament reglamentari de les lleis aprovades pel parlament, de l'actuació administrativa en aplicació de les qüestions anteriors i de l'aplicació judicial del dret. A la diversitat de grups privats que cridaren l'atenció de Mancur Olson cal afegir, entre d'altres, la diversitat dels organismes públics derivada de la divisió de poders entre el Legislatiu, l'Executiu i el Judicial: els poders públics competeixen entre ells de forma semblant a com ho fan els grups privats i no hi ha cap bona raó per suposar que sempre i en tot cas, els interessos dels titulars dels càrrecs rellevants en els poders de l'Estat estaran sistemàticament aliniats. En particular, la teoria clàssica de la regulació va deixar de costat els jutges i tot el fenomen de l'aplicació judicial del dret.

---

<sup>21</sup> Gary BECKER (1983), *A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence*, 98 J. of Economics, 371-400; vegeu VISCUSI, VERNON i HARRINGTON, *Economics of Regulation and Antitrust*, 323-328 per a un desenvolupament de la síntesi resumida al text

Paral·lelament, durant la dècada dels anys noranta, la teoria de la legislació i, en general, la ciència política, s'han enriquit amb l'aplicació massiva de la teoria de jocs. Les síntesis recents de teoria política positiva (*Positive Political Theory*) destaquen la importància de tenir en compte els processos interns de negociació (*bargaining*) entre els agents individuals que integren un poder de l'Estat, així com dels que es produeixen entre els mateixos poders i la influència que el marc institucional exerceix sobre la formació i control de les agendes de negociació<sup>22</sup>.

La negociació *en o entre* les institucions, així com entre les persones i grups integrants de cada institució –és a dir, *al seu si-* no solament és inevitable, sinó que –contràriament a una opinió encara molt estesa- és desitjable: en la famosa definició de Max Weber<sup>23</sup>, l'Estat es caracteritza per posseir el monopoli de la força i, com escriu Robert Cooter, “[d]e tots els monopolis, el control del monopoli estatal sobre la força és el més profitós” per a qui ho posseeix<sup>24</sup>. Fins i tot en una democràcia, alguns polítics, afegeix aquest autor, podrien tendir a erosionar la competència popular pels càrrecs públics per evolucionar cap a una dictadura. La teoria de la competència suggereix dues formes de contrarestar aquestes tendències, així:

- L'expansió d'un càrtel produeix sempre l'efecte de desestabilitzar-ho, ja que incrementa els incentius de cadascun dels membres del càrtel a desviar-se<sup>25</sup>. Similarment, conclou Cooter, dividir i separar els poders de l'Estat desestabilitza o desequilibra els càrtels polítics en la mesura que requereix la cooperació de més i més càrrecs públics per mantenir el monopoli governamental. Les eleccions periòdiques són un instrument imprescindible de control del poder, però la divisió de poders també és necessària.
- En segon terme, a més de desequilibrar els càrtels, la divisió de poders influeix en la manera d'actuar dels governs: “Un superior imparteix ordres a un inferior, però els iguals actuen en base a negociacions”, d'acords. “La divisió de poders converteix els subordinats en iguals i substitueix ordres per negociacions”<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Vegeu SHEPSON i BONCHEK, *op cit*; Dennis MUELLER (1996), *Constitutional Democracy*, New York, Oxford University Press; Jerry MARSHAW (1997), *Greed, Chaos and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law*. New Haven, Yale University Press; i Robert COOTER (2000), *The Strategic Constitution*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press

<sup>23</sup> En la primera definició sobre l'Estat el va descriure com una "*comunidad humana que reivindica -con éxito- el monopolio del uso legítimo de la coacción física sobre un territorio determinado*", a Max WEBER, *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, 7a ed, Mèxic, 1984, 1056

<sup>24</sup> COOTER, *op cit*, 211

<sup>25</sup> Com aprenen de seguida els estudiants d'organització industrial, escriu l'autor citat, *ibidem*, p. 213, quatre competidors són suficients per a complicar extraordinàriament l'organització i gestió d'un càrtel i, consegüentment, per a permetre una certa despreocupació de les agències de control i competència. Parafraçant això, es podria dir, que en dret de la competència: “Un, dos, tres i... molts”.

<sup>26</sup> *Ibidem*



La competència pel poder i entre els poders minva el monopoli i afavoreix la competència, un resultat clarament desitjable: seria irònic que la ciència política, en general, i la teoria de la legislació, en particular, es mostressin contràries als monopolis econòmics i partidàries del monopoli polític, combatent qualsevol temptativa de reforçar la competència en el mercat polític, com si –en línia amb la doctrina normativa de l'interès públic– el mer fet d'ostentar un càrrec públic o una posició funcional transformés de forma substancial i benèfica la condició humana.

Així doncs, la divisió de poders, a més de desestabilitzar els càrtels, força els governs a procedir més per la via de la negociació que per la via de les ordres, però “si els acords impliquen costos de negociació, la jerarquia imposa costos de supervisió”<sup>27</sup>: les diferents constitucions positives, segons Cooter, estableixen sistemes més o menys intensos de divisió o separació de poders i, en fer-ho així, aconsegueixen equilibris diferents entre cada tipus de costos: un sistema electoral i parlamentari caracteritzat per una disciplina rígida i una organització interna democràtica dels partits polítics atorga al primer ministre molt poder sobre els diputats del seu partit. En canvi, en un sistema presidencial en el qual s'accedeix al càrrec de primer ministre per elecció específica i diferent de les eleccions parlamentàries, el president resta obligat a negociar amb el parlament en moltes més ocasions que l'anterior (compareu el sistema britànic amb el nord-americà federal).

Les conseqüències de la forma d'organització constitucional dels partits polítics, del sistema electoral i de la divisió de poders en la legislació són òbvies: els sistemes que afavoreixen més la negociació que la jerarquia incrementen els costos de negociació interns de les organitzacions polítiques i entre els poders de l'Estat, contenen el creixement de la legislació i fan disminuir la seva demanda. Al contrari, en reduir els costos de transacció, la unificació del poder o la seva concentració en el govern i en el seu president –qui, amb freqüència, ostenta a més a més el càrrec de secretari general del partit en el poder– acceleren el ritme de la legislació i incrementen la seva demanda, perquè l'abarateixen considerablement.

La figura 4, que apareix en l'obra citada de Robert Cooter<sup>28</sup>, serveix per il·lustrar-ho. L'eix horitzontal indica la quantitat de legislació, mesurada en nombre de lleis aprovades per legislatura, i l'eix vertical, el seu preu: a la figura, la demanda de legislació es refereix a la propensió dels ciutadans a pagar a grups de pressió (*lobbyists*) per impulsar-la. L'oferta de legislació es refereix als costos que afronten els grups de pressió per oferir nova legislació. La separació de poders desplaça cap amunt la funció d'oferta i, en conseqüència, el preu de la legislació s'incrementa de  $p_0$  a  $p_1$  mentre que la demanda es redueix de  $q_0$  a  $q_1$ .

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, 213

<sup>28</sup> COOTER, *op cit*, 214

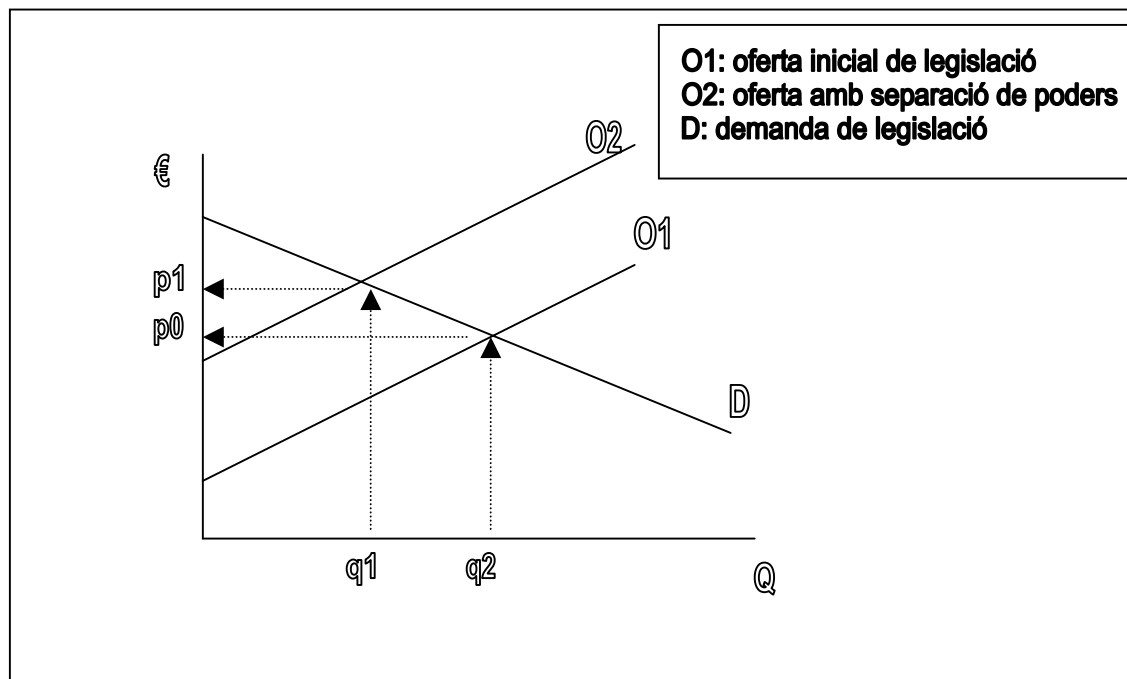


Figura 4

Així, la separació de poders, afirma Cooter, provoca que les despeses dels ciutadans en legislació passin de  $(p_0, q_0)$  a  $(p_1, q_1)$ . Les despeses totals augmentaran si la demanda de legislació és rígida i disminuiran si és elàstica. Com en teoria del consum, la demanda de productes de primera necessitat sol ser rígida, però la de béns de luxe sol ser elàstica, el reforç de la divisió constitucional de poders tendirà a incrementar la demanda de les despeses totals en aquelles peces de legislació que siguin considerades com a necessàries per part dels grups de pressió, de la mateixa forma que reduirà la demanda de noves lleis que siguin considerades simplement com a desitjables, però que no siguin imprescindibles. En la pràctica el fet que la despesa total en legislació augmenti o no dependrà de la relació entre legislació necessària i simplement desitjable -luxosa-.

Observeu que, a més d'alterar la despesa en legislació, el reforç de la divisió de poders la reordena: en sistemes caracteritzats per una separació clara de poders, un grup de pressió molt influent sobre un dels poders de l'Estat, però no sobre la resta de poders, pot bloquejar, retardar o, en definitiva, encarrir l'aprovació de nova legislació. És fàcil concloure, en darrer terme, que la divisió de poders afavoreix l'*status quo*.

En un sistema constitucional com el que ha establert a Espanya la Constitució de 1978, la divisió de poders entre l'Executiu i el Legislatiu és molt més limitada que en un sistema presidencial com el nord-americà federal, el qual està en la base de la major part dels models de teoria política positiva utilitzada per la moderna teoria de la legislació. Per això, el model següent sobre

interval·s o espais de negociació entre poders, basat en una aportació pionera de Brian A. Marks<sup>29</sup> mostra el possible marc de negociació entre executiu i legislatiu en els casos en què el partit governamental no disposi de majoria absoluta i precisi de l'acord amb d'altres organitzacions polítiques per tirar endavant les seves iniciatives legislatives. Donat el cas, suposem a més que el Congrés dels Diputats hagués de discutir un projecte de llei orgànica de modificació del codi penal, l'aprovació del qual requereix, precisament per tractar-se d'una llei orgànica, majoria absoluta de vots favorables (art. 81 CE). Es pressuposa a més que el projecte està políticament vinculat a l'aprovació d'un crèdit extraordinari, ja que l'aplicació de la nova llei implica noves despeses públiques no previstes en la llei pressupostària. En últim lloc, s'assumeix que la intervenció del Senat no és rellevant, és a dir, que el model funciona com si el règim constitucional fos unicameral<sup>30</sup>.

Llavors, si el govern no aconsegueix el suport del parlament, la doble iniciativa no prosperarà i les despeses públiques addicionals importaran 0 €. La primera preferència del govern és una nova despesa per un import de  $E$  €, però acceptaria despeses superiors a aquest import fins a un màxim de  $E_0$  €, en la qual el govern és indiferent entre l'aprovació o el rebuig de la seva iniciativa, és a dir, per a qualsevol import superior de despesa, la retiraria o votaria en contra. Això comporta que el govern estarà disposat a negociar qualsevol solució que impliqui despeses dins l'interval  $[0, E_0]$ .

D'altra banda, la primera preferència del parlament és aprovar una despesa de  $L$  €, més enllà de la qual prefereix menors despeses.  $L_0$  és un nivell de despesa en el qual el parlament és indiferent entre l'aprovació o el rebuig de la iniciativa governamental, és a dir,  $u^L(0) = u^L(L_0)$  i qualsevol iniciativa que suposi una despesa major que  $L_0$ , no obtindrà recolzament parlamentari suficient. Això implica que el parlament està disposat a discutir qualsevol iniciativa que es mogui dins l'interval  $[0, L_0]$ .

---

<sup>29</sup> I que ja he utilitzat amb anterioritat per a criticar la doctrina clàssica de la interpretació de les lleis, les relacions entre el poder judicial i el legislatiu i, en particular, alguns conflictes institucionals entre el Tribunal Suprem i el Tribunal Constitucional. Vegeu: Brian A. MARKS (1988), *A Model of Judicial Influence on Congressional Policy-making*, Working Papers on Political Science, Hoover Institution, California; John A. FEREJOHN i Richard R. WEINGAST (1992), *A positive Theory of Statutory Interpretation*, 12 *International Review of Law and Economics*, 263-279; John A. FEREJOHN i Richard R. WEINGAST (1992), *Limitation of Statutes: strategic Statutory Interpretation*, 80 *The Georgetown Law Journal*, 565-582; Pablo SALVADOR CODERCH (1992), *Interpretación judicial y decisión política*, *Anuario de Derecho Civil*, volum XLV, fasc IV, Ministerio de Justicia, Madrid; MCNOLLGAST (1995), *Politics and the Courts: A Positive Theory of Judicial Doctrine and the Rule of Law*, *Southern California LR*, 1631-1683; el model descrit en el text està basat, amb alguns canvis, en el que es troba a Robert COOTER (2000), *op cit*, 215-217

<sup>30</sup> El model pot modificar-se fàcilment per a resoldre la complicació addicional que suposaria l'existència d'una segona cambra: vegeu COOTER, *op cit*, 216-217

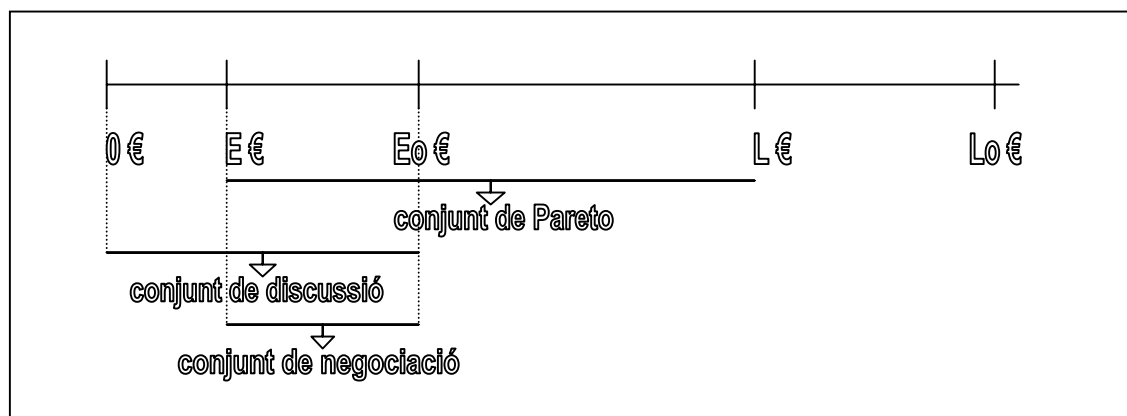


Figura 5

La intersecció o interval comú a ambdós conjunts  $[0, E_0]$  i  $[0, L_0]$  és  $[0, E_0]$ , demarca el conjunt de punts, és a dir, de quanties possibles de despesa que govern i parlament estan disposats a discutir (*conjunt de discussió*, a la figura 5), ja que limita amb els seus respectius valors de reserva.

Iniciada la discussió, ambdues parts identificaran de seguida les quantitats possibles de despeses que prefereixen respecte d'altres despeses (*conjunt de Pareto*, a la figura 5):  $[E, L]$ . La convergència d'interessos cap al conjunt esmentat elimina de la negociació les propostes que romanguin fora d'aquest interval, la qual cosa comporta que la discussió es redueixi a l'àmbit en qüestió: dins l'interval, el govern prefereix qualsevol quantitat més pròxima a E i el parlament qualsevol més pròxima a L. La decisió final necessita ser negociada.

El conjunt de negociació (*bargain set*) és la intersecció del conjunt de discussió i el conjunt de Pareto  $[E, E_0]$ : inclou tots els punts o propostes de despesa que ambdues parts estan disposades a tractar com a base de cooperació. Perquè un punt estigui inclòs en el conjunt de negociació ambdues parts han d'estar disposades a negociar-lo al mateix temps que discrepen sobre l'existència d'un punt millor.

Els models breument explicats en les pàgines anteriors manifesten l'interès de l'anàlisi de la teoria política en els processos de negociació que tenen lloc entre els poders públics i els particulars, entre els poders públics o al si de cada poder. Naturalment, no és aquest el lloc adequat per analitzar quin és el marc legal i institucional que el dret espanyol preveu en cada cas. Com a exemple, es pot esmentar la participació dels particulars en els procediments d'elaboració de disposicions generals<sup>31</sup>. El dret espanyol no preveu expressament processos de negociació entre poders públics i particulars. No obstant això, la regulació dels tràmits d'audiència i informació en el procediment d'elaboració de disposicions generals es pot prendre en consideració com a punt de partida de les reflexions exposades al final d'aquest treball. Així,

<sup>31</sup> A la doctrina espanyola, vegeu el treball clàssic de E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1989), *Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vía administrativa*, a Libro homenaje al profesor José Villar Palasí, Madrid, 437 i ss, qui, no obstant, de seguida va deixar de banda la temàtica de la participació *uti singulus* per a centrar-se en la *uti cives*. Aquesta distinció entre la intervenció com a titular de drets i interessos propis i com a membre de la comunitat, és a dir, com a afectat per l'interès general

l'art. 105 a) de la Constitució Espanyola estableix el principi d'audiència dels ciutadans en el procediment d'elaboració de disposicions jurídiques:

“Artículo 105. Audiencia de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones administrativas y acceso a registros administrativos.

La ley regulará:

a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.”

I l'apartat b) del mateix article es refereix al principi de transparència:

“b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.”

Per la seva banda, la *Ley 50/1997, de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno*, regula en el seu Títol V, articles 22 i ss<sup>32</sup>, la iniciativa legislativa, la potestat reglamentària i el control dels actes del govern. En concret, l'art. 24, sobre el procediment d'elaboració dels reglaments, estableix:

“1. La elaboración de los reglamentos se ajustará al siguiente procedimiento:

a) La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

b) A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previos preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto.

c) Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado.

Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan.

d) No será necesario el trámite previsto en la letra anterior, si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración indicado en el apartado b).

e) El trámite de audiencia a los ciudadanos, en sus diversas formas, reguladas en la letra c), no se aplicará a las disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades de la presente Ley, así como a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella.

---

<sup>32</sup> Vegeu també els arts. 84 i ss. en relació amb el 37.5 de la *Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*

f) Junto a la memoria o informe sucintos que inician el procedimiento de elaboración del reglamento se conservarán en el expediente todos los estudios y consultas evacuados y demás actuaciones practicadas.

2. En todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica, sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos.

3. Será necesario informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas cuando la norma reglamentaria pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

4. La entrada en vigor de los reglamentos aprobados por el Gobierno requiere su íntegra publicación en el «Boletín Oficial del Estado».”

Als efectes que ens interessin<sup>33</sup>, destaca, en l'article esmentat, el tràmit d'audiència dels ciutadans –directament o a través de les organitzacions i associacions reconegudes per la llei que els agrupin i representin-, en el cas que la disposició en curs d'elaboració afecti els seus drets i interessos, i que es realitzarà durant un termini raonable -no inferior en principi a quinze dies, però que podrà reduir-se a set per raons justificades-.

Observeu que el tràmit d'audiència pot ser suprimit:

- Per “greus raons d'interès públic” degudament motivades.
- Si les organitzacions o associacions de què es tracti ja haguessin participat en el procediment per mitjà d'informes o consultes sol·licitats pel centre directiu competent.
- En els casos de projectes de disposicions que regulin els òrgans, càrrecs i autoritats de la mateixa llei, així com les disposicions orgàniques de l'Administració General de l'Estat o de les organitzacions dependents o adscrites a ella.

D'altra banda, el tràmit d'informació pública –potencialment més rellevant que el que acabem de veure- es limita discrecionalment en els casos en què “la naturalesa de la disposició ho aconselli”. La llei dona cabuda a la intervenció ciutadana i, en particular, als grups organitzats d'interessos, alhora que assumeix la bondat de la doctrina normativa de l'interès públic, però amb dues excepcions: les raons d'interès públic que permeten obviar el tràmit d'audiència als afectats en els seus drets o interessos hauran de ser qualificades com a “greus” i, en tot cas, caldrà motivar la decisió, i encara és més estricte el condicionament del tràmit d'informació pública a la naturalesa de la disposició, apreciada per l'Administració.

Una jurisprudència consolidada<sup>34</sup> estableix que l'audiència és preceptiva per a les associacions o col·legis professionals que, per mandat legal, representin interessos de caràcter general i

---

<sup>33</sup> Vegeu l'article realitzat per Emilio Jiménez Aparicio. L'autor agraeix al Dr. Jiménez Aparicio i a l'Advocat de l'Estat Juan Manuel Herrero de Egaña y Espinosa de los Monteros l'ajuda prestada sobre aquesta matèria, sens perjudici de no ser responsables en cap cas del seu desenvolupament al text

<sup>34</sup> Per a la falta d'audiència al dret alemany, vegeu ORTIZ DE URBINA, *Técnica Legislativa en Alemania*, capítol B.2.d), nota 28, 15; i, en general, F. SANTAOLALLA LÓPEZ (2002), *Comentario al art. 24 de la Ley 50/1997, de organización,*

corporatiu i no siguin de caràcter voluntari. Amb aquestes excepcions, l'omissió del tràmit provoca la nul·litat de la disposició: tractant-se d'un tràmit legalment preceptiu, la seva ommissió comporta la nul·litat del reglament (art. 62.1.e) de la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*)<sup>35</sup>. Així, queden subjectes a control jurisdiccional, és a dir, a la supervisió d'un poder diferent al propi Govern.

L'exclusió, en canvi, del tràmit d'audiència en relació amb els reglaments de caràcter organitzatiu -les disposicions reglamentàries que es refereixin als òrgans, càrrecs i autoritats regulats per la mateixa Llei, així com a les disposicions orgàniques de l'Administració General de l'Estat- no comporta la conseqüència esmentada, segons determinen la pròpia Llei i jurisprudència: els reglaments dictats en exercici de la potestat autoorganitzadora de l'Administració exhaureixen la seva eficàcia en l'àmbit intern.

És més significativa l'exclusió implícita que resulta de l'art. 22 de la pròpia Llei, relatiu a la iniciativa legislativa del Govern: no es preveu cap tràmit d'audiència en l'àmbit del procediment d'elaboració de projectes de llei. En la fase governamental d'elaboració de projectes de llei (analitzada amb deteniment per Emilio Jiménez Aparicio en el seu treball per a les Jornades del *Colegio Libre de Eméritos* esmentades a l'inici), la intervenció dels ciutadans, així com dels grups d'interessos és discrecional, ja que pot tenir lloc, però només -formalment - a iniciativa del Govern o del Ministeri o Ministeris competents:

“1. El Gobierno ejercerá la iniciativa legislativa prevista en los artículos 87 y 88 de la mediante la elaboración, aprobación y posterior remisión de los proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.

2. El procedimiento de elaboración de proyectos de ley, a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el Ministerio o Ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente Anteproyecto, que irá acompañado por la memoria y los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. En todo caso los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica.

3. El titular del Departamento proponente elevará el Anteproyecto al Consejo de Ministros a fin de que éste decida sobre los ulteriores trámites y, en particular, sobre las consultas, dictámenes e informes que resulten convenientes, así como sobre los términos de su realización, sin perjuicio de los legalmente preceptivos.

4. Una vez cumplidos los trámites a que se refiere el apartado anterior, el titular del Departamento proponente someterá el Anteproyecto, de nuevo, al Consejo de Ministros para su aprobación como proyecto de ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado, acompañándolo de

---

competencia y funcionamiento del Gobierno, a C.J. FERNÁNDEZ CARNICERO, Comentarios a la Ley del Gobierno, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 330 i ss, i allà més cites

<sup>35</sup> SANTAOLALLA LÓPEZ, *op cit*, 345. L'autor opina de *lege ferenda* que “los vicios de procedimiento sólo debían tener relevancia (...) cuando se demuestre que de los mismos se ha derivado un daño real y apreciable en el patrimonio jurídico de los que reclaman la observancia de los requisitos correspondientes.”

una Exposición de Motivos y de la Memoria y demás antecedentes necesarios para pronunciarse sobre él.

5. Cuando razones de urgencia así lo aconsejen, el Consejo de Ministros podrá prescindir de los trámites contemplados en el apartado tercero de este artículo, salvo los que tengan carácter preceptivo, y acordar la aprobación de un proyecto de ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.”

Santaolalla López, qui recentment ha analitzat rigorosament aquesta regulació, opina que hauria sigut preferible “regular un único trámite de participación ciudadana, siendo lo de menos su denominación, y en lo posible restringido a los titulares de un derecho o interés legítimo”<sup>36</sup>.

### *5. Cinc reflexions per al futur de la tl*

La breu síntesi de l'evolució de la teoria econòmica de la regulació que acabem de recollir en les pàgines anteriors és d'allò més allisonadora. La tl espanyola del segle XXI pot recollir el fruit dels desenvolupaments anteriors si acull la doble idea de la realitat de la influència dels grups d'interessos en l'elaboració de disposicions jurídiques i de la negociació que inevitablement, però també desitjable, es produeix entre els grups d'interessos i els poders públics, així com les que s'articulen entre els integrants de cada poder i els poders mateixos entre si.

Com a línies de treball, més que no pas com a conclusions, que en aquest treball he tractat d'apuntar, es poden finalment destacar les següents:

#### I

#### **Teoria econòmica de la regulació**

La doctrina normativa, que concep la legislació i la regulació com a activitats que tendeixen necessàriament a la consecució de l'interès públic, així com la seva nèmesi -la doctrina de la inevitable captura del regulador pel regulat- haurien de cedir terreny a anàlisis teòriques sistemàticament i empírica contrastables i, en particular, als realitzats per la teoria econòmica de la regulació.

#### II

#### **Legislació i grups d'interessos (Lobbys)**

La realitat de la participació dels grups d'interessos ciutadans en l'elaboració de les lleis i la resta

---

<sup>36</sup> SANTAOLALLA LÓPEZ, *op cit*, 332. Com diu el mateix autor “el trámite de audiencia es propio de los procedimientos administrativos conducentes a la adopción de una resolución o acto singular, mientras que la información pública no tiene sentido en estos últimos y sí, en cambio, en los de elaboración de las disposiciones generales.”



de disposicions jurídiques hauria de ser tinguda en compte per la **tl** del segle XXI.

### III

#### **Negociació en els poders públics i entre ells mateixos**

El procés d'elaboració de lleis i disposicions jurídiques igualment hauria de tenir en compte els eventuals processos de negociació que tenen lloc al si de cada poder de l'Estat, així com entre els diferents poders públics.

### IV

#### **Negociació i limitació del monopoli estatal de la força**

La idea de negociació hauria de ser assumida com una manera de contrarestar el monopoli estatal de la coerció.

### V

#### **Transparència i de minimització dels conflictes d'interessos**

La negociació que eventualment té lloc en el marc dels processos d'elaboració de lleis i disposicions jurídiques hauria d'estar legalment subjecta a exigències estrictes de transparència, així com a les cauteles adequades per neutralitzar els conflictes d'interessos.

## 6. Bibliografia

Robert COOTER (2000), *The Strategic Constitution*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press

Gary BECKER (1983), *A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence*, 98 J. of Economics

Harold DEMSETZ (1969), *Information and Efficiency: Another Viewpoint*, 12 J. of Law and Economics

Anthony DOWNS (1957), *An Economic Theory of Democracy*, New York, Harper and Row

David EASTON (1953), *The Political System: an inquiry into the state of political science*, New York, Knopf

John A. FERREJOHN i Richard R. WEINGAST (1992), *A positive Theory of Statutory Interpretation*, 12 International Review of Law and Economics

-- (1992), *Limitation of Statutes: strategic Statutory Interpretation*, 80 The Georgetown Law Journal

E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1989), *Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vía administrativa*, a Libro homenaje al profesor José Villar Palasí, Madrid

GRETEL, Grupo de Estudios de Técnica Legislativa (1986), *La forma de las leyes*, Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona

-- (1989), *Curso de técnica legislativa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid

William A. JORDAN (1972), *Producer Protection, Prior Market Structure and the Effects of Government Regulation*, 15 J. of Law and Economics

Miquel MARTÍN CASALS (1989), *La técnica de las Checklisten*, Cuadernos y Debates 14, Curso de Técnica Legislativa. GRETEL, Grupo de estudios de Técnica Legislativa, Serie de Técnica Legislativa I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales

-- (1991), *Llistes de comprovació (Checklisten): els seus significat i objectiu*, a Técnica normativa. El procediment intern d'elaboració de les normes, Barcelona, Generalitat de Catalunya. Departament de Governació. Comitè Assessor per a l'estudi de l'organització de l'Administració

--(1991), *Técnica normativa: Las directrices*, a Técnica normativa de las Comunidades Autónomas, Madrid, Imprenta de la Comunidad de Madrid

Brian A. MARKS (1988), *A Model of Judicial Influence on Congressional Policy-making*, Working Papers on Political Science, Hoover Institution, California

Jerry MARSHAW (1997), *Greed, Chaos and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law*. New Haven, Yale University Press

MCNOLLGAST (1995), *Politics and the Courts: A Positive Theory of Judicial Doctrine and the Rule of Law*, Southern California LR

Gary J. MILLAR, Terry M. MOE (1983), *Bureaucrats, Legislators and the Size of Government*. 77 American Political Science Review

Dennis MUELLER (1996), *Constitucional Democracy*, New York, Oxford University Press

William NISKANEN (1971), *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago, Aldine

Mancur OLSON (1965), *Logic of Collective Action: Public Goods & the Theory*. Harvard Univ. Press

Sam PELTZMAN (1976), *Toward a More Theory of Legislation*, 19 J. of Law and Economics

Richard POSNER (1974), *Theories of Economic Regulation*, 5 Bell Journal of Economics and Management Science

Pablo SALVADOR CODERCH (1992), *Interpretación judicial y decisión política*, Anuario de Derecho Civil, tomo XLV, fasc IV, Ministerio de Justicia, Madrid

-- (2001), *Informe sobre la Justicia*. Fundación FAES. Madrid

-- et alii (2003), *La técnica legislativa y el lenguaje legal* (2003), en Jornadas de Lingüística Forense *The Use of Linguistic Evidence For Forensic Purposes: Concepts, Methods and Applications*, Barcelona, 24 y 25 de abril de 2003

F. SANTAOLALLA LÓPEZ (2002), Comentario al art. 24 de la Ley 50/1997, de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno, a C.J. FERNÁNDEZ CARNICERO, Comentarios a la Ley del Gobierno, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid

Hans SCHNEIDER (2002), *Gesetzgebung*, 3 A, Heidelberg C.F. Müller

Kenneth A. SHEPSLE i Mark S. BONCHEK (1997), *Analyzing Politics. Rationality, Behavior and Politics*. New York and London, W. W. Norton & Company

George STIGLER (1971), *The Theory of Economic Regulation*, 2 Bell Journal of Economics and Management Science (Spring 1971)

W. Kip VISCUSI, John M. VERNON i Joseph E. HARRINGTON (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 3rd ed., chapter 10

Max WEBER (1984), *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, 7a ed, Mèxic