

# Elementos conceptuales de regulación administrativa económica.

## Unas notas breves\*\*

### 1. Preámbulo

El término *regulación* tiene un origen asociado a los trabajos de la teoría económica de raigambre anglosajona y su incorporación a la tradición jurídica continental ha ido de la mano de los procesos de liberalización de la economía que se han experimentado en los últimos treinta años. En esta perspectiva, la regulación intenta analizar el derecho desde un punto de vista dinámico en cuanto proceso de elaboración, aprobación y aplicación de normas o actos con eficacia normativa.

Desde el derecho público, la regulación representa la materialización de la cobertura normativa previa de cualquier actividad pública de intervención bajo cualquier modalidad (título, forma o técnica de intervención)<sup>1</sup>, de manera que se cumple con la prevención de las ideas fundamentales del Estado de Derecho y con la garantía del principio de legalidad<sup>2</sup>.

Desde la vertiente económica, la regulación alude a una intervención pública que restringe, influye o condiciona las actuaciones de los agentes económicos por razones de equidad –para alterar la distribución y proteger a los menos aventajados– o de eficiencia –para mejorar la asignación de los recursos y acercarla al óptimo social–.<sup>3</sup>

\*\* Estas notas forman parte del capítulo II de nuestra Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales “*Principios de Regulación Administrativa Económica*”, con la colaboración de Carolina Pérez Monje y bajo la dirección del profesor Dr. Luis Cordero Vega.

<sup>1</sup> Cfr. Villar Ezcurra, José Luis, *Derecho Administrativo Especial Administración Pública y Actividad de los Particulares*, 1ª ed., Editorial Civitas, 1999.

<sup>2</sup> Art. 6 inc. 1º CPR. Vid. Pantoja Bauzá, Rolando, *El Derecho Administrativo Clasicismo y Modernidad*. Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, 1994, pp. 144 y ss.

<sup>3</sup> Vid. Sunstein, Cass R., *Las Funciones de las Normas Regulatorias*, publicado originalmente con el título *The Functions of Regulatory Statutes*, en Sunstein, Cass R. *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Harvard University Press, Cambridge MA., 1990, en Isonomía N° 17, 2002, traducción Pablo Larrañaga; Breyer, Stephen G.; Stewart, Richard B.; Sunstein, Cass R. & Spitzer, Matthew L., *Administrative Law and Regulatory Policy Problems. Text, and Cases*, Fifth Edition. Aspen Law & Business; Stiglitz, Joseph E., *La Economía del Sector Público*, traducción de María Esther Tabasco y Luis Toharia, Antoni Bosch editor, tercera edición, 2000.

Para algunos, lo central es la visión crítica que subyace en la regulación respecto al funcionamiento del libre mercado y los intercambios voluntarios, por ello es que la regulación busca alterar esos resultados en procura de una mayor justicia social. Para otros, la centralidad de la regulación está dada por la idea de “interferencia” pública intencionada en las opciones abiertas a los sujetos en el desarrollo de una actividad. De la Cruz Ferrer ha dicho que, desde esta perspectiva y “[d]e una manera más precisa, se puede definir la regulación como un conjunto de normas o de acciones específicas, impuestas por la autoridad pública, que interfieren directamente en el mecanismo de asignación de recursos en el mercado, o indirectamente, alterando las decisiones de demanda y oferta de los consumidores y empresas”.<sup>4</sup>

Este tipo de acercamientos, sin embargo, asumen una visión estática de la cuestión. Una perspectiva dinámica considera a la regulación como “un proceso de restricción intencional de la elección”. Esta última sustituye los cuestionamientos funcionales de la regulación y los reemplaza por un examen de los procesos de elaboración de políticas públicas que concluyen en el diseño e implementación de las estrategias regulatorias, distinguiendo en dicho proceso el momento de la motivación, de la decisión y de la ejecución<sup>5</sup>. Como podrá notarse, también resulta relevante la *diversidad funcional* del procedimiento administrativo<sup>6</sup> en esta línea de comprensión dinámica de la actividad regulatoria, el cual también nos permite integrar teorías explicativas antagónicas de los fenómenos regulatorios, como la del *interés público* y la *Public Choice*.

Stigler, por ejemplo, ha sostenido que la “regulación económica”, o “regulación” como la conocemos, puede definirse como “*todo lo que abarca el conjunto completo de las relaciones público-privadas e incluye: 1.- toda intervención pública en los mercados de recursos (uso de la tierra, instituciones de movilización de capital y trabajo); 2.- todas las actividades de recolección de fondos del gobierno (exceptuando posiblemente la impresión y emisión de dinero), y todos aquellos desembolsos que no toman la forma de compras en mercados abiertos; y 3.- toda intervención pública en la producción, venta o compra de bienes y servicios*”. Ciertamente se trata de una comprensión amplísima del asunto, aunque excluye, a lo menos en principio, las intervenciones basadas en la corrección de desigualdades. Sin embargo, creemos que este acercamiento conceptual no es incorrecto sino necesario pues la complejidad y labilidad del objeto normativo exigen una comprensión siempre dispuesta; una posibilidad interpretativa razonablemente generosa, o una *textura abierta* del sistema y del concepto mismo. Con todo, de esta noción que nos entrega Stigler podemos concluir dos cosas importantes de tener a la vista en cualquier circunstancia y como punto de partida. En primer lugar se desprende que el núcleo conceptual de la idea de regulación está centrado en lo público o, en otros términos, en su relevancia

<sup>4</sup> De la Cruz Ferrer, Juan, *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, p. 126.

<sup>5</sup> *Id.*, pp. 126–127. Nótese las referencias a Mitnick y Serrano Sanz.

<sup>6</sup> Cordero Vega, Luis, *El Procedimiento Administrativo*, Editorial Lexis-Nexis, Santiago, 2003.

<sup>7</sup> Stigler, George J., *Comment*, en Gary Fromm (ed.) *Studies in Public Regulation*, Cambridge, The MIT Press, 1981. También en Wisecarver, Daniel, *Regulación y Desregulación en Chile: Septiembre de 1973 a Septiembre de 1983*, en Estudios Públicos N° 22, 1986.

o significación pública. Esto es de notar pues las formas de autorregulación –es decir aquel conjunto de parámetros que algún segmento de la sociedad civil se impone a sí mismo con diversas finalidades– terminan por transformarse también en un mecanismo de *regulación pública*, porque a pesar de su origen privado adquieren una dimensión y una importancia central desde el punto de vista de la protección del interés público<sup>8</sup>. Por lo tanto, la regulación es aquella parte de la esfera pública (interés público) que se encuentra, se acerca y se relaciona directamente con el mundo privado (*intervención* en esferas individuales); es la interferencia pública intencional en las opciones abiertas al sujeto particular en el desarrollo de una actividad. En segundo lugar puede colegirse que esa relación no se presenta en cualquier ámbito, sino que sólo lo hace en aquellos que tienen un vínculo o una estrecha relación con algún, por así llamarlo, “*espacio de mercado*”. No hay “regulación” en materia de derecho de familia por ejemplo, o en la sucesión por causa de muerte. Sólo hay regulación para Stigler, entonces, cuando la relación entre la dirección normativa pública y la gestión privada objeto de ella se dan al interior o impactan directamente a los procesos de mercado. (Nos parece que “los desembolsos que no toman la forma de compras” puede constituir una ventana abierta en el concepto para proyectar otro tipo de acciones administrativas.)

Ciertamente los intentos de despejar los problemas conceptuales son múltiples<sup>9</sup>. A pesar de que varios autores se abocan a la tarea, en muchos de los trabajos pasa inadvertidamente como algo supuesto o subyacente. Con todo, lo que resulta fundamental, es que el establecimiento de un sistema normativo coherente, así como de un instrumentalario adecuado implementado por órganos administrativos de carácter profesional y técnico, permite mantener un nivel aceptable de seguridad jurídica y de predictibilidad razonable de las acciones e intervenciones del poder público, especialmente en arenas económicas, donde asistimos a un mundo integrado en los mercados globales.

<sup>8</sup> Esteve Pardo, José. *Autorregulación genesis y efectos*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002.

<sup>9</sup> Como dicen Christensen, Tom y Laegreid, Per, *Autonomy and Regulation. Coping with Agencies in the Modern State*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, pp. 9 y 10. “[o]ne problem in the literature is that of definition: it is often not clear what is meant by regulation, agency and autonomy. [...] Regulation is an ambiguous concept that can be used in both a broad and a narrow sense. We can distinguish between three different meanings of the term (...). First, in the narrowest sense regulation means formulating authoritative sets of rules and setting up autonomous public agencies or other mechanisms for monitoring, scrutinizing and promoting compliance with these rules. According to Selznick, regulation is sustained and focused control by a public agency over activities that are valued by a community. The establishment of autonomous regulatory agencies brought about by the regulatory reform movement is connected to this narrow meaning of regulation. Public sector regulations imply that one agency seeks to shape the behavior of other organizations, that there is an arm’s-length relationship between the overseeing agency and the target organization, and that the overseer has some formal authority or mandate for its oversight. Second, regulation can be defined more broadly as all types of state intervention in the economy or the private sphere designed to steer them and to realize public goals. This goes beyond rule-making to include areas like taxation, subsidies and public ownership. In this sense regulation is an all inclusive concept of governance. Third, regulation can be seen as social control of all kinds, including nonintentional and nonstate mechanisms.”

## 2. Intentos clasificatorios

En la literatura especializada, tanto económica como jurídica, no existe acuerdo sobre las diferentes denominaciones que pueden darse ni sobre el contenido preciso del alcance de cada tipo de regulación. Se han sugerido una serie de clasificaciones de las normas regulatorias. Como sabemos, las normas jurídicas suponen condicionamientos de diversos tipos, contenidos y alcances sobre las posibilidades de actuación de los sujetos al interior de un sistema jurídico–económico. Colocando diversos acentos en la especialidad de los objetos normativos o bien en los efectos de las regulaciones pueden obtenerse varios tipos de regulaciones.

### 2.1. Regulación directa y regulación indirecta

Por una parte, puede entenderse la voz regulación en un sentido amplio, como la actividad por medio de la cual el Estado interviene en los mercados alterando el funcionamiento que éstos tendrían natural o espontáneamente de no mediar dicha intervención. Podemos mencionar como ejemplo de este tipo de intervención estatal, también llamada “*regulación indirecta*”, las normas que prohíben prácticas anticompetitivas, las que establecen mecanismos de negociación colectiva y las que reglamentan procedimientos concursales. Por la otra, la noción de regulación es susceptible de ser entendida en un sentido restringido, comprensiva sólo de las actividades de carácter permanente que implican la toma de decisiones que en otros casos serían adoptadas directamente por los agentes económicos privados. A esta forma se le conoce como “*regulación directa*”. Pueden enunciarse como ejemplos de este caso a actividades tales como la fijación y control de precios, condiciones de provisión de servicios públicos, estándares de emisión de sustancias contaminantes y requerimientos de liquidez y solvencia de las entidades financieras.<sup>10</sup>

### 2.2. Regulación económica y regulación social

A su turno, hay autores norteamericanos que, más aun, distinguen desde óptica distinta –basada en las imperfecciones que presenta el mercado– entre *regulación económica* propiamente tal de una *regulación social*<sup>11</sup>. La *regulación económica propiamente tal* alude a las medidas que se adoptan con el objeto de solucionar problemas originados en el ejercicio del poder del mercado (comprensiva de la regulación de los monopolios naturales –fundamentalmente de los servicios públicos–, y de las normas de libre competencia).

<sup>10</sup> Coloma, Germán, *Apuntes para el Análisis Económico del Derecho Privado Argentino*, Universidad del CEMA. Capítulo VI, disponible en <http://www.cema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/156.pdf>.

<sup>11</sup> Viscusi, W. Kip, Vernon, John y Harrington, Joseph, *Economic of Regulation and Antitrust*, 2° ed., Cambridge, MIT Press, 1995. Citado en *Id.* También en Surstein, *Funciones de la normas regulativas*, *op. cit.*

La *regulación social*, en cambio, está orientada a resolver otras clases de “fracasos del mercado” (externalidades, asimetrías de información) y comprende cuestiones como el control de las emisiones contaminantes, la seguridad de los bienes y servicios que se transan en el mercado, sus condiciones de salubridad y la de los establecimientos comerciales e industriales, etc.<sup>12</sup>

### 2.3. Regulación económica y regulación externa

La regulación también puede ser clasificada desde otra perspectiva: atendiendo al grado de compromiso intrínseco de la regulación con la actividad regulada. Así, Ariño Ortiz ha distinguido entre una *regulación económica* de una *regulación externa*<sup>13</sup>. La primera se encuentra más directamente ligada a la actividad misma; al interior del proceso productivo. Afecta a cuestiones como la entrada y salida de la actividad (establecimiento de barreras legales de entrada) —en los casos de servicios públicos se tratará de concesiones—, y afecta a las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla, como la cantidad de producción<sup>14</sup>, las zonas o mercados a que sirve cada empresa, los precios o retribuciones que perciben por ella y, finalmente, al negocio mismo en que la actividad consiste. Ésta requiere de una justificación mayor, no desde el punto de vista de su existencia, sino en cuanto al sentido y fines que con ella se busca<sup>15</sup>. La segunda está más bien de la mano de la vieja idea de la Policía Administrativa y hace referencia a las condiciones de seguridad de los productos o servicios, de salubridad, protección del medio ambiente, localización física en que se desarrolla la actividad económica de que se trata, pero sin entrar en el interior de ésta ni predeterminar las decisiones empresariales<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Coloma, *op. cit.*

<sup>13</sup> Ariño Ortiz, Gaspat, *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Editorial Comares, Granada, 2001, pp. 553 y ss.

<sup>14</sup> Recuérdese que no sólo son relevantes las características cualitativas de las actividades, productos o servicios para que merezcan el interés estatal por la regulación o el control de los riesgos que ellos puedan generar; también lo son desde el punto de vista cuantitativo, sobre todo en lo que respecta —no a cuestiones puramente de mercado, como la escasez de oferta de algún bien— a eso que la doctrina llama “*riesgo estadístico*”, es decir, aquel porcentaje del riesgo que no es posible eliminar del todo pues está indefectiblemente unido a la actividad misma (*v.gr.*, un productor de cervezas sabe que el 1% de las botellas contienen algún elemento extraño potencialmente riesgoso que ha sido imposible de evitar, aun con la mejor tecnología disponible. Ergo, a mayor producción mayor número de personas en riesgo, conservando la proporción). En un sistema legal de responsabilidad extracontractual como el nuestro (por culpa) ese riesgo es abordado desde la perspectiva del caso fortuito (ha sido imposible de evitar con todo el cuidado posible o exigible: el de un buen padre de familia, lo que se traduce, consecuentemente, en la asunción final de los costos por la víctima). En un sistema de responsabilidad objetiva, este tipo de riesgo es mejor enfrentado, pues genera incentivos para la reducción del volumen de la actividad completa hasta el óptimo social (óptimo de actividad). De ahí que se justifique el interés público en la regulación del riesgo estadístico, una de las cuales es la generación de incentivos para la adecuación a las condiciones óptimas por medio del establecimiento de normas de responsabilidad extracontractual que racionalicen el *quantum* de actividad potencialmente dañina.

<sup>15</sup> Ariño Ortiz, *Principios...*, *op.cit.*, p. 553.

<sup>16</sup> *Ibid.*

#### 2.4. Regulación conforme a la naturaleza normativa y al objeto normativo

Por último, se han introducido, en una suerte de combinación de las anteriores, una clasificación analítica dual, pero más compleja. Así, de una parte habría una regulación que pone el acento en la naturaleza normativa (tendríamos regulación civil, administrativa, económica y burocrática) y, de otra, una que atiende al carácter objetivo o subjetivo del objeto normativo (regulaciones de estructura y regulaciones de conducta)<sup>17</sup>.

Desde la primera perspectiva, se intenta precisar la incidencia de la regulación sobre el ciudadano; sobre el contenido de sus derechos u obligaciones. Ésta permite una serie de sub-clasificaciones: regulación civil e institucional, regulación de policía administrativa o de regulación social; regulación económica; y regulación burocrática.

a) Primero, habría una regulación civil e institucional. Aunque esta es una clasificación olvidada no puede dejar de mencionarse. De hecho, el sistema legal tiene una importancia capital en la configuración del sistema económico –como ha sido ampliamente reconocido entre los economistas– y, asimismo, ese reconocimiento y protección de derechos es una de las principales funciones del Estado<sup>18</sup>. Eso hace que Coase sostuviera que lo que en realidad se intercambia en el mercado no son entidades físicas, sino los derechos para realizar ciertas acciones, derechos que son establecidos por ley<sup>19</sup>. Asimismo, en Hayek el sistema de libertad es una creación legal; los mercados no surgen ni funcionan en el vacío sino que necesitan para existir un “intrincado sistema de normas y regulaciones”<sup>20</sup>. Las normas básicas del funcionamiento social, como el reconocimiento de los derechos de propiedad, la posibilidad de coacción para el cumplimiento de los contratos y las sanciones a los incumplimientos posibilitan la existencia de los mercados. La asignación inicial de esas titularidades de derechos y la posterior protección de ellas se logran por medio de diversas técnicas por parte del derecho sustantivo<sup>21</sup>. En esa tarea inicial el sistema jurídico es un insustituible presupuesto de la operación de los procesos de mercado.

La regulación civil tiene un carácter facilitador. Las normas sobre titularidades, contratos, y formas de organización básicas, constituyen el primer instrumento de intervención pública, y que permite que sean los propios individuos quienes configuren espontáneamente el orden social y la distribución de los bienes<sup>22</sup>. “Ese carácter predominantemente dispositivo y facilitativo de la regulación civil permite alcanzar fines públicos sin que la intervención administrativa anule o limite las libertades y su creatividad, sino que más

<sup>17</sup> De la Cruz Ferrer, *op. cit.*, pp. 135–145.

<sup>18</sup> Cfr. Ariño Ortiz, *Principios...*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>19</sup> Coase, Ronald, *El problema del Costo Social*, en Estudios Públicos Nº 45, 1992, pp. 81–134.

<sup>20</sup> Hayek, F.A., *Los Fundamentos de la Libertad*. Editorial Folio, Biblioteca de Economía, Barcelona, 1989.

<sup>21</sup> Calabresi, Guido, y Melamed, Douglas. *Reglas de Propiedad, Reglas de Responsabilidad, Reglas de Inalienabilidad: Una vista de la catedral*, en Estudios Públicos Nº 63, 1996, pp. 347–391.

<sup>22</sup> En este sentido adquiere importancia la idea de “reglas de tráfico”, como en Brennan, Geoffrey y Buchanan, James M., *La razón de las normas*, traducción José Antonio Aguirre Rodríguez, Editorial Folio, Biblioteca de Economía, 1997, pp. 44 y ss.

bien facilita a los individuos que superen los obstáculos derivados de la falta de información y de los costos de transacción que, sin instituciones de organización y negociación, les impedirían actuar, y que, cuando existen, amplían notablemente los cursos de la iniciativa, de la libertad y de la creatividad, al prestar seguridad jurídica. Socialmente, la regulación civil institucional incentiva la libertad y el pluralismo; económicamente, incentiva la iniciativa empresarial, el volumen de las transacciones, la creación de riqueza y la competencia, al facilitar una correcta asignación de recursos”.<sup>23</sup>

b) En segundo lugar, identificamos una regulación de policía administrativa o regulación social. El objetivo de este tipo de regulaciones es alcanzar un equilibrio entre los derechos de los ciudadanos evitando su colisión. El medio ambiente, la seguridad, la protección del consumidor, la sanidad, etc., suelen ser los objetos de este tipo de regulación que en el ámbito anglosajón y la ciencia económica se denomina “regulación social”; en el ámbito del Derecho Administrativo continental se llama “de policía administrativa”, y Ariño Ortiz califica como *externa*.

En términos económicos, las causas fundamentales de este tipo de intervención la constituyen las externalidades y las asimetrías de información. En general, estos problemas tratan de solucionarse por medio de diferentes técnicas: i) estableciendo obligaciones de información, a favor de los consumidores, por ejemplo, ii) estableciendo como requisito para la operación en los mercados la obtención de una autorización previa, por medio de la que la administración verifica ciertos estándares de idoneidad para la prestación, o bien por medio de la comunicación de la realización de determinadas actividades personales, materiales o de comercialización; y iii) la imposición de normas de conducta a las actividades y de requisitos a los productos y servicios, como la normalización, la remisión a normas técnicas, fijación de estándares, etc.

c) En tercer lugar, se encuentra la regulación económica (en sentido estricto). Ésta penetra en el interior de la actividad sustituyendo las condiciones de funcionamiento de los mercados, estableciendo barreras de entrada y de salidas sobre las actividades y el número de industrias, imponiendo las decisiones esenciales sobre la producción, etc. Esta finalidad se cumple, en general, por medio de tres grandes técnicas: i) La creación de empresas públicas, con o sin reserva en monopolio de la actividad, con la idea que los mecanismos de dirección y responsabilidad política pueden servir a conseguir los fines públicos; ii) la regulación coactiva de las condiciones de producción, calidad y precios de los bienes y servicios prestados por empresas públicas o privadas; y iii) la regulación de la estructura empresarial de un sector, poniendo barreras de entrada y limitando el número de operadores.

Esta distinción permite explicar el fenómeno aparentemente o nominalmente contradictorio en los diagnósticos económicos; por un lado la retirada y, por el otro, la creciente importancia de la regulación. Mientras que la regulación económica en sentido estricto ha ido retrocediendo por efectos de la liberalización y la privatización, por otro lado la

<sup>23</sup> De la Cruz Ferrer, *op. cit.*, pp. 137-138.

regulación administrativa o social se ha ido desarrollando y perfeccionando con miras de seguir garantizando los intereses públicos.

d) En cuarto y último lugar se encuentra la llamada regulación burocrática, la que consiste en “las formalidades administrativas o trámites burocráticos que imponen las Administraciones públicas sobre los agentes económicos y sobre cualquier ciudadano”<sup>24</sup>. Este tipo de imposiciones administrativas suelen considerarse como cargas para el ejercicio de los derechos y pueden tener incidencias negativas sobre las actividades económicas, proyectos, iniciativas o el desarrollo de las mismas, en la medida en que introducen factores que pueden entorpecerlas, dilatarlas o impedir las, como es la excesiva o irracional burocratización de las decisiones. Nuestra propia Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (Nº 19.880) en sus inicios pretendía –en el lenguaje de la época– eliminar los “lomos de toro”, poniéndose a tono con estos diagnósticos negativos de la presencia pública burocrática y con las tendencias de reforma y modernización del Estado<sup>25</sup>. Lo que ilustra la alegoría es que se buscaba provocar un impacto positivo en términos de agilización, racionalización y optimización de trámites administrativos necesarios para la obtención o satisfacción de los requisitos legales o reglamentarios de operación de una determinada actividad, intentando suprimir los que no fueran indispensables y simplificando los ineludibles, haciendo que la acción del Estado en este estadio se materialice en una aplicación más ágil y transparente de la legalidad, garantizando impugnabilidad de las decisiones, el control administrativo y judicial y la participación de los afectados en el procedimiento decisorio.

Desde la segunda perspectiva, se clasifica a la regulación atendiendo al objeto regulatorio, distinguiendo entre regulación estructural y la regulación de conducta. Este pábulo formal de la distinción, permite que esta clasificación sea aplicable tanto a la regulación económica en sentido estricto como a la regulación administrativa.

a) Regulación Estructural. La finalidad de la regulación estructural es la de crear condiciones que eviten conductas indeseables, estableciendo normas sobre la propiedad, número de empresas, requisitos exigidos a éstas, actividades que pueden desarrollar, etc. Este tipo de regulación puede recurrir a diversas técnicas de intervención, como:

1. La empresa pública y la *publicatio* de ciertas actividades. Muchos sectores considerados esenciales, en el modelo jurídico europeo continental, fueron sometidos al régimen del servicio público con lo que restaba por innecesario cualquier otro tipo de regulación. Como sabemos, las crisis del servicio público recondujeron hacia las privatizaciones y la liberalización –o la introducción de competencia en esos sectores que habían sido considerados tradicionalmente como monopolios– lo que obligó a cambiar y sofisticar las técnicas de intervención y regulación.
2. El establecimiento de restricciones a la propiedad, por ejemplo, limitaciones de participación en la propiedad de ciertas empresas, tanto en porcentaje de propie-

<sup>24</sup> De la Cruz Ferrer, *op. cit.*, p. 141.

<sup>25</sup> Cordero Vega, *El Procedimiento...*, *op. cit.*

dad como a ciertos sujetos (los bancos, por ejemplo), deber de comunicación o transparentar las participaciones (como en el mercado de valores), obligaciones de segmentación de algunos mercados impidiendo la integración (como cuando hay comprometidas facilidades esenciales, por ejemplo en la transmisión eléctrica o en la telefonía fija).

3. Mediante el establecimiento de restricciones o barreras de entrada, como: i) la limitación del número de operadores con o sin derechos de exclusiva (como en las concesiones de servicios públicos que constituyen monopolios naturales, o por razones de escasez de recursos o técnicas –como en el caso del espectro radioeléctrico–) o en casos de riesgo de excesiva competencia y presiones sectoriales, como en el transporte; ii) fijación de requisitos para el desarrollo de una actividad, como el pago de una licencia (patente profesional), la adscripción a colegios profesionales, exigencia de título profesional, autorizaciones, inscripciones, capital mínimo, etc.; iii) por medio del Derecho de Libre Competencia, imponiendo condiciones para la absorción, concentración, o fusión de empresas, la obligación de información en el mercado de valores, limitación en el control de empresas, OPAS, limitación del tipo de actividades posibles de desarrollar (instituciones financieras y bancos), obligación de separación contable, funcional o jurídica o de propiedad de actividades, como por ejemplo para evitar el abuso de información privilegiada, el abuso de posición dominante, los subsidios cruzados, etc.

b) Regulación de Conducta. Alude al cómo se realiza la actividad regulada, y presenta cierta ventaja por sobre la regulación de estructura, ya que ésta –si bien es más sencilla de establecer para la Administración– suele imponer mayores costos sobre los operadores y tiende a constituirse en freno a la competencia y a la innovación. Algunas son: i) reconocimiento de costos y fijación de precios, los que han sido la técnica tradicional en la regulación de servicios públicos en régimen de monopolio para sustituir a la competencia; ii) el establecimiento de estándares, normalización, licencias, certificaciones, etc.; iii) el deber de facilitar información, sobre la empresa, sus productos, procesos productivos, servicios, etc.

### 3. Opción por Regulación Administrativa Económica

Estamos de acuerdo con el profesor Moraga Klenner cuando sostiene que la regulación administrativa se conforma desde la función administrativa. Que las intervenciones administrativas regulatorias no sólo se encuentran condicionadas por la Constitución y el resto del entramado normativo, pues “[e]n un sentido material, la regulación es un producto jurídico que resulta directa y esencialmente de lo que la Administración del Estado realmente hace y los cometidos que desempeña, con los escasos o abundantes

recursos de todo tipo que se ponen a su disposición”<sup>26</sup>. De ahí que consideremos prioritaria la inflexión conceptual en la *actividad o la acción administrativa*<sup>27</sup>. De ahí también nuestra opción por la nomenclatura “regulación administrativa económica”. Nos parece que puede encerrar todas las opciones de intervención en ámbitos económicos, sea para regular interna o externamente, económica, administrativamente o socialmente, o se refiera a la organización industrial o bien proteja el medio ambiente, lo haga regulando estructuras o conductas. Lo central, es que la regulación –en adelante cuando hablemos de regulación la haremos en este sentido amplio– se trata de una función estatal, una forma de intervención administrativa específica e identificable con una serie compleja y sofisticada de técnicas o herramientas que procuran diversas finalidades públicas, que van desde la promoción o la protección de la competencia y la eficiencia asignativa, productiva y generativa, hasta la proscripción de la discriminación, la modificación de las preferencias endógenas, o la eliminación de un *statu quo* injusto. Todas ellas tienen impactos de diversa índole en el mercado.

Como ha dicho el mismo Moraga Klenner, “por convención o por cansancio, existe un muy reducido enfoque sobre la *actividad regulatoria*: su reducción a lo económico o, en otras palabras, la negación de lo público–administrativo en la *regulación económica*, a la que inclusive se le otorgaría un origen directo en la economía, que no en el Derecho”<sup>28</sup>. En nuestro concepto, la regulación –cualquiera sea su apellido– es producto de un determinado diseño constitucional deliberado que exige imperativamente intervenciones estatales en vista de la materialización efectiva de los mandatos jurificados provenientes de su axiología básica. Y no todas las intervenciones en los mercados están basadas en la búsqueda de eficiencia asignativa, que no es un imperativo constitucional, sino que es un mecanismo preciso para distribuir o asignar recursos a los ciudadanos. No creemos que la intervención del Estado esté ineludiblemente justificada –en términos ético–jurídicos o axiológico –constitucionales– en esa idea de eficiencia.

Por último, debe tenerse presente que no hay límites naturales obvios para la regulación. Las esferas de lo que es susceptible de ser regulado están determinadas por la experiencia histórica, por la comprensión de una determinada cultura jurídica<sup>29</sup> (constitucional) dominante y por la disponibilidad de recursos. Que la regulación exhiba constantemente como destinatarios a un grupo determinado de sujetos o de actividades significa que las nociones acerca del ámbito de la regulación han ido adoptando un carácter rutinario y están inmersas dentro de procedimientos organizacionales institucionalizados, que es, por lo demás, la manera como actúa la Administración pública<sup>30</sup>. Pero de ello no se sigue

<sup>26</sup> Moraga Klenner, Claudio, *Cuestiones Generales Sobre Regulación Administrativa*, en Revista de Derecho Público, vol. 66, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004, p. 393.

<sup>27</sup> Vid. Schmidt–Assmann, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo Como Sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Marcial Pons, Barcelona, 2003.

<sup>28</sup> Moraga Klenner, *id.*, p. 396.

<sup>29</sup> Vid. Merryman, John Henry, *Sistemas legales en América Latina y Europa Tradición y Modernidad*, traducción de Eduardo L. Suárez., Editorial Fondo de Cultura Económica, segunda reimpresión en Chile, 1995.

<sup>30</sup> Hancher, Leigh y Morán, Michael, *La organización del Espacio regulativo*, publicado originalmente con el título “*Organizing Regulatory Space*”, en Hancher, Leigh y Morán, Michael (eds.), “*Capitalism, Culture and Economic Regulation*”, Oxford University Press, Oxford, 1989, traducción de Pablo Larrañaga.

que ella no pueda en lo venidero encontrar nuevos ámbitos o espacios de aplicación en la interacción del Estado y la sociedad.

#### 4. Perspectivas históricas–económicas descriptivas y normativas de la regulación

Puede pensarse que a la base de estas distinciones conceptuales, un poco difusas las más de las veces, está una cuestión que se explica en el marco de una vieja discusión liberal clásica<sup>31</sup>. Apenas finalizadas las conmociones mundiales de mediados del siglo XX, Ludwig von Mises y Walter Eucken<sup>32</sup> sostenían una disputa que, a final de cuentas, representaba la pugna entre dos perspectivas radicalmente distintas de percibir la relación entre el mercado y la regulación, o lo que es lo mismo, la “naturaleza del orden de mercado liberal: naturaleza que gira en torno a conceptos organizativos diferentes”. Para Von Mises tal naturaleza organizativa de mercado se nutre de la idea de “mercado sin interferencias” (en este sentido más cercano a Hayek). En el caso de Eucken, se comprende al mercado como un “orden constitucional”<sup>33</sup>.

La idea de un mercado sin interferencias o, como dice Von Mises, donde “la operación del mercado no esté obstruida por factores institucionales”, pareciera que, desde un punto de vista liberal radical, aporta un criterio inequívoco y consistente para acudir a la cuestión normativo–valorativa de la regulación. Sin embargo, debido a que la noción de regulación presenta cierta complejidad e indudable vaguedad conceptual ello no resulta tan claro. Sostener como postulado ideal a un mercado sin interferencias –donde el gobierno se abstiene de obstaculizar su funcionamiento y lo protege frente a la invasión de otras personas– supone distinguir claramente lo que es una interferencia de lo que no lo es. Y no sólo eso, supone además que ambas categorías –interferencias y no interferencias– son efectivamente entes diferenciados, delimitados y no relacionados. Y ello no es así. Por el contrario, como sostiene Vanberg, “la noción de regulación se ha convertido en una categoría sumaria que abarca distintos tipos de medidas políticas que, aunque comporten ciertos rasgos comunes, difieren notablemente en muchos otros aspectos”<sup>34</sup>. Esto quiere decir, finalmente, que no es claramente diferenciable un mercado interferido de uno regulado, o lo que es lo mismo, no es fácil poner límites para distinguir entre una intromisión en el desenvolvimiento normal del juego del mercado versus la

ISONOMÍA N° 17, octubre 2002, p. 19.

<sup>31</sup> Vanberg, Viktor J., *Mercados y Regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional*, publicado originalmente con el título *Markets and Regulation: the Contrast between free-market liberalism and Constitutional liberalism*, en *Constitutional Political Economy*, vol. 10, N° 3, 1999, traducción de Pablo Larragaña, ISONOMIA N° 17, octubre 2002.

<sup>32</sup> Eucken, líder de la escuela de Friburgo, fue quien situó a la competencia como principio ordenador de la economía, considerando que la función de la política económica es la creación de las condiciones en las cuales la competencia pueda actuar lo más favorable y libremente posible.

<sup>33</sup> A la noción defendida por Von Mises, Vanberg la denomina “Liberalismo de Libre Mercado”, mientras que llama “Liberalismo Constitucional” a la idea de Eucken.

<sup>34</sup> Vanberg, *op. cit.*, p. 81.

disposición de las reglas del juego bajo las cuales éste se desarrolla.<sup>35</sup> O, todavía, desde el criterio primario identificador –derecho de propiedad–, entre una redefinición de los derechos de propiedad y una reasignación de ellos.

La tesis del mercado sin interferencias así entendida pues, no es capaz de dar cuenta de la problemática conceptual y ontológica de las normas regulativas desde la perspectiva de su relación con el mercado. Si tenemos que acudir al trabajo clasificatorio realizado sobre las normas regulativas para aclarar este punto, resulta particularmente relevante –y es lo que me interesa destacar aquí como otra forma de clasificar a la regulación– el contraste entre la regulación mediante reglas, es decir como “marco” de los procesos de mercado, y la regulación mediante órdenes, es decir como “intervención” en los procesos de mercado. Da la impresión de que suelen ser agrupadas bajo la misma denominación de regulación estas dos clases de fenómenos normativos por esta corriente liberal, lo que manifiesta de paso el carácter equívoco y la notable opacidad del concepto. Así entonces, al aplicar la voz regulación sin mayores matices, se corre el riesgo de introducir en la misma sima tartárica a dos clases bien diferentes –aunque no bien diferenciables como decíamos– de normas. Es posible, en todo caso, utilizar el término regulación de esta manera amplia, es decir, comprensiva de estos dos géneros de producción normativa, “pero cuando se trata de diagnosticar los perjuicios de la regulación gubernamental en los procesos de mercado, este uso indiscriminado puede resultar engañoso con mucha facilidad”<sup>36</sup>.

Hayek ha insistido que en procura de la claridad es imperioso trazar una distinción nítida entre reglas y órdenes, de manera de que se eviten las confusiones derivadas de llamar sin distinción alguna “regulación” a cualquier tipo de intervención del gobierno en los procesos de mercado<sup>37</sup>. Él mismo sostiene que sólo puede hablarse de “intervención” o de “interferencia” cuando se trata de órdenes, es decir directrices particulares y específicas destinadas a obtener resultados particulares, y subsecuentemente, resulta mal aplicado cuando se refiere a “toda aquella regulación de la actividad económica que puede presentarse en la forma de reglas generales que especifiquen las condiciones que debe satisfacer cualquiera que desempeñe una actividad”<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Kirzner, Israel M., *Creatividad, Capitalismo y Justicia Distributiva*, traducción de Federico Basáñez Agarrado, Biblioteca de Economía, Editorial Folio, Barcelona, 1989. “De ser posible distinguir entre una economía de mercado con interferencias y una sin interferencias, entonces cualquier forma de regulación debería verse como un obstáculo para la suave operación de los procesos de mercado”.

<sup>36</sup> Vanberg, *op. cit.*, p. 82, aludiendo a Kirzner, *Discovery and the Capitalism Process*, Chicago, The Chicago University Press, 1985.

<sup>37</sup> Hayek postuló, a partir de su clásico *Camino de Incertidumbre* de 1944, la abstención del Estado debido a que sus “intervenciones” constituyen órdenes, prohibiciones especiales a personas determinadas que, debido a su naturaleza, son imprevisibles, siendo mucho más adecuado al Estado de Derecho la “economía libre y la soberanía de la ley”. Por lo tanto, las únicas intervenciones compatibles con la libre competencia deben ser las leyes abstractas, generales y fijas que disminuyan los niveles de incertidumbre.

<sup>38</sup> Vanberg, *op. cit.*, p. 83. *Vid.* Hayek, F.A., *Los Fundamentos...* *op. cit.* Por lo demás, de su lectura puede colegirse, en cierto sentido, que Hayek sostenía que los riesgos de la regulación (en el sentido de reglas del juego) son parte de aquellos riesgos que deben ser asumidos por los particulares. Así como sostenía la imposibilidad de calificar moralmente las asignaciones hechas por el juego del mercado –es decir, sostenía la inaplicabilidad del valor justicia a los resultados de los procesos espontáneos (lo que llama “antropomorfismo” y en esto coincide con Marx)–; en otras palabras, que no es posible enjuiciar al mercado como si se tratara de una persona, como si las consecuencias

Con todo, no puede pensarse, en todo caso, que la idea de “mercado sin interferencias” implique un mercado sin reglas. Incluso los ataques de Von Mises a la intervención gubernamental sólo pueden entenderse como argumentos en contra de la regulación a través de órdenes. Es esta última la contraria a la idea de mercado liberal.

Lo que buscábamos resaltar en este punto es pues la distinción, si bien no siempre precisa –en el sentido de que cualquier norma pueda ser asignada inequívocamente a una u otra categoría–, entre la regulación mediante reglas y la regulación mediante órdenes.

Ahora bien, la idea de “mercado como orden constitucional” de Eucken ha sido más recientemente rescatada por Buchanan. Esa idea básica en ambos, es que el principio de libertad electivo del mercado liberal es completamente aplicable al “momento constitucional”, en el cual se definen las reglas del juego. Esta distinción entre el momento en que eligen las reglas del juego y el momento en que se diseñan las estrategias al interior de él es remarcado con insistencia<sup>39</sup>. Explícitamente sostienen que no es posible el juego de la catalaxia sin un poder público vigilante; o en otras palabras, de la única forma en que el liberalismo puede asegurarse de que las transacciones libres al interior del mercado sean genuinamente libres y esté proscrita la coacción, es mediante el establecimiento de un sistema coactivo administrado por el Estado. Y eso está más allá de la contingencia institucional del sistema de derechos dado y de los sistemas alternativos.

Por lo tanto, esta visión principia de la idea de que el orden de mercado, en tanto que definido por su marco institucional, es una cuestión y una materia de elección constitucional; en otras palabras, la elección del orden de mercado como alternativa a los sistemas económicos centralizados debe argumentarse en el nivel constitucional<sup>40</sup>. En consecuencia, la distinción crítica entre ambas perspectivas puede verse en el hecho de que el liberalismo constitucional generaliza los conceptos de contrato voluntario y cooperación voluntaria de manera que incluyen el “contrato” constitucional, y así, se da cuenta sistemáticamente del hecho de que las personas pueden buscar beneficios mutuos del sometimiento conjunto a limitaciones constitucionales. Lo que, en última instancia, dota de legitimidad al mercado como orden constitucional es su aceptación voluntaria como tal. Y esa legitimidad no se obtiene mediante las transacciones repetitivas dentro del orden de mercado.

Tenemos que, por lo tanto, el principio normativo fundamental del paradigma liberal es un estándar interno y procedimental. Interno, en el sentido que la medida conforme a la cual debe establecerse lo que es deseable o racional en cuestiones sociales son las preferencias o intereses de los individuos envueltos en los respectivos acuerdos. Y procedimental, en el sentido de que no juzga los resultados sociales *per se* en términos

del juego de la catalaxia provinieran de una voluntad identificable a quien atribuir las asignaciones del mercado y tildarlas de justas o injustas (esos son calificativos morales propios de la acciones), asimismo, las reglas del juego no son sólo el marco de actuación, sino que también representan una de las variables que los agentes del mercado deben considerar para tomar sus decisiones. Luego, como cualquier otra variable, su riesgo debe correr por cuenta de los individuos.

<sup>39</sup> Vid. Brennan y Buchanan, *op. cit.*, pp. 40 y ss.

<sup>40</sup> Vanberg, *op. cit.*, p. 89.

de los atributos que exhiban, sino en términos del procedimiento mediante el cual se llega a ellos<sup>41</sup>. Ciertamente, la idea de la elección en el momento constitucional de Buchanan arranca influencia del pensamiento contractualista y especialmente de Rawls y su *Teoría de la Justicia*<sup>42</sup>.

## 5. El *Espacio Regulatorio*: una noción funcional a la comprensión del concepto y del fenómeno de la regulación

En literatura especializada ha aparecido la noción de “espacio regulatorio”, la que es útil a efectos de comprender la idea de regulación. Pues bien, la actividad regulatoria comprende una serie de actividades públicas que van desde el diseño de reglas generales, la creación de instituciones responsables de su implementación, la clarificación del sentido de esas reglas generales aplicadas a casos particulares (interpretación general y especial) y la aplicación de las reglas en tales casos. Asimismo comprende, en un segundo nivel, el diseño interno de los organismos encargados de aplicar el modelo regulatorio, de su estructura organizacional y su impacto con las instancias sociales públicas y privadas externas relacionadas (reguladas). Esto constituye el centro de la actividad regulatoria, la cual permanece constante con independencia de cuál sea la materia que vaya a regularse.

La idea de “espacio” se relaciona con el lugar y la importancia que se les reconoce a los *intereses* organizados dentro de los procesos políticos. Dentro del “espacio público”, es decir el lugar donde una comunidad política toma decisiones que afectan a la generalidad de sus miembros mediante el ejercicio deliberativo<sup>43</sup>, se encuentra el “espacio regulatorio”. Esta inserción guarda estrecha relación con la idea que apuntábamos anteriormente en el sentido de que la regulación económica es una parte integrante de las actividades de intervención estatal más generales. Si bien la regulación se concretiza en la creación de reglas y de estándares normativos, ello se da en el marco de una intervención mucho más difusa, vinculada con un amplio rango de objetivos más o menos explícitos; objetivos que se encuentran en los principios constitucionales y legales que sustentan la actuación pública, en particular la cláusula de la servicialidad y la promoción de la integración armónica y la participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional del artículo 1º incisos 4º y 5º de nuestra Constitución Política. La actividad regulatoria administrativa económica por lo tanto, no es una actividad aislada, sino que se confunde y relaciona con un entramado de intervención general y amplio, que procura materializar diversos intereses sociales a los que el Estado tiene el deber jurídico de propender.

La noción de “espacio regulatorio” —que es una herramienta analítica— puede definirse, haciendo pie en un parangón con la idea más general de “espacio público”, como “el

<sup>41</sup> *Id.*, p. 108.

<sup>42</sup> Rawls, John. *Teoría de la Justicia*, traducción María Dolores González, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, México, 1995.

<sup>43</sup> Espacio que adquiere diversas consistencias según nuestra adscripción filosófico-política. Hay una larga literatura sobre el tema.

rango de cuestiones regulativas sujetas a decisión pública”<sup>44</sup>. Definirlo de este modo genera ciertas consecuencias: a) como es un espacio, es susceptible de ocupación; b) es susceptible, además, de ser dividido o compartido entre los diversos actores que lo habitan; c) esa división puede no ser necesariamente igualitaria o equitativa (habrá actores principales y secundarios, con más o menos poder); y d) es posible hablar de un espacio general (conjuntos de cuestiones susceptibles de regulación en una comunidad) y espacios sectoriales (o de mercados específicos), en los cuales existen distintas materias relevantes. Por ejemplo, hay mercados en los que sólo es relevante la fijación tarifaria, en cambio en otros lo es además el estándar de calidad. Será precisamente ese rango de materias relevantes las que pondrán los límites a ese espacio de regulación; en otras palabras, el espacio regulativo encuentra su límite allí donde llega el de sus componentes particulares.

Lo que deja de manifiesto esta idea –la idea de “espacio”–, principalmente en algunas de sus consecuencias, es que el espacio regulatorio se articula interiormente mediante un “*juego de poder*”, el cual se orienta a la obtención de ventajas por parte de los grupos de interés organizados participantes. El hecho mismo de que los principales actores del escenario regulativo sean grandes organizaciones con complejas redes asociativas –tanto endógenas como exógenas– y con importantes características públicas, hace que el poder, y las posibilidades de materialización de éste en sus más diversas faces, sea una cuestión trascendental en la definición del sistema regulatorio. De ahí también que sea necesario examinar los resultados de esa competencia, los recursos invertidos en ello y su distribución entre los diversos actores. Descubrir “quién tiene el poder” al interior supone atender a la “organización del espacio regulatorio” (límite de ese espacio y posición relativa o peso específico de cada agente). Y por defecto descubriremos quiénes se encuentran excluidos de ese espacio decisional; exclusión que debido a la estandarización de los procedimientos institucionalizados, tiende a ser sistemática.

Desde la óptica de la teoría general del derecho se ha puesto de manifiesto la importancia de los intereses y las relaciones de poder en el análisis normativo<sup>45</sup>. Esta es una de las perspectivas desde la cual pueden construirse acercamientos analíticos más completos a los fenómenos jurídicos y evitar el purismo científico típico de la dogmática jurídica propiciada desde el advenimiento del positivismo de principios de siglo XX. Se trata de rescatar una brizna de la capacidad de conceptualización de la realidad en su conjunto perdida en la especialidad disciplinaria, la que –no obstante– ha brindado fructíferos conocimientos (especializados) en lo social. Y esto es todavía más notorio en un ámbito de materias en que los juegos de poder y los intereses sectoriales que conforman el entramado normativo son tan palmarios y evidentes y, más aún, cuando éstos se encuentran fuertemente institucionalizados, como en el ámbito regulatorio.

<sup>44</sup> Hancher y Morán, *op. cit.*, p. 18.

<sup>45</sup> Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las Piezas del Derecho: Teoría de los Enunciados Jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 1ª Edición, 1996. Desde otra perspectiva, también *vid.* Labourdette, Sergio Daniel, *El Poder. Hacia una teoría sistemática*, Editorial de Belgrano. Colección Textos, Buenos Aires, 1984. Además, analizando el poder como ejercicio de autoridad, Weber, Max, *Economía y Sociedad*, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1969.

No nos detendremos en las posibles elementos que puedan encontrarse en este orden de materias, ni en las definiciones derivadas de las diversas disciplinas que se ocupan de las relaciones de poder. Excede esta cuestión al propósito de este trabajo y un tratamiento siquiera laxo nos ocuparía aun un buen número páginas. Sólo, *a fuer* de un mínimo de claridad expositiva, nos haremos de la amplia definición de poder que proponen Atienza y Ruiz Manero y que se conecta inmediatamente con la idea de interés: “*el poder –dicen– es un tipo de relación en que los sujetos que participan en ella están en una situación de desigualdad en cuanto que unos pueden afectar los intereses de los otros.*”<sup>46</sup>

Por su parte, el poder y los intereses en general se relacionan de variadas formas con las normas jurídicas. En primer lugar las normas jurídicas pueden ser el resultado de determinados intereses y relaciones de poder. Por otra parte, las normas jurídicas configuran (jurídicamente) relaciones de poder. Finalmente, el ejercicio mismo del poder al interior del sistema –como está configurado normativamente– produce como efecto determinadas alteraciones en las relaciones de poder y en los intereses existentes en la sociedad. Como vemos la interacción es rica y compleja. El poder no aparece sólo en el momento del establecimiento o aplicación de las normas jurídicas (como decisión autoritativa) sino que ellas mismas configuran una estructura de poder; es decir, otorgan a ciertos individuos la capacidad de afectar los intereses de otros<sup>47</sup>.

La experiencia parece mostrar que la articulación social espontánea de los diferentes intereses que enristran los individuos no es posible, lo cual fuerza a la utilización de normas jurídicas que se aboquen a la tarea de lograrlo. Por lo tanto, se busca que las normas jurídicas posibiliten la interacción social o, al menos, la hagan menos gravosa. En otras palabras, si las normas jurídicas no logran alcanzar un modelo de relaciones sociales perfectamente integrado y fluido, a lo menos consiguen fraguar uno a un menor costo social. Ahora bien, dependiendo de los criterios que guíen la acción normativa en procura de la articulación de los intereses individuales y sociales, obtendremos diversas concepciones y funcionalidades del sistema jurídico. Puede que, por ejemplo, éste se comprenda como un sistema amplio de conminación legal positiva y/o negativa. Esta cuestión se corresponde con la vieja idea sugerida por Bentham, en el sentido de la comprensión del sistema jurídico como un sistema de incentivos, idea que aún permanece en diversas áreas como en el derecho penal y que encuentra también aplicación

<sup>46</sup> Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, pp. 15 y ss. Esta definición integra tanto el ejercicio del poder como la mera posibilidad de él, así tanto como las afectaciones de intereses de carácter positivo y negativo. En una formulación “kelseniana” se dice que *A tiene poder sobre B cuando A tiene la capacidad de afectar los intereses de B*. Lo dicho y sus consecuencias podemos resumirlo de la manera que sigue: 1.– A y B pueden ser tanto individuos como grupos, de cualquier naturaleza; 2.– que para tener capacidad basta, por un lado, con que B crea que A la tiene aunque de hecho no sea así y, por otro lado, A puede tener capacidad aunque no lo sepa o no sea conciente de ella; 3.– que la capacidad de A para afectar los intereses de B puede ser en sentido negativo (perjudicando los intereses de B) o en sentido positivo (ejercicio del poder en beneficio de otro); y 4.– puede tratarse tanto de intereses subjetivos como de intereses reales u objetivos de B, es decir aquellos intereses de los que B no es conciente pero que es razonable suponer que percibiría como sus intereses, sobre la base de lo que el propio B considera como sus intereses últimos, si dispusiera de la información relevante acerca de las conexiones causales pertinentes.

<sup>47</sup> *Ibid.*

en trabajos contemporáneos de política constitucional como los de Giovanni Sartori<sup>48</sup>. Podríamos también, por otro lado, concebir el sistema con un solo criterio ordenador: el de la reducción de los costos de transacción. En el conocido teorema de Coase<sup>49</sup> la función de las normas jurídicas no es –básicamente– la de colocar incentivos sino la de definir –adecuadamente– la titularidad de derechos y reducir los costos de transacción, de manera que con indiferencia de la asignación de derechos (titularidad) inicial que haga el sistema jurídico, la interacción social asigne los bienes y recursos a sus usos y destinos más y mejor valorados, y como consecuencia, se logre el óptimo social, en el sentido de Pareto.

Ahora bien, en el ámbito regulatorio, y cual sea el criterio al que aludíamos en el párrafo anterior, la labor de articulación de intereses al interior de los procesos regulatorios –y en general– por parte de las normas jurídicas puede llevarse a cabo de diversas formas. Una de esas formas es por medio de disposiciones jurídicas que posibiliten a sus destinatarios desarrollar su plan de vida sin necesidad de ponderar en cada ocasión de qué manera su acción podría afectar a los intereses de otros sujetos. Esta es la forma de operar típica de las “reglas de acción”. Las reglas de acción son “razones para la acción”<sup>50</sup> perentorias e independientes del contenido (“razones perentorias” en la terminología de Hart equivalen a “razones protegidas” en el lenguaje de Raz); es decir “constituyen una razón de primer orden para realizar la acción exigida, y una razón de segundo orden para suprimir o excluir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción”<sup>51</sup>. Ellas se oponen a las “reglas de fin”, que son aquellas que ordenan la ejecución, no de una acción determinada, por lo que dan mayor amplitud deliberativa al destinatario que las reglas de acción, sino que ordenan procurar un determinado resultado con independencia (en principio) del medio por el que opte el agente para lograrlo. Por lo tanto en el caso de las “reglas de fin” al destinatario se le ha trasladado el control del resultado de una acción (que debe ser la idónea para la consecución del fin); en cambio en las reglas de acción se facilitan las decisiones por cuanto, verificadas las condiciones de aplicación normativas (es decir los hechos factuales que gatillan la entrada en operación de la norma, también conocido como “supuesto de hecho”) lo único que cabe hacer es ejecutar la conducta, desentendiéndose el agente de las consecuencias que esto pueda acarrear (inimputabilidad).

De ahí entonces que un sistema jurídico –y un sistema regulatorio específico– integrado por “reglas de acción” facilite la toma de decisiones de los sujetos, ya que evita la sucesiva ponderación de las consecuencias de la decisión antes de su asunción, en la esfera de intereses de terceros; consecuencias que son siempre de difícil (y costosa) previsión. Con ello –sostienen Atienza y Ruiz Manero– se van imponiendo restricciones recíprocas a la persecución por cada cual de sus propios intereses (dada la existencia de reglas que

<sup>48</sup> Cfr. Sartori, Giovanni, *Ingeniería Constitucional Comparada: Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, trad. Roberto Reyes Masón, 1ª reimpresión Chile, 1996.

<sup>49</sup> Coase, *op. cit.*

<sup>50</sup> La comprensión del sistema normativo y de las normas como “razones para la acción” pertenece a Joseph Raz.

<sup>51</sup> Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, p. 12.

imponen deberes positivos o negativos) y garantizando una esfera de no interferencia de parte de otros agentes, toda vez que las reglas permisivas imponen indirectamente prohibiciones de interferencia a terceros.

Otra forma de operar la articulación de intereses por medio de las normas jurídicas es poniendo el acento no en la mera función (negativa) de delimitar las esferas individuales que permitan a cada uno perseguir sus propios intereses, sino que haciendo pie en la idea de que el sistema jurídico (o el Estado) también “promueve” (positiva o activamente) determinados intereses sociales. En esta tarea se recurre a las “reglas de fin” y a las “directrices” (principios que ordenan la consecución de ciertos fines sociales), cuyo tratamiento de los intereses es totalmente diferente. La diferencia estriba en que las reglas de fin y las directrices no delimitan *ex ante* la articulación de los intereses en conflicto, ni de las finalidades que pudieran estar conflictuadas también, “sino que exigen en cada caso una ponderación de esos intereses que desemboque en una determinación del peso relativo de cada uno de ellos. Las directrices no determinan los espacios de poder de una vez por todas y haciendo abstracción de los intereses realmente en presencia de cada caso —como sucede con las reglas de acción—, sino que hacen depender dicha determinación de circunstancias variables y no determinables *a priori*, esto es, no contenidas en las normas.”<sup>52</sup>

Por último, otra forma de regular los intereses es por medio del establecimiento de ciertas restricciones en la persecución de ellos por parte de los sujetos sociales. Se construyen entonces “razones categóricas frente a cualesquiera intereses” cubriendo a ciertos valores socialmente relevantes. Así entonces las normas que recogen valores (constitucionales), es decir los principios en sentido estricto, prevalecen sobre las directrices y juegan un papel predominantemente negativo: “los principios en sentido estricto no tratan de ordenar la concurrencia de intereses ni de promover unos u otros intereses sociales, sino de evitar que la persecución de cualquiera de esos intereses pueda dañar dichos valores.”<sup>53</sup>

En definitiva, tenemos que la articulación de los intereses y las relaciones de poder al interior de los procesos regulatorios pueden abordarse bajo la cobertura de diversas técnicas (principios y reglas [mandatos] que pueden configurarse bajo la forma de cualquier calificativo deóntico): a) por medio de reglas de acción (que ordenan la concurrencia de intereses); b) por medio de reglas de fin o de directrices (que promueven intereses sociales); y c) por la vía de la imposición de restricciones mediante principios<sup>54</sup> (dando protección de determinados valores en frente de cualquier tipo de interés).

Como veníamos diciendo, si bien son muchos y complejos los factores que determinan la forma de este espacio regulativo y la posición relativa de sus ocupantes, así como la

<sup>52</sup> *Id.*, p. 17.

<sup>53</sup> *Id.*, p. 18.

<sup>54</sup> Recuérdese que ha sido Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª reimpresión, Madrid, 2001, pp. 86 y ss., quien ha sugerido la comprensión de los principios como “mandatos de optimización”. Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, pp. 12 y ss., han limitado ese postulado señalando que sólo es aplicable a los principios entendidos en su sentido programático, mas no en su concepción estricta, asociados directamente con valores.

articulación de los intereses y las relaciones de poder vía normativa, un elemento imprescindible para entender la cuestión radica en que las más importantes relaciones en la regulación económica tienen lugar entre grandes y complejas organizaciones<sup>55</sup>.

Por otro lado, las peculiaridades nacionales y el paisaje político local también son relevantes a la hora de analizar el espacio regulativo. Ese paisaje puede comprender desde sistemas políticos autoritarios y verticalistas a otros más democráticos y participativos, combinados con sistemas económicos libremercaderistas a otros centralizados o más dirigidos y otros con más o menos regulación. En efecto, las particularidades idiosincrásicas y las tradiciones jurídicas y políticas que guardan y exhiben los países resultan fundamentales en la definición de los diseños de respuesta normativa a los fenómenos regulatorios, aun cuando, en general, todos ellos presenten el rasgo común de mantener un sistema amplio de regulación de mercado dominado por un pequeño número de actores. Como dicen Hancher y Morán “tener en cuenta los cambiantes impactos de la cultura en la formación y en la ocupación del espacio regulativo puede ser particularmente iluminador. Muchos de los más importantes arreglos regulativos en el Reino Unido –por ejemplo en la comunidad financiera y en las profesiones–, se han desarrollado en una cultura política marcada por una actitud deferente respecto de la autoridad por parte de las grandes masas de población, y por la preferencia de los grupos de elite por la regulación informal y privada. Estos factores aseguraron que la regulación se llevara a cabo dentro de comunidades regulativas cerradas, protegidas frente a la vigilancia de la política democrática. Esto es a lo que condujo la característica preferencia británica por la autorregulación”<sup>56</sup>.

Como podrá intuirse, entre esos aspectos está la concepción acerca de la relación público–privada, Estado y sociedad civil<sup>57</sup>, la autoridad política, la jurisdiccional, los derechos individuales y los actores o grupos de actores legitimados para participar del espacio público. Ellos, entre otros aspectos de la cultura político-jurídica y los derivados de la experiencia histórica, manifiestan valores culturales dominantes que articulan las relaciones sociales y configuran las posibilidades de diseño institucional posibles. En este caso, el papel del derecho y el modelo constitucional son particularmente significativos. Ellos determinan si hay o no regulación, su ámbito o extensión, quién puede entrar y en qué condiciones al espacio regulativo (y la capacidad por parte de los excluidos de cuestionar la distribución de poder), la intensidad con que se configura y funcionaliza mediante normas o leyes y en qué medida la lucha, la ventaja competitiva, penetra en tribunales (judicialización). Además, tiene efectos importantes en la determinación del cómo interactúan las distintas reglas en la creación del mismo marco regulativo.

Quienes conozcan o hayan estudiado los sistemas jurídicos comparados (o las culturas jurídicas, que puede ser más apropiado en este caso) podrán avistar y comprender mejor

<sup>55</sup> Hancher y Morán, *op. cit.*, p. 20.

<sup>56</sup> *Id.*, p. 25.

<sup>57</sup> Sobre esa relación en Chile, brevemente, *vid.* Araya Moreno, Eduardo, *La construcción del Estado regulador y la relación Estado Sociedad Civil*, en Revista Chilena de Administración Pública, Año 1, Nº 1, marzo 2002, pp. 9-17.

esta cuestión. Baste aquí con exponer ligeramente un par de ideas<sup>58</sup>. La concepción del Estado en ambas tradiciones es completamente distinta, lo que genera que la visión del derecho público también lo sea. En la tradición anglo-americana el concepto jurídico de Estado está ausente o se encuentra debilitado, por lo que el derecho público se centra en el control pragmático del poder público. El derecho no es el gran intérprete de la política. En la tradición europea continental, más enraizada en el derecho romano, se concede al Estado un lugar central como idea y como institución, y supone establecer el carácter único de la autoridad pública en términos de soberanía y/o función. Aquí el derecho público se aplica a través de tribunales especializados y se desarrolla con independencia de las normas de carácter privado; en la tradición angloamericana el control de la autoridad se caracteriza por llevarse a cabo mediante tribunales ordinarios. Asimismo, la Constitución es vista, no tanto como la fuente de autoridad legítima, sino como la expresión ideal de la unidad del Estado (materialización del ideal jurídico del Estado).

La concepción jurídica de la tradición de derecho civil continental, se construye, entre otros, sobre la base de un apego irrestricto al principio de la separación de poderes, lo que en el ámbito de los conflictos entre el Estado y los particulares se traduce en la existencia de tribunales contencioso-administrativos. Asimismo, tradicionalmente el control de constitucionalidad difuso de la *judicial review* norteamericana contrasta con la existencia de tribunales constitucionales especializados en la tarea de hacer realidad la supremacía constitucional en el ámbito del derecho continental. Este control de constitucionalidad en Chile ha llegado a equipararse a los modelos clásicos en esta tradición como el modelo alemán, italiano y español, con la reforma constitucional de 2005. En Estados Unidos y Gran Bretaña el control de la autoridad pública se caracteriza por llevarse a cabo por tribunales ordinarios. Las concepciones frente al litigio también son relevantes. Asimismo, en Estados Unidos el proceso adversativo contrasta con los lineamientos de la implementación cooperativa de la regulación característica de Gran Bretaña. La relevancia o la confianza en la autorregulación en el modelo anglosajón es algo que contrasta con la verticalidad de la tradición continental, debido al disímil tratamiento y reconocimiento de la idea de interés privado. Las inflexiones históricas o crisis son también relevantes a la hora de definir espacios de regulación. Piénsese en las agencias norteamericanas; las creadas a propósito de la crisis del 29 tienen que ver con estabilidad macroeconómica y asistencia social. En cambio las agencias de la década de los 70 tienen que ver con seguridad y medioambiente.

La consideración de una materia como técnica generalmente provoca que se le asigne un tratamiento dentro de un nivel organizacional diferente del que trata cuestiones políticas. Por lo tanto la distinción puede jugar un papel crucial en el sujeto encargado de regular. Todo ello en el contexto de la aplicación institucionalizada y rutinaria de una serie de principios generales en circunstancias particulares. La costumbre pues, en torno a cómo deben procesarse las cuestiones regulativas y qué organizaciones jugarán un papel de importancia, son cuestiones definidas desde la institucionalización particu-

<sup>58</sup> Vid. Merryman, *op. cit.*

larizada de un espacio regulatorio constantemente desafiado por el dinamismo propio de los mercados.

Ballbé ha puesto de manifiesto algunos de esos elementos centrales que han contribuido a taxonomizar diferenciadamente los sistemas jurídicos administrativos<sup>59</sup>. Pone atención en la influencia de la Iglesia católica en el modelo europeo y del protestantismo luterano en Estados Unidos. La Iglesia católica representaba en el medioevo hasta la aparición de los Estados nacionales la única Administración perfectamente organizada y articulada en toda Europa, construida sobre una estructura o modelo de organización jerárquica y en red, que a la larga, constituirá el origen del modelo centralista de administración y seguridad pública. Por su parte, el protestantismo luterano impactó también a la comprensión del individuo y los sistemas jurídicos y de organización. “Si el sistema católico va a girar en torno a la Administración (primero eclesiástica y luego estatal), el sistema protestante en los EE.UU. va a girar en torno al individuo y la comunidad y se rechazará el modelo de organización jerárquica o de Estado Administrativo”<sup>60</sup>. De ahí que en el modelo germinal el Estado norteamericano sea prácticamente el de un Estado sin Administración Pública ni intervenciones administrativas. Este modelo de Estado-comunidad o individuocéntrico colocaba al sujeto como el protagonista de la elaboración e interpretación de la regulación y rechazaba cualquier institución monopolizadora del poder<sup>61</sup>, fuese Iglesia o Administración, o ambas como en el cesaropapismo anglicano. Ese rechazo a la monopolización de cualquier tipo, contribuye a que tempranamente se propiciara la aparición de regulaciones de los monopolios naturales como el ferrocarril y las normas *antitrust*.<sup>62</sup> De ahí que en los orígenes, eran los propios ciudadanos los que hacían de policías, de jueces, de jurado, de miembros del ejército. El modelo administratocéntrico, por el contrario, jerarquizado, hiperregulado, se operativiza materialmente con funcionarios: policía, juez, militares permanentes y profesionales.

<sup>59</sup> Ballbé, Manuel. *El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización*, en Revista de Administración Pública, Nº 174, Madrid, septiembre-diciembre 2007, pp. 215–276.

<sup>60</sup> *Id.*, 220.

<sup>61</sup> Es particularmente ilustrativa la conexión entre el rechazo de las formas tradicionales de interpretación bíblica que hace Lutero y la desconfianza manifiesta por la autoridad y el centralismo político norteamericana. Lutero —anticipando lo que sería la construcción de la *subjetividad moderna*, junto a la obra de Kant y Descartes— responde brillantemente en la Dieta de Worms al portavoz de Carlos V, ante la exigencia de una retractación expresa de sus dichos. “La respuesta fue más o menos ésta: lo siento, no puedo retractarme de lo dicho, no puedo admitir la autoridad del Papa ni la autoridad de los concilios, porque el Papa se ha equivocado, los concilios se han equivocado y, en definitiva, soy yo quien he de decidir en conciencia cómo he de leer la palabra de Dios, pues soy yo sólo y sin mediación ninguna quien ha de responder ante el Absoluto, ante Dios, de cómo entienda las escrituras y, por tanto, de qué configuración quiera dar yo ante Dios a mi existencia. Soy yo quien, absolutamente individuado, habré de responder de mi existencia ante el absoluto. Por tanto, aunque ligado a la tradición, aunque ligado a las Escrituras, quedo también libre frente a ellas, pues soy yo quien ha de decidir sobre la interpretación que hago de ellas y, por supuesto, quedo desligado de toda instancia autoritaria tradicional de interpretación.” *Discurso en la dieta de Worms*, Martin Luther Werke, Ed. G. Ebenling, Frankfurt 1982, t.I, p. 268, citado en Jiménez Redondo, *Modernidad Terminable e Interminable...*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>62</sup> Ballbé. *op. cit.*, p. 228. El senador Sherman, inspirador de la Sherman Act (*Antitrust Law*) decía: “si no toleramos un rey absoluto en el poder político, no debemos tolerar un rey absoluto de la producción, transporte y venta de los que necesitamos para vivir; si no nos sometemos a un emperador, no nos deberíamos someter a un autócrata del comercio, con poder para impedir la competencia y fijar los precios de cualquier producto.” Por lo tanto, el mismo razonamiento del *check and balances* del poder, se aplica al mercado en el intento de atomizarlo.

Desde esos umbrales, el modelo norteamericano se ha administrativizado, superando las perversiones propias de su modelo original<sup>63</sup>, y ha pasado a ser desde un modelo individuocéntrico –sin funcionarios, sin Administración– a un Estado Administrativo Regulador, construido sobre la base de las Agencias Reguladoras Independientes y la introducción de personal administrativo especializado desde fines del siglo XIX y fuertemente desde principios del siglo XX. Desde entonces, su particularidad organizativa y la eficacia de su estructura han influido en el mundo entero, en el comercio internacional y en la globalización.

## 6. El modelo de regulación para la competencia

En general, la literatura económica y la publicista, han asumido como premisa fundamental la idea del mercado como paradigma de bienestar social. Una vez que se hubo abandonado el entramado argumentativo del Estado de bienestar o del Estado Social y de la economía centralmente planificada, debido fundamentalmente al debate acerca de la modernización del Estado en la década de los 50, el panorama jurídico, político y económico se erigió sobre la base de la reconstrucción del pensamiento liberal y del cambio de perspectiva hacia la nueva comprensión de los derechos fundamentales. El mercado, como sistema organizativo económico, se presenta a sí mismo como el mecanismo central de las tomas de decisiones económicas, frente a un ineficaz, miope y lento aparato estatal que presenta problemas cognitivos (no conoce todas las necesidades ni las formas de satisfacerlas), asignativos y generativos, sin mencionar los problemas derivados del gasto social y el endeudamiento público.

En Chile, luego de la crisis del Estado interventor, extendido desde los años 20 hasta los 70, se dio paso a una nueva forma de organización económica que ya venía corriendo en otros países del orbe. Ello se ha traducido en privatizaciones de las empresas públicas, en la sustitución del proteccionismo comercial selectivo tutelado por el Estado por una política de apertura comercial sin subsidios y con reglas uniformes; el centralismo financiero dio paso a un mercado de capitales de base privada así como la seguridad social estatal fue transferida a un sistema de administración privada, por mencionar algunos impactos<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Corrupción, abusos de poder, militarización de la policía, privatización de la seguridad y el *spoils system*. *Id.*, 222–225.

<sup>64</sup> Muñoz Gomá, Oscar, *Hacia el Estado Regulador*, en *Después de las Privatizaciones Hacia el Estado Regulador*, varios autores (ed. Oscar Muñoz G.), CIEPLAN, Dolmen Ediciones, Santiago, 2ª Edición, 1996, pp. 19–47. “Una transformación cultural permea estos cambios. En lo positivo, el viejo espíritu clientelista frente al Estado tiende a dar lugar a una mentalidad más independiente y autónoma para la toma de decisiones y la formulación de iniciativas: la sociedad civil se distancia del Estado y construye sus propios escenarios, especialmente en sectores como la juventud, el mundo femenino o los empresarios. En lo negativo, el espíritu de servicio público, que fue una constante a través de muchas generaciones, tiende a ser superado por un individualismo orientado al logro del prestigio, del dinero o del poder. La racionalidad de mercado trata de imponerse a la sociedad, sobrepasando sus límites y subordinando valores tradicionales.

Con la economía de mercado se superan viejas distorsiones que por largos períodos tendieron a frustrar el desarrollo de la economía; pero por otro lado, con la profundización del crecimiento económico se difunden otras fallas del

Las circunstancias que justificaron la mayor intervención del Estado en la economía en la primera mitad del siglo XX hoy no se encuentran presentes. El Estado debía asumir las tareas que los privados no podían, por falta de recursos, falta de *expertise*, o porque simplemente la sociedad no estaba en condiciones de abordarlas. Hoy en día estas circunstancias han desaparecido, han cambiado o se han invertido. Las grandes empresas transnacionales poseen más potencial económico que algunos Estados. Hoy día los Estados se disculpan por falta de recursos, de capacidad o de *expertise*. La sociedad actual reclama para sí los espacios que fueron ocupados en la centuria anterior para hacer frente a las conmociones económicas y sociales. Por lo tanto se requería un cambio en el modelo de Estado; en sus formas y técnicas de intervención. Como ha dicho Ariño Ortiz, el triunfo del neoliberalismo no es fruto del triunfo de una batalla ideológica sino la consecuencia de cambios profundos en el proceso económico social definido por hechos como los siguientes: la nueva sociedad de la información, la apertura de la economía mundial, la reducción de las distancias, el transporte fácil, la innovación tecnológica y la sofisticación de los servicios, la educación y la sanidad generalizadas (al menos en sus niveles básicos), la exigencia de una atención diferenciada y personalizada, la práctica desaparición de la sociedad rural, etc. No sin cierta paradoja, el servicio público llevaba en sí el germen de su propia “destrucción” (más bien de la destrucción de su concepción clásica). Fue el servicio público el que construyó las condiciones que hoy en día reclaman su repliegue o su transformación. El concepto clásico, con sus notas de actividad de monopolio, igualitario, uniforme y de mínimo, ya no satisface las necesidades y preferencias de la población a la que servía. Se requiere modificar esos rasgos para enfrentar realidades más competitivas, diferenciadas e innovadoras. Hay que mejorar los servicios y las prestaciones. Y todo ello sin perder lo ya conseguido, la existencia de un servicio universal a todos los ciudadanos en sus niveles básicos. Ello exige un nuevo concepto de servicio público y un nuevo modelo de regulación económica.

Debido a la apertura de los mercados, a las ineficiencias del sistema bienestarista y la crisis financiera de los Estados, advienen los procesos de liberalización y privatización de los principales sectores de la economía –que hasta hace poco se encontraban sometidos a una planificación y gestión pública– a los que se ha acompañado de un nuevo proceso de regulación; un tipo de intervención estatal distinto, que recurre a instrumentos diversos, más amigables con las circunstancias de mercado –o más “inteligentes” como diría Sunstein–, pero sin renunciar al fin tuitivo o garantizador de derechos. Se evita con ello las feroces inequidades de un mercado desbocado y se reconoce el interés social en las finalidades públicas.

La opinión más difundida es que la regulación, en general, hace su aparición ante la inexistencia, los fracasos o fallas del mercado (o en otras palabras es sustitutiva del

mercado que amenazan bloquear el propio crecimiento. Las desigualdades sociales se hacen más intolerables. Comienza a manifestarse la paradoja de la simultaneidad de un crecimiento económico sostenido con un deterioro de la calidad de vida. El crecimiento económico induce a la sobreexplotación del medio ambiente y de la naturaleza, amenazando recursos que se consideraban como libres y comunes, como son la atmósfera de las grandes ciudades, las vías de tránsito, los recursos del mar, o la flora y fauna silvestre. Los pobres son los más afectados, por su incapacidad de defenderse ante el deterioro ambiental.” p. 22.

mercado)<sup>65</sup>. Cuando el mercado funciona, la regulación sería completamente innecesaria<sup>66</sup>, reduciéndose al orden y la seguridad (incluyendo hacer efectivo el cumplimiento contractual). Y que el mercado funcione significa que se dan los supuestos del mercado perfecto. Sin embargo, a nuestro parecer, ello equivale a comenzar el análisis de una solución para el problema imaginando que éste no existe. De la misma forma que, por ejemplo, ha dicho Coase: imaginemos un mundo sin costos de transacción<sup>67</sup>. Cosa que, sabemos bien, no existe. El mercado perfecto está lejos de las posibilidades de concreción, por lo que parece más razonable partir por reconocer sus limitaciones y no fantasear con supuestos cuasi-empíreos. Proponer ambas ideas significa partir desde el lado opuesto de la realidad. En el mundo existen los costos de transacción (muy significativos por cierto); así como no existen los mercados perfectos. Como ha dicho Stiglitz, las situaciones en que los mercados fallan son tantas que debe considerarse la regla general y no a la inversa. Un punto de partida falaz, como el propuesto, genera una proyección falaz de las posibilidades de intervención del Estado, presentándola como periférica, marginal o baladí. Una explicación de los modelos de intervención estatal así se ve sobrepasada por la realidad e invierte la lógica de los fines estatales. En realidad la intervención pública es un elemento de primera línea y no de *última ratio*. La intervención pública no es la herramienta espuria con que pretende ensuciar los lustrosos resultados del mercado. No. El mercado necesita imperiosamente de la intervención pública. Stiglitz<sup>68</sup> así como Sunstein<sup>69</sup>, han dicho que la experiencia demuestra que quienes proponen la desregulación, la retracción del Estado, son quienes se benefician de la falta de regulación; beneficio que genera altísimos costos sociales. Piénsese en el caso Enron.

De ahí que la expresión de Estado subsidiario, si no se la elimina, deba emplearse con cuidado. Desde nuestra perspectiva el rol del Estado no es subsidiario, sino prioritario en la consecución de fines sociales. Y prioritario asimismo en la regulación de los mercados.

Con todo, competencia y regulación no son antitéticas<sup>70</sup>, como mercado y Estado no son antagonicos sino complementarios<sup>71</sup>. Sin embargo, la interacción entre ambas exige como condición inexcusable la transparencia del funcionamiento público y privado (empresarial), lo que requiere a su turno un cuidadoso deslinde y separación de las diversas actividades en el sector, de manera de proscribir los subsidios cruzados y se proporcione

<sup>65</sup> Por todos, Ariño Ortiz, *op. cit.*

<sup>66</sup> En todos los casos la defensa de la competencia es presentada como una alternativa a la regulación. *Vid.* Cases Pallares, Lluís, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, editorial Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 38 y ss.

<sup>67</sup> *Cfr.* Coase, *op. cit.*

<sup>68</sup> Stiglitz, Joseph E., *Los Felices 90. La semilla de la Destrucción*, traducción de Victoria Gordo del Rey y Moisés Ramírez Trapero, Editorial Taurus, Buenos Aires, 2003.

<sup>69</sup> Sunstein, Cass R., *República.com*, traducción de Paula García Segura, Editorial Paidós, Barcelona, 2003.

<sup>70</sup> Ariño Ortiz, *op. cit.*, p. 556. En opinión de Alan Jowett (*Competition vs Regulation*, Herbert Smith Exchange House, London, 1994), a pesar del título de su artículo, no existe oposición intrínseca entre ambos conceptos por dos razones: en primer lugar porque la competencia desbocada no es deseable; y en segundo lugar, porque en Gran Bretaña, la privatización de las *utilities* se ha acompañado de un marco regulador específico para promover la competencia y para garantizar las misiones de servicio público de estas actividades.

<sup>71</sup> Muñoz Gomá, *op. cit.*

a accionistas, directivos y al regulador la información correcta para la toma de decisiones, y de mecanismos de escrutinio y control sobre las decisiones del poder público.

