

InDret

Técnica legislativa y teorías de la regulación

Pablo Salvador Coderch
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper n°: 208
Barcelona, abril de 2004
www.indret.com

*Sumario**

1. Técnica legislativa (tl), tradiciones culturales y teorías de la regulación
2. Interés público y captura del regulador: doctrinas y conjeturas sobre la génesis de la regulación
3. La tendencia de las agencias reguladoras a maximizar su propio presupuesto y la evaluación de la necesidad de nuevas regulaciones en los catálogos de directrices sobre técnica legislativa. El ejemplo de los parágrafos 42 y 43 de la Gemeinsame Geschäftsordnung des Bundesministerien alemana federal
4. La teoría económica de la regulación: sobre el papel de la negociación en los procesos de elaboración de disposiciones jurídicas
5. Cinco reflexiones para el futuro de la tl
6. Bibliografía

* Este trabajo fue presentado en el Seminario "La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho", que, bajo la dirección del Prof. Dr. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ y bajo los auspicios del Colegio Libre de Eméritos se celebró en Madrid los días 11 y 12 de noviembre de 2003. Una versión definitiva en soporte papel se halla pendiente de publicación en co-edición con la editorial Civitas.

1. Técnica legislativa (tl), tradiciones culturales y teorías de la regulación

La técnica legislativa (en adelante, **tl**) persigue mejorar y homogeneizar la calidad de las leyes y otras disposiciones jurídicas en dos aspectos fundamentales: su **composición** o estructura formal y su **redacción** o lenguaje¹.

A tales efectos, la **tl** formula propuestas de organización o reorganización de sistemas de composición y redacción de los anteproyectos y proyectos de disposiciones jurídicas, propuestas que se articulan en manuales de procedimientos o en catálogos de directrices y en cuestionarios. En este conjunto de trabajos presentados en las Jornadas sobre Técnica Legislativa celebradas en el Colegio Libre de Eméritos los días 11 y 12 de noviembre de 2003, el análisis del sistema español de elaboración de disposiciones jurídicas les ha correspondido a Jiménez Aparicio (2003) –para la fase gubernamental- y a Cazorla Prieto (2003) –para la estrictamente legislativa-. Por su parte, una propuesta razonada y actualizada para la elaboración de un manual de directrices de **tl** ha sido preparada por Martín-Casals (2003).

La **tl** presupone el marco cultural de la lengua natural en la que se formulan las leyes y demás disposiciones jurídicas, pero además, se incardina en un determinado sistema legal, judicial y administrativo. Al respecto, las dos grandes familias o tradiciones culturales del derecho comparado –el *Civil Law* y el *Common Law*- afectan también a la **tl** española –una variante del *Civil Law* latino-², que distingue entre:

- El modelo anglo-americano del *Common Law*, basado en el principio de profesionalización de la tarea de redacción de las leyes y en la concentración de la misma en un organismo

¹ Un ejemplo flagrante de las autolimitaciones originarias de la **tl** puede verse en la obra de GRETEL, pionera en España, titulada *La forma de las leyes* (Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1986: la versión catalana, *La forma de les lleis*, se editó simultáneamente), *Introducción* (a cargo de quien escribe estas líneas), pp 11-13: Las teorías de la legislación, escribía allí, debían entenderse como “[i]ngeniería social, pues, y no dogmática jurídica. (...) Dado el estadio protocientífico y pretecnológico de los campos del saber relacionados [con las ciencias de la legislación o *Gezetzgebungslehre*]” se 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). Ciertamente, hace 20 años, cuando GRETEL inició su alegato en pro del análisis de la legislación concebida como actividad, tenía pleno sentido nuestra autolimitación a los aspectos formales de la **tl**, es decir, a los relacionados con la composición y redacción: por aquel entonces, se trataba de poner a la disposición de los redactores catalanes y españoles de anteproyectos de disposiciones jurídicas el rico instrumental que la región germánica del *Civil Law* y prácticamente toda la cultura del *Common Law* habían generado en materia de redacción y composición de las leyes (*Gesetzestchnik, Legislative Drafting*). La concreción de la tarea permitió traer a España resultados muy probados en una sola obra (complementada luego con GRETEL, *Curso de técnica legislativa*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, así como con el resto de los trabajos que irían publicando los miembros del Grupo durante la década de los años noventa). Sin embargo, los eventuales beneficios de semejante concentración de esfuerzos y del intento de coherencia intelectual que implicaba acaso no se habrán conseguido sin costes y, señaladamente, sin los derivados de la intencionada preterición de los aspectos politológicos de la legislación y de los relacionados con la teoría económica de la regulación

² Pablo SALVADOR CODERCH (2001), Informe sobre la Justicia. Fundación FAES. Madrid; y Pablo SALVADOR CODERCH *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

único y especializado. En este libro, el modelo de redacción concentrada se ilustra con el ejemplo de la legislación federal estadounidense (Ruiz García (2003)).

- El modelo continental europeo del *Civil Law*, de redacción difusa o ministerial, en el que la tarea de redacción de los proyectos de ley se atribuye al departamento o sección departamental del ministerio competente por razón de la materia. Este modelo se ejemplifica en este libro con el caso alemán federal (Ortiz de Urbina (2003)).

Las exigencias constitucionales que establecen y modulan los procesos de elaboración de las leyes y demás disposiciones jurídicas y que, además, influyen decisivamente en su calidad técnico legislativa son analizadas en este libro por Viver Pi-Sunyer y Barnés (2003).

En este breve capítulo introductorio, trataré, en primer lugar, de ilustrar muy brevemente algunos desarrollos de la denominada teoría económica de la regulación, hasta la fecha escasamente tenidos en cuenta por la *tl*. En segundo lugar, abogaré a favor de que la regulación de los procedimientos de elaboración de leyes y disposiciones jurídicas incluyan la actividad negociadora que tiene lugar entre los grupos de intereses y los poderes públicos, así como la que se entabla entre los poderes mismos.

En efecto, aunque desde su fundación en 1984, el Grupo de Estudios de Técnica Legislativa – GRETEL- puso mucho énfasis en distinguir la *tl* -entendida como conjunto de saberes encaminados a mejorar la composición y redacción de las leyes- de la dogmática jurídica -o ciencia de la interpretación de las leyes- la cuestión acerca de cómo se incardina la *tl* en las teorías de la legislación quedó en un claro segundo plano, en una cierta penumbra teórica pobremente arropada por la idea de que la ciencia o teoría de la legislación es un saber interdisciplinar, tributario de disciplinas tan dispares como pueden ser, sólo entre otras, la filosofía moral y política, las doctrinas generales del derecho, la historia, la sociología y otras ciencias sociales, la lingüística, el derecho constitucional y las restantes ramas o ciencias jurídicas –en el sentido de la palabra alemana *Rechtswissenschaft*-.

Tal como ha quedado indicado, en este capítulo y como contrapunto a una posición tan difusa, reseñaré aquí algunas de las síntesis más conocidas de la denominada *Theory of Regulation* o teoría económica de la regulación, una de las aportaciones más fecundas de la teoría de la elección racional aplicada al derecho, una de las más polémicas y menos difundidas en nuestra cultura jurídica.

2. Interés público y captura del regulador: doctrinas y conjeturas sobre la génesis de la regulación

La moderna teoría económica de la regulación surgió en 1971 con la publicación de *The Theory of Economic Regulation* del economista norteamericano y premio Nobel de economía George Stigler

³. Una síntesis muy útil de los desarrollos posteriores de la teoría, así como de su estado actual puede verse en el manual de *Economics of Regulation and Antitrust* de W. Kip Viscusi, John M. Vernon y Joseph E. Harrington⁴. Como señalan los autores últimamente citados, cuando Stigler publicó su artículo fundacional, dos concepciones básicas sobre la legislación trataban de dar razón de su génesis:

Para la denominada **doctrina normativa o del interés público**, las regulaciones –particularmente, las de índole económica-, tratan de contrarrestar los fallos de mercado comúnmente asociados con la existencia de un monopolio natural o con la producción de una externalidad negativa. Los monopolios naturales, que son frecuentes en el sector de la energía o de los servicios públicos tradicionales (en una localidad, una compañía de aguas suele ser más eficiente que dos, pues evita, por ej., duplicar los sistemas de canalización), son eficientes desde el punto de vista de la producción, pues constituyen la única forma de organización de la industria que minimiza los costes de producción, pero no lo son desde el punto de vista de la asignación de los recursos, pues gozan de los beneficios anticompetitivos de todo monopolio. De ahí, señalaba la doctrina del interés público, la conveniencia de una intervención pública que regulara, en interés del público, los precios del monopolista. Por su parte, las externalidades negativas surgen cuando terceras personas ajenas a los consumidores de un determinado producto o servicio se ven obligadas a asumir algunos de los costes de su producción o suministro (como sucede cuando los vecinos de una ciudad se ven forzados a soportar la polución causada por el productor o prestador de servicios). Entonces, señala la doctrina normativa, la necesaria intervención del agente regulador público obliga al empresario a internalizar los costes externos de su actividad (forzándole, en el ejemplo anterior, a reducir o eliminar la polución o a indemnizar los daños causados) y subviene de este modo a las necesidades e intereses del público en general, desatendidas por culpa de un fallo en el mercado.

La doctrina normativa –dominante en Europa durante el segundo tercio del siglo XX- ha sido justamente criticada por confundir los buenos deseos con la realidad, cien táleros imaginarios con cien táleros reales: dado un fallo de mercado, asume sin más que basta la intervención pública para conseguir su sanación, esto es, supone que el poder legislativo, el gobierno, la burocracia y el sistema judicial son intrínsecamente benéficos. Incurre así, en lo que el economista Harold Demsetz denominó la falacia del Nirvana: compara el mundo real con el cielo de los ideales y da por resuelto el problema por el procedimiento de suponer la intervención de agentes públicos dotados de los atributos de la divinidad⁵

En segundo lugar, la evidencia empírica refuta con demasiada frecuencia la asunción básica de la doctrina normativa, esto es, la tesis de que la intervención pública sigue a los fallos del mercado

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

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

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

como la sombra al cuerpo. De hecho, muchas industrias que no son monopolios naturales ni generan fuertes externalidades negativas están sujetas a regulaciones muy intensas, que se limitan a generar muchos subsidios cruzados a costa del consumidor. El ejemplo clásico que suele aducirse es la industria del taxi o la del transporte por carretera, pero lo mismo cabría decir de muchas profesiones reguladas, como, por citar otro ejemplo clásico, la abogacía, plagada históricamente por regulaciones limitativas del acceso a la profesión, de la organización de la prestación de los servicios o, simplemente, de su precio.

Mancur Olson, en un libro clásico publicado en 1965⁶, ya había mostrado cómo la idea de que los intereses difusos de la colectividad gozaban de la protección automática y benéfica de derecho por obra y gracia del funcionamiento de los mecanismos de la representación política era poco menos que una ingenuidad: los grupos reducidos de intereses muy concretos tenían a su alcance, mucho más cerca y a menor coste que los grupos muy amplios y difusos, los instrumentos que precisaban para su defensa efectiva. De hecho, muchas industrias y sus asociaciones demandaban regulación e intervenciones públicas en defensa de sus intereses o en búsqueda de subsidios cruzados. En 1974, menos de una década después de la publicación de la obra de Olson, y en un trabajo, también muy citado, Richard Posner, sostendría que no había ninguna correlación estadísticamente significativa entre estructura monopolística de la industria y externalidades negativas, por una parte, y regulación e intervenciones administrativas, por la otra⁷.

La némesis de la doctrina normativa del interés público es la **doctrina de la captura**: el regulador es indefectiblemente capturado por la industria regulada, ésta consigue que el sentido de las reglamentaciones aprobadas y aplicadas resulte claramente sesgado en favor de sus intereses y, con frecuencia, los antiguos funcionarios de las agencias reguladoras culminan su carrera siendo contratados por las industrias que en su día contribuyeron a regular⁸.

Mas la doctrina de la captura está sujeta a una crítica simétrica a la que puede dirigirse contra la doctrina del interés público: también aquella postula sin más fundamento que las cosas funcionan siempre mal donde esta última asume que lo harán de la mejor manera posible. Sobre todo, se destaca que ambas doctrinas carecen de armazón teórico, no construyen sistemas contrastados de hipótesis explicativas de la génesis y modificación de las distintas regulaciones que permitan formular predicciones ajustadas a la experiencia real, sino que, como mucho, se limitan a tratar de describir descarnada o idealizadamente cómo creen que funcionan.

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

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

⁸ 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 tendencia de las agencias reguladoras a maximizar su propio presupuesto y la evaluación de la necesidad de nuevas regulaciones en los catálogos de directrices sobre técnica legislativa. El ejemplo de los parágrafos 42 y 43 de la Gemeinsame Geschäftsordnung des Bundesministerien alemana federal

La obra de Mancur Olson citada en el epígrafe anterior generó fecundas líneas de investigación algunas de las cuales llevarían a formular las primeras construcciones teóricas en materia de legislación, regulación e intervención administrativa o judicial. Olson constataba las dificultades de organizar y coordinar los intereses colectivos de grupos de individuos ante la muy humana propensión de cada uno de los componentes del grupo a apalancarse y aprovecharse de la iniciativa de los demás (*free riding*) y a continuación se preguntaba por las razones en virtud de las cuales algunos grupos tenían más éxito que otros en la tarea de emprender la defensa de los intereses de todo el grupo. Al efecto, situaba en el centro de su construcción una distinción de los grupos y de los costes de su organización y defensa de sus intereses en función de su dimensión, pero sin distinguir, a diferencia de lo que hacía la politología tradicional, entre agentes públicos o privados y, en particular, sin suponer en ningún momento la bondad intrínseca de los “filósofos-reyes” fueran legisladores, burócratas o jueces: a la distinción entre intereses privados y públicos sucedía la que media entre grupos pequeños -bien cohesionados y mejor organizados en la defensa de sus intereses- y grupos amplios -cuyos intereses, inevitablemente muy difusos, resultan difícilmente coordinables-. Por su propia estructura, los grupos pequeños, formados en torno a la necesidad o conveniencia de defender intereses muy concretos y muy importantes para cada uno de los escasos miembros del grupo permiten superar los problemas de la acción colectiva mucho mejor que los grupos extensos y difusos. En éstos, la escasa dimensión del interés particular de cada uno de sus miembros dificulta que cualquiera de ellos se involucre costosamente en la ardua tarea de la acción colectiva; antes bien, por el contrario, la poca significación del interés individual facilita el descuido particular de los intereses generales del grupo.

Este modo de ver las cosas lleva a alinear el análisis de los comportamientos de los agentes privados y públicos sin idealizar ni demonizar la ejecutoria de estos últimos. Y, en otra obra de referencia publicada en 1971, William Niskanen se propuso estudiar el comportamiento de una burocracia encargada de gestionar una agencia reguladora partiendo de la idea básica de que su objetivo primario es maximizar su propio presupuesto⁹. Podemos considerar entonces una relación principal-agente en la cual el principal es el poder legislativo y el agente, el director de la agencia reguladora. La cuantía del presupuesto de la agencia depende de una decisión parlamentaria que además es controlada muy directamente por el gobierno, que es quien propone la aprobación de la Ley de Presupuestos. A su vez, el gobierno depende del electorado o, más concretamente, de las preferencias del votante mediano¹⁰, que decide el resultado de las contiendas electorales.

⁹ William NISKANEN (1971), *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago, Aldine

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

La propensión del parlamento y del gobierno a asignar más o menos recursos presupuestarios, P , a la agencia reguladora se esquematiza en la figura 1 y su importe en euros aparece en el eje vertical¹¹. Por su parte, la cantidad, Q , producida por la agencia, se representa a lo largo del eje horizontal. P es decreciente con ΔQ a partir de Q^* .

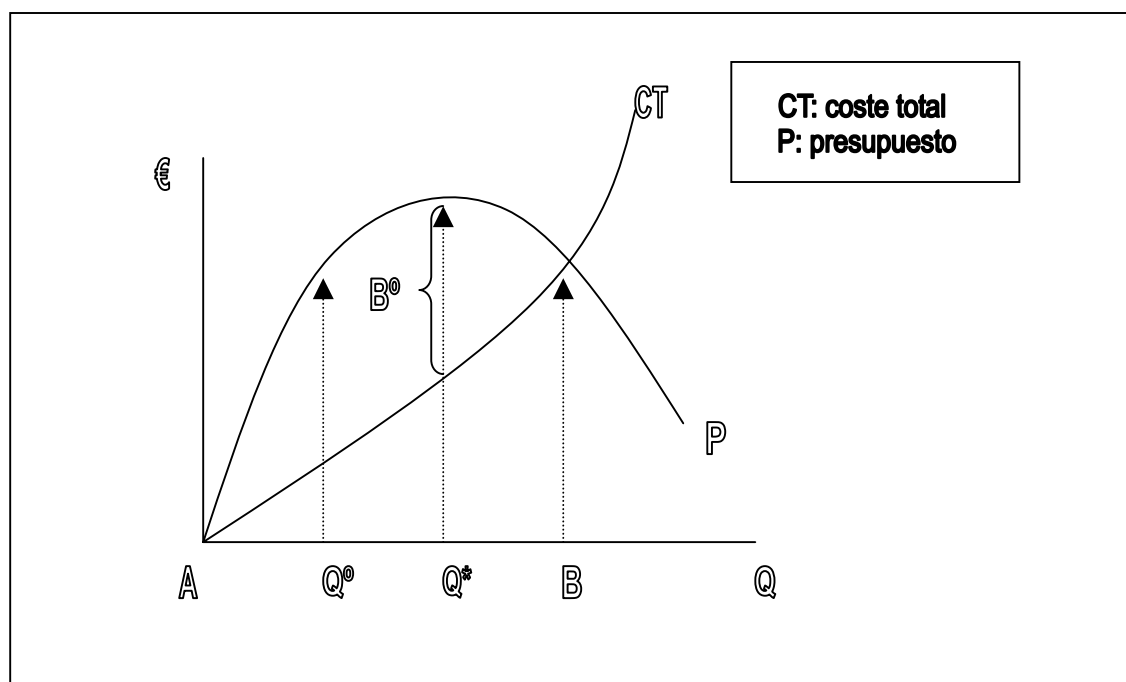


Figura 1

Los costes unitarios de producción y aplicación de la regulación de la agencia, CT , están sujetos a la ley de los rendimientos decrecientes y, por ello, aumentan más que proporcionalmente con ΔQ . Niskanen asumió que la agencia conocería la forma de la función correspondiente mucho mejor que su principal, el parlamento; en el límite, que los costes de funcionamiento de la agencia son, al menos en gran medida, información privada de ésta (en términos algebraicos, $P = aQ - bQ^2$; y $CT = cQ + dQ^2$ donde a, b, c y d son constantes positivas). En cualquier caso, la propensión P del principal a dotar presupuestariamente a la agencia limita el *output* de ésta al intervalo $[A, B]$ y, puesto que los funcionarios que controlan la agencia tienen como objetivo básico maximizar su presupuesto, escogerán el valor de Q que coincida con el punto más alto de P en el intervalo mencionado, esto es, Q^* , decisión que, a su vez, generará un beneficio para la agencia medido por la diferencia entre P y CT en Q^* .

En la figura 2 asumimos valores distintos de P y CT de forma tal que el máximo Q^* de la función Q de la propensión a dotar presupuestariamente a la agencia queda a la derecha del intervalo $[A,$

¹¹ Seguimos aquí la presentación de Kenneth A. SHEPSLE y Mark S. BONCHEK (1997), *Analyzing Politics. Rationality, Behavior and Politics*. New York and London, W. W. Norton & Company, 347 y ss

B], es decir, queda fuera de las posibilidades de la agencia y entonces podemos comparar Q^* y Q^{**} con Q^0 que maximizaría la diferencia entre la disposición a dotar a la agencia y sus costes, es decir, que nos daría el nivel de producción que escogería la agencia si fuera privatizada. Como es obvio, este nivel socialmente óptimo de producción de regulación y control de su aplicación, Q^0 , es menor que Q^* o que Q^{**} : las agencias reguladoras tienen una propensión a sobrerregular, a producir -v. gr. a gastar- demasiado.

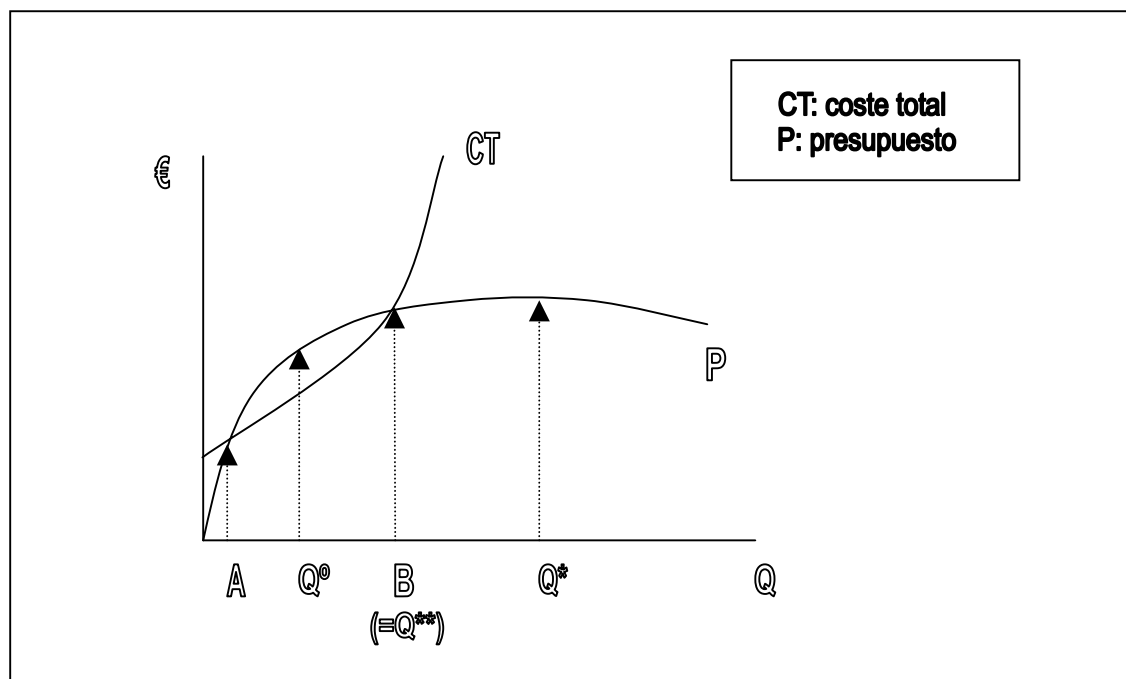


Figura 2

Como señalan Shepsle y Bonchek¹², el modelo de Niskanen no está exento de críticas: basta con modificar alguna de las hipótesis básicas del modelo para alterar sus resultados. En particular, si, como parece razonable hacer, dejamos de asumir que la agencia controla *toda* la información relacionada con los costes de la actividad de regulación y de aplicación de la regulación que genera sin que ni el parlamento ni el gobierno tengan acceso a ella. Así, es más plausible asumir que agente y principal están en una situación de monopolio bilateral: un único oferente de servicios de regulación y control negocia con un único comprador de tales servicios y cada una de las partes dispone de información que la otra puede conocer o desconocer en mayor o menor medida¹³.

Mas en la medida en que las agencias reguladoras dispongan de claras ventajas relativas -comparadas con las del gobierno y del legislador que resuelven sobre su financiación- para conocer los costes de su propio funcionamiento, la aportación de Niskanen sigue siendo un instrumento poderoso de control de las directivas básicas de teoría de la legislación y **tl** que

¹² *Ibidem*, 353 y ss

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

ponen el acento en la contrastación de la necesidad de nueva legislación o de modificar las regulaciones preexistentes. Así, una de las reglas más básicas de los catálogos de directrices de **tl**, es la que pregunta sobre la necesidad y alternativas de la regulación propuesta: el § 42 de la *Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien*¹⁴ establece que los borradores de anteproyectos de ley estarán formados por el anteproyecto propiamente dicho (*Gesetzesentwurf*), la fundamentación o exposición de motivos (*Begründung*) y la portada (*Vorblatt*).

En la fundamentación, señala el § 43, se explicitarán:

- Los objetivos (*Zielsetzung*) y necesidad (*Notwendigkeit*) del proyecto y de sus disposiciones.
- Los supuestos materiales que condicionan su aplicación (*Sachverhalt*) y las fuentes de conocimiento sobre ellos (*Erkenntnisquellen*).
- Si existen o no otras soluciones posibles y, en particular, si la realización de la tarea puede realizarse directamente por los particulares.
- ...
-

La plantilla de la portada (Anexo 5 de la GGO) es la siguiente:

- A. Problema y objetivo.
- B. Solución.
- C. Alternativas.
- D. Costes para el erario público.
- E. Otros costes.

¹⁴ 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.

La plantilla sigue el modelo del denominado “*Cuestionario Azul*” (*Prüffragen für Rechtsvorschriften des Bundes*) aprobado por acuerdo del gobierno federal alemán de 11 de diciembre de 1984¹⁵, un formulario de 10 preguntas que el redactor de anteproyectos de disposiciones jurídicas debe tener presente al inicio de su trabajo:

1. ¿Es realmente necesario hacer algo?
2. ¿Qué alternativas hay?
3. ¿Debe actuar la Federación?
4. ¿Es necesario realizar una ley?
5. ¿Hay que actuar ahora?
6. ¿El alcance de la regulación es adecuado?
7. ¿Se puede limitar su vigencia?
8. ¿La regulación es clara y está orientada al ciudadano?
9. ¿La regulación es practicable?
10. ¿Existe una relación adecuada entre costes y beneficios?

En el desarrollo de la segunda pregunta, relativa a las alternativas posibles, el cuestionario detalla cuatro bloques de cuestiones ulteriores:

2.1 ¿Cuáles son los resultados del análisis del problema? ¿Cuáles sus causas? ¿En qué factores se puede incidir?

2.2 ¿Cuáles son los instrumentos generalmente adecuados que permiten conseguir, totalmente o con restricciones justificables, el objetivo deseado? (También: medidas para una aplicación y ejecución más efectivas de las disposiciones existentes, relaciones públicas, acuerdos, inversiones, programas de incentivación, sugerencias y fomento de una iniciativa propia razonable por parte de las personas afectadas, soluciones por vía legal,...)

2.3 Teniendo en cuenta los siguientes aspectos ¿cuáles son los instrumentos de actuación más adecuados?

- a) Gastos y cargas para los ciudadanos y la economía
- b) Efectividad (entre otras: acierto, grado y probabilidad de conseguir el objetivo previsto)
- c) Costes y gastos para el presupuesto público
- d) Repercusiones sobre las normas existentes y programas previstos
- e) Efectos colaterales y consecuencias
- f) Comprensión y aceptación por parte de los destinatarios y de las autoridades ejecutivas

2.4 ¿Qué tipo de actuación permite evitar nuevas disposiciones normativas?

¹⁵ Sobre este tema, véase Miquel MARTÍN CASALS (1991), *Llistes de comprovació (Checklisten): els seus significat i objectiu*, en *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*, en *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. GRETTEL, Grupo de estudios de Técnica Legislativa, Serie de Técnica Legislativa I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 253-290

Según la práctica idiosincrásicamente exacta de la administración alemana, que sin duda alguna haría las delicias de Niskanen, el espacio asignado en la plantilla de la portada para la respuesta a la pregunta sobre las alternativas a la solución propuesta, es decir, al proyecto de ley, se cumplimenta con la palabra alemana “Keine” –“Ninguna”-¹⁶: resulta inconcebible que el autor o autores del proyecto manifiesten otra opinión –y que, además, lo hagan precisamente en la portada del documento en el que han volcado muchas horas de su trabajo y que define su rol profesional-. ¿Cómo podría el autor de un proyecto defender la existencia de alternativas más ventajosas?

Es obvio que los ingenuos §§ 42 y concordantes de la GGO no tienen otra utilidad que no sea la meramente retórica. Sin necesidad de formular protesta de fe en las bondades de la teoría de la elección racional, lo menos que puede hacerse es dejar constancia de que el análisis de la necesidad y alternativas al proyecto no puede encargarse a sus autores. Una modificación de mínimos de la GGO consistiría en establecer que la evaluación del proyecto resumida en la portada debe quedar siempre a cargo de instituciones distintas e independientes a las interesadas en la aprobación del proyecto mismo. Entre estas últimas se cuentan, como indudablemente dirían Olson y Niskanen, no solo las personas, entidades y grupos particulares afectados, sino las burocracias ministeriales encargadas de la elaboración de los borradores y anteproyectos de ley y de otras disposiciones jurídicas. Una modificación más sustancial –y más claramente alineada con las enseñanzas de Niskanen- se propondría incrementar la transparencia del funcionamiento de las agencias reguladoras y, en particular, sugeriría la conveniencia de sujetarlas periódicamente a auditorías legales y contables en todo caso de carácter externo.

4. La teoría económica de la regulación: sobre el papel de la negociación en los procesos de elaboración de disposiciones jurídicas

Como indicábamos en el epígrafe 2 de este capítulo, en 1971, George Stigler sentó las bases de una teoría de la regulación que, más allá de las conjeturas ideológicas de las doctrinas del interés público y de la captura, permitía formular predicciones contrastables empíricamente sobre la evolución de piezas concretas de regulación de una industria dada. Stigler partió de la doble idea de que quienes controlan la organización política disponen de un recurso básico, el poder de coerción, y de que, por su parte, los grupos de intereses –a los que se había referido Olson- tratan de influir sobre los poderes y autoridades públicos para que establezcan y apliquen regulaciones máximamente satisfactorias de sus intereses, pero que eso sucede así del mismo modo que los agentes políticos y los funcionarios que controlan las agencias reguladoras persiguen a su vez maximizar su utilidad: la naturaleza humana, venían a decir Olson y Stigler, no es distinta –altruista o egoísta- según el rol profesional –público o privado- asumido por un individuo, sino que viene a ser muy parecida en ambos casos.

¹⁶ Véase, en este mismo libro, ORTIZ DE URBINA, *Técnica Legislativa en Alemania*, capítulo B.2.c), 13; además en Hans SCHNEIDER (2002), *Gesetzgebung*, 3 A, Heidelberg C.F. Müller

En 1976, Sam Peltzman, en otro artículo titulado *Toward a More General Theory of Legislation*¹⁷, llevó hasta sus últimas consecuencias las concepciones de Olson y Stigler formalizándolas en un modelo muy sencillo que resumimos a continuación siguiendo de nuevo la presentación de Viscusi, Vernon y Harrington¹⁸. Ambos partían de que la actividad política consiste - parafraseando la famosa definición de “política” de David Easton: “The authoritative allocation of values for a society”¹⁹- fundamentalmente en redistribuir riqueza y que esa actividad es el determinante primario del contenido de las regulaciones que se adoptan; añadían que el objetivo primario de un político profesional era acceder al poder o, si ya lo detentaba, continuar en su ejercicio; y que, por último, los distintos grupos de intereses pugnan entre sí por la obtención de legislación favorable a sus intereses a cambio de apoyo político y económico.

Como había apuntando Olson, los grupos mejor organizados y con intereses más definidos y concentrados salían con ventaja en la competencia por los favores del poder público: los costes de identificación de los temas cruciales de la política legislativa de redistribución de recursos en su favor, los de organización del grupo y los de control de aquellos de sus miembros que pretendieran escaparse a la labor colectiva sin perder sus ventajas eran más reducidos que los similares que afrontaban grupos más amplios pero peor definidos (compárese por ej. la posición de los agricultores en un estado miembro de la UE con la de los consumidores en general); parecidamente, los beneficios de la regulación eran de mayor entidad individual y más fácilmente perceptibles en el caso de grupos pequeños y bien definidos que en el de los ciudadanos en general. Todo ello, llevaba a que el grupo y, en particular, sus agentes o gestores pudieran controlar y sus miembros *percibir*, mucho mejor que en el caso de los grupos grandes, la actividad del legislador, el ejercicio de la potestad reglamentaria del gobierno y la actuación administrativa de los órganos de las administraciones públicas que implementaban las decisiones políticas de que se trate.

Así, la asunción básica del modelo es que los agentes públicos eligen proponer y aprobar la decisión legislativa o reglamentaria que maximice el grado de apoyo político que recibirán. Supóngase, escribía Peltzman, un debate sobre políticas de precios de protección para un producto agrario dado: el político profesional en funciones de legislador o de agente regulador deberá tener en cuenta que cuanto mayor sea el precio para el producto mayor será el apoyo que recibirá del grupo de agricultores que se dediquen a su cultivo, pero menor será el que recibirá de los consumidores que habrán de pagar más por su adquisición. La figura 3 representa el modelo de función de apoyo político:

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

¹⁸ *Op cit*, 319-323

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

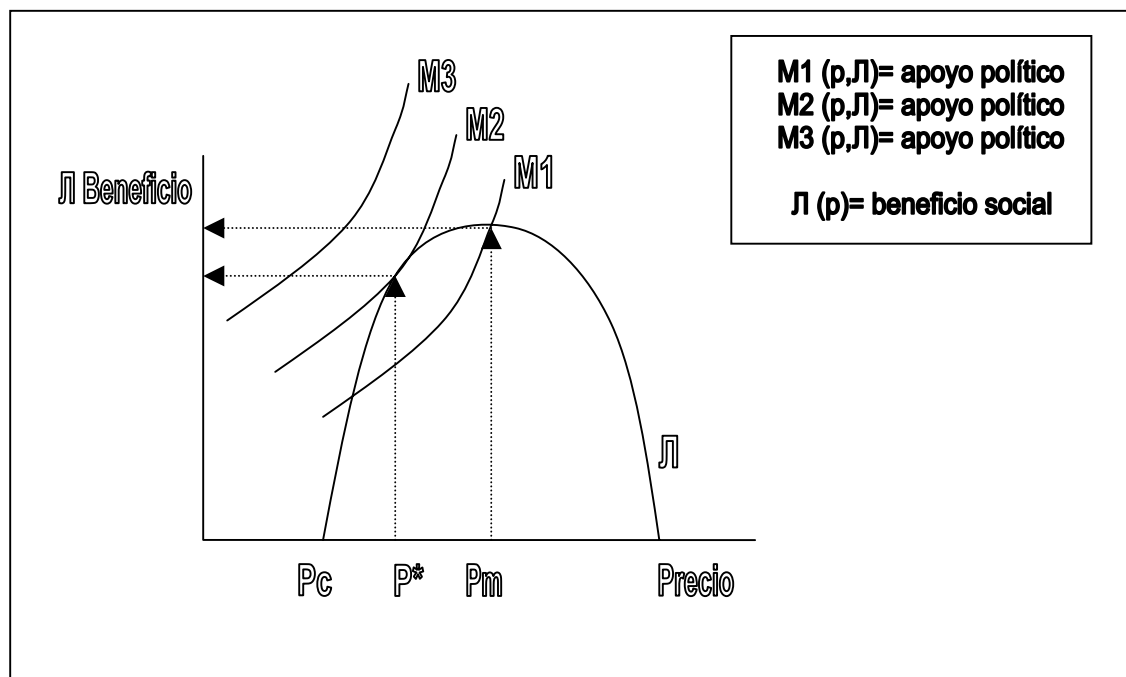


Figura 3

Función de apoyo político: $M(P, \pi)$ es una función decreciente en ΔP pues los consumidores se oponen a incrementos de precios y creciente en $\Delta \pi$ ya que los productores apoyan legislaciones que favorezcan el incremento de beneficios.

Función de beneficios: $\pi(P)$ es una función creciente para $P < P_m$ y decreciente para $P > P_m$.

Las curvas de indiferencia del legislador representan todos los pares de precios y beneficios que genera cada nivel $M_1, M_2, M_3 \dots$ de apoyo político. La pendiente es positiva: si el precio se incrementa (y baja el apoyo de los consumidores), puesto que el nivel global de apoyo $M_1, M_2, M_3 \dots$ se debe mantener, el beneficio aumenta (y sube el apoyo de los empresarios e industrias). Como $M(P, \pi)$ decrece en P y crece en π , el apoyo político sube hacia el noroeste: $M_3 > M_2 > M_1$.

El precio óptimo P^* es aquél que consigue el mayor nivel de apoyo político sujeto a la limitación de que el beneficio sea igual a $\pi(P)$. No es casual que P^* se encuentre entre el precio de competencia P_c (beneficio 0) y el precio de monopolio P_m (beneficio máximo): si el precio de equilibrio que el grupo de productores -la industria, en este sentido- conseguiría en ausencia de toda regulación es muy próximo al que resultaría de la regulación misma, es decir, a P^* , entonces el interés del grupo por conseguir tal regulación es inexistente: por hipótesis el beneficio derivado de la nueva regulación es cero o casi. En cambio, si el precio de equilibrio es próximo a P_m o a P_c , el grupo tendrá mucho que ganar como consecuencia de la nueva regulación, cuya aprobación urgirá. Así, las industrias relativamente monopolísticas o relativamente competitivas serán más propensas a ser reguladas que las que se encuentren entre ambos extremos, una predicción que parece tener cierta base empírica²⁰.

²⁰ Aunque anecdótica: cfr. VISCUSI, VERNON y HARRINGTON, *op cit*, 323

El modelo de Stigler y Peltzman es muy sencillo. En otros más complejos, como el propuesto por Gary Becker en 1983²¹, el énfasis se pone en la competencia entre los grupos de intereses, es decir, en las transferencias de riqueza que el desarrollo y aplicación de la legislación produce entre ellos y en las pérdidas de “disipación” que inevitablemente tienen lugar como consecuencia del proceso mismo de distribución que la nueva legislación realiza. En la aportación de Becker, resulta esencial la influencia *relativa* de cada grupo, esto es, la que efectivamente ejerce sobre los agentes políticos habida cuenta la influencia ejercida por los demás. Los grupos pueden alcanzar un equilibrio político si el conjunto de grados de presión efectivamente aplicados sobre el poder público es tal que ningún grupo en particular tiene incentivos para modificar su nivel de presión ni, por tanto, las inversiones destinadas a ejercerlo. El equilibrio no es óptimo, pues cada grupo podría invertir menos en tratar de influir sobre los poderes públicos sin pérdida final de influencia efectiva (ausencia de un óptimo de Pareto). Además, si aumentan las pérdidas de disipación provocadas por incrementos de los costes marginales de proyectar, aprobar, desarrollar y aplicar nuevas regulaciones, entonces la cantidad efectiva de nueva regulación disminuye. Una implicación de lo anterior es que las políticas regulatorias que fomenten el bienestar social tendrán más probabilidades de éxito que las que no lo hagan: el modelo sugiere así que las industrias más intensamente reguladas serán aquéllas que presenten más fallos de mercado, pues en ellas, el peso muerto derivado de la nueva legislación tenderá a ser más reducido y los grupos que se benefician de ella aplicarán más presión para conseguir su aprobación. A diferencia de lo que ocurre con el modelo de Stigler y Peltzman, la formulación de Becker ofrece algún apoyo analítico a la doctrina del interés público, pero sin llegar a postular que la existencia de fallos del mercado dé lugar –casi como por arte benéfico de magia blanca– a una legislación inevitablemente benéfica y siempre protectora del interés general, pues, en cada caso, el factor decisivo es la influencia relativa de cada grupo de interés.

Desde que, en las décadas de los años setenta y ochenta se formularan las primeras teorías propiamente dichas de la regulación, el énfasis originariamente puesto en la composición y estructura de los distintos grupos de intereses así como en su capacidad de influencia relativa se ha desplazado hacia otros actores del proceso: a la inicial simplicidad de los modelos ha sucedido una mayor complejidad: no cabe hablar sin más del legislador o de los agentes públicos que controlan los procesos de legislación, de desarrollo reglamentario de las leyes aprobadas por el parlamento, de la actuación administrativa en aplicación de lo anterior y de la aplicación judicial del derecho. A la diversidad de grupos privados que llamara la atención de Mancur Olson hay que sumar la diversidad misma de los organismos públicos derivada, entre otras cosas, de la división de poderes entre el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial: los poderes públicos compiten entre ellos de forma parecida a como lo hacen los grupos privados y no hay ninguna buena razón para suponer que siempre y en todo caso, los intereses de los titulares de los cargos relevantes en

²¹ Gary BECKER (1983), *A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence*, 98 J. of Economics, 371-400; véase VISCUSI, VERNON y HARRINGTON, *Economics of Regulation and Antitrust*, 323-328 para un desarrollo de la síntesis que se resume en el texto

los poderes del Estado estarán sistemáticamente alineados. En particular, la teoría clásica de la regulación dejó de lado a los jueces, a todo el fenómeno de la aplicación judicial del derecho.

Paralelamente, durante la década de los años noventa, la teoría de la legislación y, en general, la ciencia política, se han enriquecido con la aplicación masiva de la teoría de juegos. Las síntesis recientes de teoría política positiva (*Positive Political Theory*) destacan la importancia de tener en cuenta los procesos internos de negociación (*bargaining*) entre los agentes individuales que integran un poder del Estado, así como de los que tienen lugar entre los poderes mismos y la influencia que el marco institucional ejerce sobre la formación y control de las agendas de negociación²².

La negociación *en* o *entre* las instituciones, así como entre las personas y grupos integrantes de cada institución –es decir, *en su seno*– no solo resulta inevitable, sino que –contra una opinión todavía muy extendida– es deseable: en la famosa definición de Max Weber,²³ el Estado se caracteriza por detentar el monopolio de la fuerza y, como escribe Robert Cooter, “[d]e todos los monopolios, el control del monopolio estatal sobre la fuerza es el más provechoso” para quien lo detenta²⁴. Incluso en democracia, algunos políticos, añade este autor, podrían tender a minar la competencia popular por los cargos públicos para evolucionar hacia una dictadura. La teoría de la competencia sugiere dos modos de contrarrestar estas tendencias, pues enseña que:

- La expansión de un cártel produce siempre el efecto de desestabilizarlo, ya que incrementa los incentivos de cada uno de los miembros del cártel a salirse de él²⁵. Similarmente, concluye Cooter, dividir y separar los poderes del Estado desestabiliza o desequilibra los cárteles políticos en cuanto requiere la cooperación de más y más cargos públicos para mantener el monopolio gubernamental. Las elecciones periódicas son un instrumento imprescindible de control del poder, pero la división de poderes también resulta precisa.
- En segundo término, además de desequilibrar los cárteles, la división de poderes influye en el modo de hacer de los gobiernos: “Un superior imparte órdenes a un inferior, pero

²² Véanse SHEPSLE/ 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; y Robert COOTER (2000), *The Strategic Constitution*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press

²³ En su primera definición acerca del Estado lo definió como una "comunidad humana que reivindica -con éxito- el monopolio del uso legítimo de la coacción física sobre un territorio determinado", en Max WEBER, *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, 7ª ed, México, 1984, 1056

²⁴ COOTER, *op cit*, 211

²⁵ Como aprenden enseguida los estudiantes de organización industrial, escribe el autor citado, *ibidem*, p. 213, cuatro competidores bastan complicar extraordinariamente la organización y gestión de un cártel y, consecuentemente, para permitir una cierta despreocupación a las agencias de control de la competencia. Parafraseando lo anterior, cabría decir que, en derecho de la competencia, el contaje es sumario: “Uno, dos tres y ... muchos”

los iguales actúan a partir de negociaciones”, de acuerdos. “La división de poderes convierte a los subordinados en iguales y sustituye órdenes por negociaciones”²⁶.

La competencia por el poder y entre los poderes mina el monopolio y favorece la competencia, un resultado claramente deseable: resultaría irónico que la ciencia política en general y la teoría de la legislación en particular se manifestaran adversarias de los monopolios económicos y partidarias del monopolio político, combatiendo todo intento de reforzar la competencia en el mercado político, como si –en la línea de la doctrina normativa del interés público– el mero hecho de detentar un cargo público o una posición funcional transformara de forma sustancial y benéfica la condición humana.

Así pues, la división de poderes, además de desestabilizar los cárteles, fuerza a los gobiernos a proceder más por la vía de la negociación que por la de las órdenes, pero “si los acuerdos implican costes de negociación, la jerarquía impone costes de supervisión”²⁷: las distintas constituciones positivas, escribe Cooter, establecen sistemas más o menos intensos de división o separación de poderes y, al hacerlo así, alcanzan equilibrios diferentes entre uno y otro tipo de costes: un sistema electoral y parlamentario caracterizado por una disciplina rígida y una organización interna contenidamente democrática de los partidos políticos otorga al primer ministro mucho poder sobre los diputados de su partido. En cambio, en un sistema presidencial en el cual al cargo de primer ministro se accede por una elección específica y distinta de las elecciones parlamentarias, el presidente se ve forzado a negociar con el parlamento en mucha mayor medida que en el anterior (compárese el sistema británico con el norteamericano federal).

Las consecuencias del modo de organización constitucional de los partidos políticos, del sistema electoral y de la división de poderes en la legislación resultan obvias: los sistemas que favorecen más a la negociación que a la jerarquía incrementan los costes de negociación internos de las organizaciones políticas y entre los poderes del Estado, contienen el crecimiento de la legislación y hacen disminuir su demanda. Por el contrario, al reducir los costes de transacción, la unificación del poder o su concentración en el gobierno y en su presidente –quien, con frecuencia, acumula al cargo anterior el de secretario general del partido en el poder– aceleran el ritmo de la legislación e incrementan su demanda, pues la abaratan considerablemente.

La figura 4, tomada de la obra citada de Robert Cooter²⁸, ilustra lo anterior. El eje horizontal indica la cantidad de legislación, medida en número de leyes aprobadas por legislatura, y el eje vertical, su precio: en la figura, la demanda de legislación se refiere a la disposición de los ciudadanos a pagar a grupos de presión (*lobbyists*) por impulsarla. La oferta de legislación se refiere a los costes que afrontan los grupos de presión para ofrecer nueva legislación. La separación de poderes desplaza hacia arriba la función de oferta con la consecuencia de que el

²⁶ *Ibidem*

²⁷ *Ibidem*, 213

²⁸ COOTER, *op cit*, 214

precio de la legislación se incrementa de p_0 a p_1 mientras que la demanda correspondiente se reduce de q_0 a q_1 .

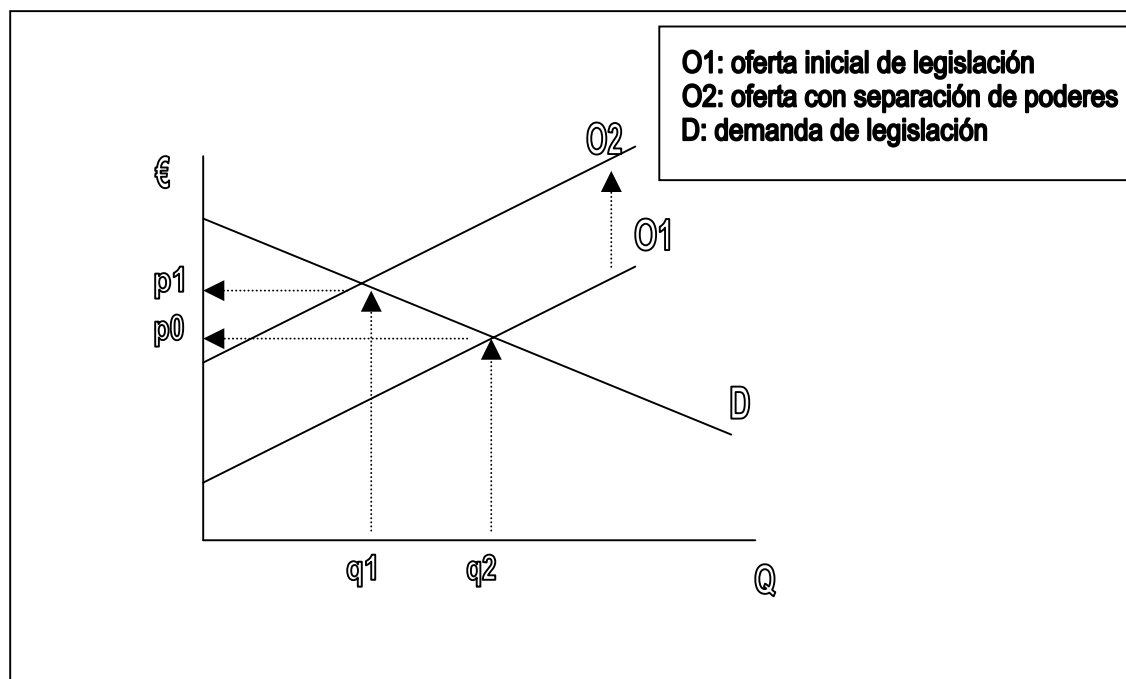


Figura 4

Así, la separación de poderes, señala Cooter, provoca que los gastos de los ciudadanos en legislación pasen de (p_0, q_0) a (p_1, q_1) . Los gastos totales aumentarán si la demanda de legislación es rígida y disminuirán si es elástica. Como en teoría del consumo, la demanda de productos de primera necesidad tiende a ser rígida, pero la de bienes de lujo es elástica, el refuerzo de la división constitucional de poderes tenderá a incrementar la demanda de los gastos totales en aquellas piezas de legislación que sean consideradas necesarias por parte de los grupos de presión, de la misma forma que reducirá la demanda de nuevas leyes que sean consideradas simplemente como deseables, pero que no aparezcan como imprescindibles. El que, en la práctica, el gasto total en legislación vaya a aumentar o no dependerá de la relación entre legislación necesaria y simplemente deseable -lujosa-.

Obsérvese que, además de alterar el gasto en legislación, el refuerzo de la división de poderes la reorienta: en sistemas caracterizados por una separación clara de poderes, un grupo de presión muy influyente sobre uno de los poderes del Estado, pero no sobre los restantes, puede bloquear, retrasar o, en definitiva, encarecer la aprobación de nueva legislación. Es fácil concluir, por último, que la división de poderes favorece el *status quo*.

En un sistema constitucional como el establecido en España por la Constitución de 1978, la división de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo es mucho más limitada que en un sistema presidencial como el norteamericano federal, sistema que está en la base de la mayor parte de los modelos de teoría política positiva que utiliza la moderna teoría de la legislación. Por ello, el modelo siguiente sobre intervalos o espacios de negociación entre poderes, basado en una

aportación pionera de Brian A. Marks²⁹ ilustra el marco posible de la negociación entre ejecutivo y legislativo en los casos en que el partido gubernamental no disponga de mayoría absoluta y precise del acuerdo de otras organizaciones políticas para sacar adelante sus iniciativas legislativas. Supongamos que tal es el caso y que el Congreso de los Diputados ha de discutir un proyecto de ley orgánica de modificación del código penal, cuya aprobación requiere, precisamente por tratarse de una ley orgánica, mayoría absoluta de votos favorables (art. 81 CE). Se presupone además que el proyecto está políticamente vinculado a la aprobación de un crédito extraordinario, pues la aplicación de la nueva ley implica nuevos gastos públicos no previstos en la corriente ley presupuestaria. Por último, se asume que la intervención del Senado no es relevante, es decir, que el modelo funciona como si el régimen constitucional fuera unicameral³⁰.

Si entonces el gobierno no consigue el apoyo del parlamento, la doble iniciativa no prosperará y los gastos públicos adicionales importarán 0 €. La primera preferencia del gobierno es de un nuevo gasto por importe de E €, pero aceptaría gastos superiores a ese importe hasta un máximo de E_0 €, una cantidad tal que al gobierno le resulta indiferente la aprobación o el rechazo de su iniciativa, esto es, para cualquier importe superior de gasto, la retiraría o votaría en contra. En teoría, lo anterior supone que el gobierno estará dispuesto a negociar cualquier solución que implique gastos que caigan dentro del intervalo $[0, E_0]$.

Por su parte, la primera preferencia del parlamento es aprobar un gasto de L €, más allá del cual, prefiere menores gastos. L_0 es un nivel de gasto tal que al parlamento le resulta indiferente la aprobación o el rechazo de la iniciativa gubernamental, es decir, $u^L(0) = u^L(L_0)$ y cualquier iniciativa que suponga un gasto mayor que L_0 , no encontrará apoyo parlamentario suficiente. Lo anterior implica que el parlamento está dispuesto a discutir cualquier iniciativa que se mueva dentro del intervalo $[0, L_0]$.

²⁹ Y que he utilizado con anterioridad para criticar la doctrina clásica de la interpretación de las leyes, las relaciones entre el poder judicial y el legislativo y, en particular, algunos conflictos institucionales entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Véanse: Brian A. MARKS (1988), *A Model of Judicial Influence on Congressional Policy-making*, Working Papers on Political Science, Hoover Institution, California; John A. FEREJOHN y Richard R. WEINGAST (1992), *A positive Theory of Statutory Interpretation*, 12 International Review of Law and Economics, 263-279; John A. FEREJOHN y 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, tomo 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 modelo que se describe en el texto sigue, con algunos cambios, a Robert COOTER (2000), *op cit*, 215-217

³⁰ El modelo puede modificarse fácilmente para recoger la complicación de la existencia de dos cámaras: Véase COOTER, *op cit*, 216-217

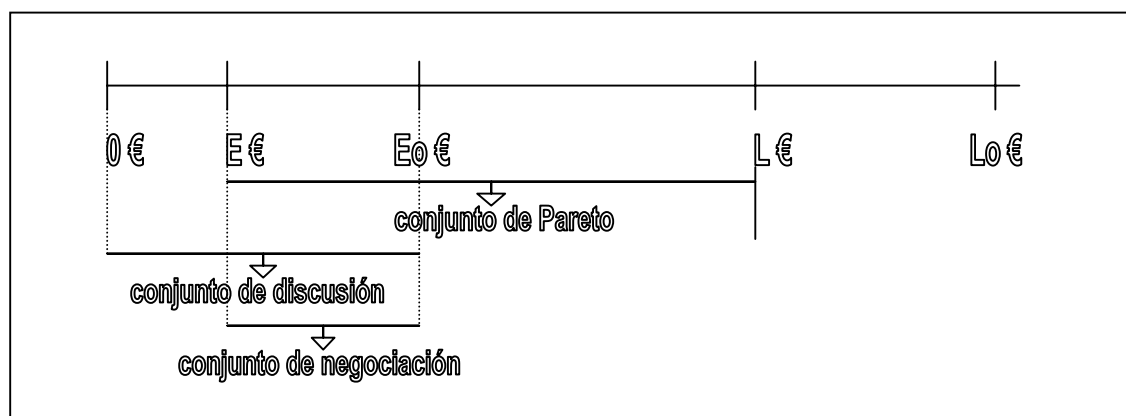


Figura 5

La intersección o intervalo común a ambos conjuntos $[0, E_0]$ y $[0, L_0]$ es $[0, E_0]$, demarca el conjunto de puntos, es decir, de cuantías posibles de gasto que gobierno y parlamento están dispuestos a discutir (*conjunto de discusión*, en la figura 5), pues limita con sus respectivos valores de reserva.

Iniciada la discusión, ambas partes identificarán enseguida cantidades posibles de gastos que ambos prefieren a cualesquiera otras (*conjunto de Pareto*, en la figura 5): $[E, L]$. La convergencia de intereses de ambos hacia el conjunto mencionado elimina de la negociación cualesquiera propuestas que caigan fuera del mismo por lo que la discusión se reduce al ámbito en cuestión: dentro de él, el gobierno prefiere cualquier cantidad más próxima a E y el parlamento cualquiera más cercana a L . La decisión final requiere negociación.

El conjunto de negociación (*bargain set*) es la intersección del conjunto de discusión y el conjunto de Pareto $[E, E_0]$: incluye todos los puntos o propuestas de gasto que ambas partes están dispuestas a tratar como base de cooperación. Para que un punto esté incluido en el conjunto de negociación ambas partes deben estar dispuestas a negociarlo al tiempo que discrepan sobre la existencia de un punto mejor.

Los modelos brevemente reseñados en las páginas anteriores manifiestan el interés del análisis de la teoría política en los procesos de negociación que tienen lugar entre los poderes públicos y los particulares, entre los públicos o en el seno de cada poder. Naturalmente, no es éste el lugar adecuado para analizar cuál es el marco legal e institucional que el derecho español prevé en cada caso. A título de ejemplo, cabe aludir a la participación de los particulares en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales³¹. El derecho español no prevé expresamente procesos de negociación entre poderes públicos y particulares. Sin embargo, la

³¹ En la doctrina española, véase el trabajo clásico de E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1989), Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vía administrativa, en Libro homenaje al profesor José Villar Palasí, Madrid, 437 y ss, quien sin embargo, enseguida dejó a un lado la temática de la participación *uti singulus* para centrarse en la que tiene lugar *uti cives*. Esta distinción entre la intervención como titular de derechos e intereses propios y como miembro de la comunidad, es decir, como afectado por el interés general y portador o valedor del mismo parte de la doctrina normativa del interés público que ha sido matizadamente discutida en las páginas anteriores

regulación de los trámites de audiencia e información en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales puede tomarse en consideración como base de partida de las reflexiones que al final de este trabajo se expondrán. Así, el art. 105 a) de la Constitución Española establece el principio de audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de disposiciones jurídicas:

“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.”

Y el apartado b) del mismo artículo se refiere al complementario principio de transparencia:

“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.”

Por su parte, la Ley 50/1997, de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno, regula en su Título V, artículos 22 y ss³², la iniciativa legislativa, la potestad reglamentaria y el control de los actos del gobierno. En concreto, el art. 24, sobre el procedimiento de elaboración de los reglamentos, dispone:

“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).

³² Véanse asimismo arts. 84 y ss. en relación con el 37.5 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

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.

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».”

A los efectos que aquí interesan³³, destaca, en el artículo citado, el trámite de audiencia de los ciudadanos –directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen y representen-, cuando la disposición en curso de elaboración afecte a sus derechos e intereses, y que se llevará a cabo durante un plazo razonable -no inferior en principio a quince días, pero que podrá reducirse a siete por razones justificadas-.

Obsérvese que el trámite de audiencia puede suprimirse:

- Por “graves razones de interés público” debidamente motivadas.
- Si las organizaciones o asociaciones de que se trate ya hubieran participado en el procedimiento por medio de informes o consultas recabados por el centro directivo competente.
- En los casos de proyectos de disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades de la presente Ley, así como las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella.

Por su parte, el trámite de información pública –potencialmente más relevante que el anterior- se limita discrecionalmente a los casos en que “la naturaleza de la disposición lo aconseje”. La Ley da entrada a la intervención ciudadana y, en particular, a los grupos organizados de intereses, al tiempo que asume la bondad de la doctrina normativa del interés público, pero hace esto último con dos salvedades de nota: las razones de interés público que permiten obviar el trámite de audiencia a los afectados en sus derechos o intereses deberán poder ser calificadas como “graves” y, en todo caso, deberán ser motivadas, y más estricto resulta aún el condicionamiento del trámite de información pública a la naturaleza de la disposición, apreciada por la Administración.

³³ Véase el capítulo de este libro realizado por Emilio Jiménez Aparicio. El autor agradece al Dr. Jiménez Aparicio y al también Abogado del Estado Juan Manuel Herrero de Egaña y Espinosa de los Monteros la ayuda prestada en esta materia, de cuyo desarrollo en el texto no son en ningún caso responsables

Una jurisprudencia consolidada³⁴ precisa que la audiencia es preceptiva para las asociaciones o colegios profesionales que, por mandato legal, representen intereses de carácter general y corporativo y no sean de carácter voluntario. Con estas salvedades, la omisión del trámite provoca la nulidad de la disposición: tratándose de un trámite legalmente preceptivo, su omisión conlleva la nulidad del reglamento (art. 62.1.e) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)³⁵. Quedan así sujetas a control jurisdiccional, es decir, a la supervisión de un poder distinto al propio Gobierno.

La exclusión, en cambio, del trámite de audiencia en relación con los reglamentos de carácter organizativo -las disposiciones reglamentarias que se refieran a los órganos, cargos y autoridades regulados por la misma Ley, así como a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado- no conlleva la consecuencia reseñada, según determina la propia Ley y resulta de la jurisprudencia: los reglamentos dictados en ejercicio de la potestad autoorganizatoria de la Administración agotan su eficacia en el seno interno de la misma.

Es más significativa la exclusión implícita que resulta del art. 22 de la propia Ley, relativo a la iniciativa legislativa del Gobierno: no se prevé trámite de audiencia alguno en el ámbito del procedimiento de elaboración de proyectos de ley. En la fase gubernamental de elaboración de proyectos de ley (analizada con detenimiento por Emilio Jiménez Aparicio en su trabajo para las Jornadas del Colegio Libre de Eméritos mencionadas al inicio), la intervención de los ciudadanos, así como de los grupos de intereses es discrecional, pues puede tener lugar, pero sólo - formalmente hablando- a iniciativa del Gobierno o del Ministerio o Ministerios competentes:

“1. El Gobierno ejercerá la iniciativa legislativa prevista en los artículos 87 y 88 de la Constitución (RCL 1978, 2836) 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.

³⁴ Para la falta de audiencia en el derecho alemán, véase ORTIZ DE URBINA, *Técnica Legislativa en Alemania*, capítulo B.2.d), nota 28, 15, en este mismo libro; y, en general, F. SANTAOLALLA LÓPEZ (2002), Comentario al art. 24 de la Ley 50/1997, de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno, en C.J. FERNÁNDEZ CARNICERO, Comentarios a la Ley del Gobierno, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 330 y ss, y allí más citas

³⁵ SANTAOLALLA LÓPEZ, *op cit*, 345. El 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.”

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 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, quien recientemente ha analizado con rigor esta regulación, opina que habría resultado 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”³⁶.

5. Cinco reflexiones para el futuro de la tl

La breve síntesis de la evolución de la teoría económica de la regulación que acabamos de recoger en las páginas anteriores resulta aleccionadora. La **tl** española del siglo XXI puede recoger el fruto de los desarrollos anteriores si hace suya la doble idea de la realidad de la influencia de los grupos de intereses en la elaboración de disposiciones jurídicas y de la negociación que inevitable, pero también deseablemente tiene lugar entre los grupos de intereses y los poderes públicos, así como las que se entablan entre los integrantes de cada poder y los poderes mismos entre sí.

A modo de líneas de trabajo –antes que de conclusiones– que en este trabajo he tratado de apuntar, cabría finalmente destacar las siguientes:

I

Teoría económica de la regulación

La doctrina normativa, que concibe la legislación y la regulación como actividades que tienden necesariamente a la consecución del interés público, así como su némesis –la doctrina de la inevitable captura del regulador por el regulado– deberían ceder terreno a análisis teóricos sistemáticos y empíricamente contrastables y, en particular, a los llevados a cabo por la teoría económica de la regulación.

³⁶ SANTAOLALLA LÓPEZ, *op cit*, 332. Como señala el mismo 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.”

II

Legislación y grupos de intereses (*Lobbies*)

La realidad de la participación de los grupos de intereses ciudadanos en la elaboración de las leyes y demás disposiciones jurídicas debería ser tomada en consideración por la **tl** del siglo XXI.

III

Negociación en los poderes públicos y entre ellos mismos

El proceso de elaboración de leyes y disposiciones jurídicas debería igualmente tener en cuenta los eventuales procesos de negociación que tienen lugar en el seno de cada poder del Estado, así como entre los distintos poderes públicos.

IV

Negociación y limitación del monopolio estatal de la fuerza

La idea de negociación debería ser asumida como un modo de contrarrestar el monopolio estatal de la coerción.

V

Transparencia y de minimización de los conflictos de intereses

La negociación que eventualmente tiene lugar en el marco de los procesos de elaboración de leyes y disposiciones jurídicas debería estar legalmente sujeta a estrictas exigencias de transparencia, así como a las cautelas precisas para neutralizar los conflictos de intereses.

6. Bibliografía

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. FEREJOHN y 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*, en 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. GRETTEL, 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*, en 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*, en 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), *Constitutional 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, en 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 y 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 y 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, México