

Claudio Moraga Klenner

Cuestiones Generales Sobre Regulación Administrativa

La regulación administrativa no es un fenómeno nuevo

La regulación administrativa es por esencia de naturaleza jurídica: comienza y parte desde el Derecho para difuminarse en los distintos ámbitos del quehacer humano. Probablemente por ello mismo, la regulación administrativa también es consustancial a la existencia de los poderes públicos y, como tal, sus manifestaciones nacen con el Estado moderno, específicamente luego que el emperador atrajo para sí la función normativa y jurisdiccional que desempeñaban los señores feudales (siglos XV y XVI). Para este efecto, el rey debió disputar el *derecho a la contienda*, es decir, la atribución que tenían los señores de adoptar medidas de fuerza destinadas a la autoprotección frente a otros señores. La inflexión se provoca en este momento, puesto que *re-nace* la idea de garantizar y hacer efectiva una protección de la paz, pero esta vez de carácter estatal (*Sommer*).

Luego, y a partir de entonces, fueron los poderes Legislativo y Ejecutivo los que convocaron para sí las actividades de formulación del derecho, sea por vía de la legislatura o de la vía decretal. El proceso comienza a acabar, en todo caso, durante las últimas décadas del Siglo XX, cuando Estados nacionales acuerdan –de un modo que de hecho es casi irreversible (*Di Fabio*)– transferir soberanía a instancias internacionales. De allí que, en el futuro próximo, deberemos abocarnos a estudiar más la actividad regulatoria de esas organizaciones internacionales antes que la de los Estados que las integran.

El fenómeno regulatorio se origina en Europa continental y sólo más recientemente es asumido por los países anglosajones a través de los *statutory instruments* (*Gómez*).

Francia, por un lado, ejemplifica un caso en que el ideal revolucionario del Estado, que suponía entregar más poder al Legislativo, fue paulatinamente dejado de lado, incluso a sabiendas que se atentaba contra los propios principios que habían sustentado los eventos de 1789. Como la Asamblea Nacional aglutinaba a los representantes de la Nación, siendo esta última la única legitimada para declarar la “Voluntad General”, se suponía que el Parlamento concentraba el monopolio de la formulación del Derecho, quedando al Poder

Claudio Moraga
Klenner
Mag. rer. publ.
Lehrstuhle für
Verwaltungs-
wissenschaften
Lehrer
Professor de Derecho
Administrativo,
Universidad de Chile.

Ejecutivo solamente la atribución de aplicarlo. Sin embargo, lo anterior no alcanzó a privar al Rey de un poder normativo propio, complementario de un segundo de carácter delegado y creado a instancias de la misma Asamblea, aunque sin olvidar que su posición dentro del sistema era de ejecutor antes que de formulador de Derecho (*Gómez*). Esta práctica pasó a tener reconocimiento constitucional ya desde la Carta napoleónica de 1799.

En el caso chileno, ese poder normativo decretal del Poder Ejecutivo se encontraba reconocido en la Constitución de 1828, pero claramente con un sentido muy estricto y especial, al autorizarse su uso por el Poder Ejecutivo solamente para ejecutar las leyes que fueran sancionadas por el Congreso. Luego, en la Constitución de 1833 la potestad reglamentaria se hace algo más *indeterminada*, ya que la atribución constitucional alcanza a la expedición de los decretos, reglamentos e instrucciones que el Presidente crea *conveniente* para la ejecución de las leyes. La Constitución de 1925 se expresó en iguales términos, lo que tampoco se modificó con el Estatuto de la Junta de Gobierno de 1974. En todo caso, los tratadistas de la Constitución de 1925 manifestaban que la potestad reglamentaria conferida al Presidente de la República se extendía aun a casos no legislados (reglamentos *extra legem*), siempre que su ejercicio no atentare contra principios esenciales y fundamentales consagrados en la Constitución ni que fuere contra texto expreso de la ley (*Andrade*). La Constitución de 1980 (CPR) cambia las cosas. De ahora en adelante, explícitamente se entrega al Presidente de la República no tan sólo la potestad de ejecución de las leyes, sino que también la potestad reglamentaria autónoma, es decir, en materias que no son propias del dominio legal.

Como puede apreciarse, en el ámbito de la potestad reglamentaria autónoma, el poder normativo del Presidente es amplio e incondicionado desde el punto de vista de la ley. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que se trate de un poder que se puede ejercer libre de cualquier atadura: los principios generales del Derecho, los principios de juridicidad y de razonabilidad, de no afectación ilegítima de los derechos esenciales de las personas —por mencionar algunos—, son parámetros de enjuiciamiento de la actividad normativa autónoma del Presidente de la República plenamente activos y vigentes hoy en día.

Otro caso interesante es el de Alemania: a inicios del Siglo XX se confirió a la actividad regulatoria un enfoque y sentido que excedía de lo que había sido la *ratio essendi* del Estado liberal (orden público interno y seguridad externa), puesto que la consagración regulatoria buscó conformar un sistema social y prestacional como nunca antes había existido. Muy anteriormente, sin embargo, la monarquía constitucional germana había radicado en el Rey el poder normativo, claro que condicionando su ejercicio a la aprobación de las asambleas estamentales cuando las normas decretales afectaban a la libertad o la propiedad de los súbditos (*Gómez*) y, en todo caso, sujeto a control jurisdiccional por los altos Tribunales Administrativos. Su desarrollo alcanzó tal nivel que, desde un punto de vista jurisdiccional, se reconoce que de los dos grandes fallos que han configurado el principio de supremacía constitucional¹; uno es un

1 El más antiguo y conocido es "Marbury vs. Madison" (24. Febrero 1803).

fallo del Tribunal Superior Administrativo prusiano, de 1883, que declaró como insuficiente un decreto real, que contenía disposiciones acerca de la urbanización del barrio de Kreuzberg en Berlín, ya que la Constitución prusiana exigía una ley emanada del Parlamento para intervenciones en la libertad y en la propiedad de las personas (principio de reserva legal). En definitiva, el constitucionalismo germánico aceptó un poder normativo autónomo del Rey, que se manifestaba en normas decretales que regulaban acerca de materias en que no se exigía la participación de las asambleas estamentales. Por lo mismo, *Gómez asevera* que el Ejecutivo alemán dispuso históricamente de un poder normativo propio, cuyos reglamentos *no guardaban con la ley una relación de jerarquía sino de competencia material*.

La regulación administrativa se conforma desde la función administrativa

La actividad regulatoria no tan solo está condicionada por la Constitución y demás normas dictadas conforme a ella. En 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.

Y, por de pronto, debe reconocerse a quienes señalan que las funciones y actividades que realiza la Administración del Estado –en las que incluimos la regulación– son algo puramente contingente e históricamente variable, que depende esencialmente de una demanda social o de prioridades valóricas que deben ser cubiertas por el Estado, y que pueden tener diversa naturaleza (*García de Enterría y Fernández*). En otras palabras, lo que el Estado y su Administración Pública hacen, debiera reflejar aquello que la sociedad quiere que se haga por su intermedio. Así, y siguiendo a *Inglehart*, ellas pueden ser *necesidades sociales* propiamente tales (participación política y social, ciudades amigables, garantía de poder manifestar públicamente las opiniones de cada cual); o *necesidades prestacionales* (economía estable, desarrollo y crecimiento económico, combate a la inflación, subsidios de cesantía; salud y educación) e, incluso, *necesidades síquicas* (combate a la delincuencia o mantenimiento del orden público), entre otras.

Históricamente, la Administración del Estado ha ejercido una constante y sucesiva labor o función ordenadora o de intervención de las actividades que desarrollan las personas, con el objeto de superar *estados de peligro* de las personas y de la sociedad, que afecten el interés general. Nos estamos refiriendo a la *actividad de policía*, que es el más clásico título de intervención pública en la esfera de los asuntos de los privados. La “Policía” ha sido una de las instituciones administrativas más antiguas y conocidas por el Derecho europeo, si bien su concepto ha estado en permanente cambio, incluso imperceptible, para actualizarse siempre en función del sentido y tareas que el Estado ha debido cumplir en cada época. Hasta el siglo XVIII, la “Policía” fue entendida desde un punto de vista jurídico-material como el estado del “buen orden” de la

colectividad, regulado por una infinidad de reglas jurídicas elaboradas para la normación de la vida económica y social, a partir del “*ius politiae*” del Señor, que le permitía, conforme a su razón y recto sentido, actuar en protección y fomento de las relaciones económicas y sociales (función del príncipe de cuidar por el bienestar colectivo). Recién con el siglo XIX se restringió el entendimiento acerca de lo que es “policía” al resguardo de la seguridad y del orden públicos. Así, por ejemplo, el derecho prusiano de 1794 ya prescribía que las “instituciones destinadas al mantenimiento de la tranquilidad pública, la seguridad y el orden... es la Oficina de Policía”.

Una parte esencial de la “Policía” es la actividad de regulación, cuyo nivel, desarrollo e intensidad depende directamente de las funciones administrativas que son desempeñadas en cada momento dado y de las concepciones políticas imperantes.² Un ejemplo servirá para explicar lo de más arriba: mientras el Estado llevó a cabo, por sí solo, la producción de bienes y la prestación de servicios de interés público o general, no tuvo mayor incentivo ni necesidad de regular esas mismas actividades, puesto que el Estado actuaba como verdadero *dominus*. Por lo mismo, se afirma que el fenómeno regulatorio actual tendría su origen en la “crisis del servicio público”, es decir, del reemplazo de la *publicatio* por la *ordenatio*. Esta “crisis” representa el fenómeno de transferencia de actividades desde el sector público al privado, que viene dándose desde hace ya unos 30 años en países tan disímiles como Chile, Australia, Nueva Zelanda, Alemania, El Salvador e Inglaterra.³

En otras palabras, en vez de que el Estado sea el titular de una actividad en particular, éste ha preferido concentrar su atención en la definición de un marco conductual general o especial para los actores o agentes privados que actúen en aquella, en quienes ha delegado precisamente el deber de prestar servicios o bienes de interés público. Así, se asegura que la desaparición de la titularidad pública respecto de la gestión sobre una cierta actividad no lleve consigo una desatención de obligaciones de vigilancia o control que exige el interés público envuelto en aquella actividad. En este sentido, *Martin–Retortillo* considera que a través de la regulación, la Administración del Estado realmente pretende mantener por vías indirectas los logros alcanzados con el Estado social de Derecho: universalidad e igualdad en la prestación de servicios de interés general y aumento sucesivo de calidad de esos servicios. Estos fines, que ya no son dados materialmente por servicios públicos adscritos a los cuadros orgánicos de la Administración, pasan ahora a ser de obligado cumplimiento —y debidamente regula-

2 Creemos que es extremadamente dificultoso pretender lograr que las decisiones administrativas regulatorias no estén de algún modo más o menos “teñidas de líneas políticas”, según la expresión utilizada por el abogado Arturo Vergara, en artículo de *El Mercurio*, de 9 de mayo de 2004, cuerpo B3.

3 Hay también voces que haciendo las cosas confusas, asimilan la desregulación con la privatización, y a ambos, como opuestos al antiguo fenómeno de la nacionalización. Sucede, sin embargo, que para estos autores, la privatización es en su esencia una liberalización de la economía, es decir, la eliminación de restricciones y limitaciones que afectaban el libre desarrollo empresarial, lo que en otros términos llaman la *desregulación*. En todo caso, debe destacarse que la “desregulación” es un tema que se embandera con fuerza dentro del ámbito de lo económico y especialmente en materia de regulación antitrust, pero no se trata de una lucha intensa en otros ámbitos regulatorios.

dos y fiscalizados— por los privados que desempeñan esas mismas actividades. Inteligentemente, *Fernández* entiende que la crisis del servicio público afecta exclusivamente el punto de partida, pero no el de llegada: el Estado abre nuevos campos de libertad en los que las personas pueden decidir soberanamente si actúan o no; pero, una vez decidido por la afirmativa, la Administración del Estado procede a normar los requisitos que deben cumplirse para llevar a cabo la actividad, los estándares de los servicios que se prestan o de los bienes que se producen o comercializan, los derechos de las personas que adquieren la calidad de *clientes*, etc. Es decir, es un evidente *do ut des* que, ilustrativa e históricamente, se ha reflejado en la actividad del transporte público.

También se afirma que la regulación es en parte el resultado de la despenalización de ciertas conductas que no obstante contener desvalores, su intensidad o afectación no alcanzan a ser de tal gravedad que se deba favorecer o privilegiar una reacción penal, en vez de administrativa, propiamente tal. Lo anterior, parte de la constatación de que el instrumental del Derecho Penal es bastante menos flexible que el de otras ramas del Derecho: el primero prohíbe, mientras que los otros condicionan, seleccionan, predicen, advierten, restringen, limitan, fijan o innovan en esferas jurídicas y en situaciones jurídicas preexistentes o, directamente, dan nacimiento a ellas. No obstante lo dicho, de igual relevancia política resultan ser la prohibición del Derecho Penal y la regulación del Derecho Administrativo, en cuanto a partir de ambos se define la *porción de libertad*⁴ que se da a todas las personas en cualquier actividad que desarrollen —económica, cultural, social, benefactora, empresarial, laboral, civil, mercantil o política, por mencionar algunas—.

Quizás, la actividad de regulación que con mayor profundidad e inmediatez puede ser sentida por el hombre común es aquella referida a la *ordenación del espacio o territorio* que, en términos muy generales, debe considerársela como las grandes decisiones que adoptan los poderes públicos sobre el espacio, decisiones que deben ser acordadas y ejecutadas de acuerdo con unos principios y objetivos determinados (BERMEJO), y que se formulan horizontalmente por una diversidad de entes administrativos competentes, usando al efecto un instrumento especial conocido como Plan.

Complementariamente, debe reconocerse que la más eficiente regulación administrativa de todos los tiempos y lugares, la que mejor aceptación provoca y mayor legitimidad da a los comportamientos humanos, es la del tránsito y del uso de las calles y caminos públicos. En los semáforos, señales y dibujos de las calles, así como en cierres perimetrales y en autorizaciones de accesos a la vialidad pública, se contienen conceptos que quizás por obvios nos hacen olvidar que nos afectan conductualmente, en nuestra libertad de tránsito y movimiento.

4 Término utilizado por Max WEBER en el discurso de toma de posesión de la cátedra (1895) "El Estado nacional y la política económica".

La regulación administrativa engloba la regulación económica

Probablemente, sea 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 (*Sepúlveda R.*).

En efecto, una constante de las discusiones acerca del fenómeno regulatorio es referirlo únicamente a la materia económica, lo que, como se ha dicho, se explica en razón de que los procesos de transferencias de actividades desde el sector público al privado se han concentrado en actividades patrimoniales o de carácter económico. Sin embargo, en nuestro entender, la regulación de la actividad económica es solamente una parte —importante por cierto— de la actividad regulatoria que experimentan las personas ante los organismos públicos: el fenómeno regulatorio va desde la clásica normación de la actividad que desarrolla el Sector Público, alcanzando luego la del Sector Privado, sea o no comprensiva de una actividad de *servicio público*, y sea o no de tipo social o económico, pasando por la regulación de los mercados y del comportamiento de los agentes económicos, por la regulación de actividades riesgosas para la salud humana o la vida comunitaria, finalizando con la normación de actividades de la más variada índole, tal como el tráfico ferroviario, el medio ambiente, la forma de acceder a los caminos públicos, los implementos de aseo que requieren tener los baños establecidos en lugares públicos, por mencionar solamente algunos.

Específicamente, la actividad regulatoria del Estado en materia económica se motiva a partir del deseo de eliminar los vacíos o deficiencias del mercado (ej., monopolios); resolver problemas de información (ej., publicidad falsa o engañosa); hacer frente a externalidades, tales como las medidas contra la contaminación o la planificación urbana que limita el uso del suelo (*Carmona*). En definitiva, la regulación en materia económica se justifica porque se reconoce que la *competencia* no es un fenómeno que nace y perdura por sí solo, si no lo es dentro de un marco jurídico general que lo sanciona y organiza.

Por lo mismo, es una constante, voluntaria o involuntaria, de quienes escriben sobre regulación económica, justificar esa actividad a partir de la constatación de una enfermedad o deficiencia del sistema: una *falla del mercado*, sea porque es un monopolio, o un monopsonio o un oligopolio, o sea, por último, porque no existe realmente el mercado, por señalar algunos ejemplos.

En otras palabras, la regulación económica atiende preferentemente patologías de un mercado que no estaría operando social y económicamente de un modo eficiente. Por lo mismo, no estaría en la regulación económica el ánimo inmediato de desarrollar o proteger la *libertad empresarial*, ya que se presume que la libertad está dada a partir de una simple actitud de abstención del Estado y la protección se halla en la institucionalidad de defensa de la libre competencia y en el régimen sancionatorio: civil, administrativo o penal.

La verdadera guía de la regulación económica no es otra cosa que la *eficiencia*. Esa eficiencia es propiamente una categoría conceptual que proviene de la misma economía. Lo anterior significa aceptar, entonces, que el acercamiento al fenómeno regulatorio de los entes públicos se hace desde una perspectiva económica. El enfoque acerca de la *eficiencia* es de tal intensidad que, solamente de manera tangencial y reducida, el problema económico se extiende a tratar otras temáticas: “calidad”, “satisfacción”, “acceso” o “participación”.⁵

A mayor abundamiento, la regulación administrativa en lo económico acepta unas *reglas del juego* que, en otras áreas de la actividad humana, son insostenibles, puesto que pugnan con el Pacto Social. En efecto, la regulación económica, que protege la libre competencia, no necesariamente impide que los más fuertes tomen posiciones de dominio sobre los más débiles, desplazándolos completamente, ya que terminan rindiendo materialmente sus propios derechos. De igual manera, se acepta que el sentido, intensidad y orientación de la regulación económica está fuertemente condicionada por las ineficiencias y costos que ella provoca, frente a las ineficiencias y costos de una situación de no regulación, pero sin entrar a analizar en cuál de esos dos escenarios, la *libertad*—que no meramente la *competencia*— se protege de mejor manera. Probablemente, debido al hecho que la economía, en la búsqueda de la eficiencia, puede desatender en los hechos cuál es la *libertad* que queda para las personas, el poder regulatorio por parte de la Administración del Estado debe contrarrestar ese problema, imponiendo un Primado de la Política por sobre la Economía.

La regulación administrativa genera un padecimiento más o menos intenso en el destinatario

En la actualidad el fenómeno regulatorio se manifiesta de una manera que era difícil de prever hasta poco tiempo atrás. En todo caso, en lo medular las actuales razones de la regulación siguen siendo las mismas constatadas hace más de dos siglos atrás, a saber, que la Ley, dado su habitual nivel de generalidad y abstracción, es solamente una guía conductual, cuyas disposiciones son incapaces por sí solas de establecer una normación pormenorizada del fenómeno que se pretende conformar. Sin ir más lejos, debe aceptarse que el principio de la “reserva de ley” solamente obliga al Legislador a regular el *núcleo básico* de la materia respectiva, sin necesidad de entrar a normar los pormenores y detalles que son más bien del ámbito del ejecutor de la ley. Por ello, quizás no es la ley, sino que la norma decretal el verdadero centro de gravedad en que se mueve el poder del Estado y, por tanto, el margen de libertad que se mantiene en poder de la persona común y corriente. Esta es la Administración Supervigilante del Siglo XXI.

Es cierto, también, que la Administración ha caído en cuenta que la aceptación de sus funciones administrativas pasa por el uso de otros instrumentos amigables con las

5 Por ejemplo: una asignación *eficiente* de precios por parte del mercado, no puede hacer significar que por ese solo hecho las personas viven *satisfechas*.

personas: las advertencias (v.gr.: en las cajetillas de cigarrillos aparece: “El tabaco puede producir cáncer”. Ministerio de Salud, Chile), las informaciones, los entendimientos y los preacuerdos. En todo caso, también es innegable que la actividad regulatoria de la Administración del Estado evidencia ser un fenómeno imperfecto, que requiere frecuentes y sucesivas mejoras, pulimientos y, en otros casos, verdaderas transformaciones de sistemas jurídico-decretales que caen en obsolescencia o se *alejan de la realidad*, lo que nos hace concluir que cualquier proceso reformativo de la regulación debiera originarse no solamente por un cambio en la legislación, sino que también por un aumento del conocimiento del hombre (v.gr.: adelantos científicos y tecnológicos) o por la constatación de que las personas verdaderamente dejaron de confrontar su conducta al contenido de la regulación, la que por tanto cae en desuso.

La regulación permanece siendo un valioso instrumento del Poder Administrador para poder tomar decisiones unilaterales y ejecutivas y para dirigir el comportamiento social demostrando estar en una cierta posición de independencia frente a los innumerables intereses privados que se ponen en juego en cualquier área de la vida de las personas y de las actividades de sus instituciones. Con razón, *Bermejo* explica que, en el desempeño de las funciones administrativas, los órganos del Estado intervienen, y en ocasiones muy seriamente, en la actividad de los ciudadanos, condicionando, limitando relativamente o limitando de forma absoluta el ejercicio de sus derechos subjetivos.

Precisamente porque la regulación tiene un sentido y fin conformador de la conducta de las personas, siempre entra en colisión con la libertad de estas últimas. Pero, no radica aquí el problema por sí solo, sino que allí donde se traspasa la *frontera de permisividad constitucional (marco de posibilidades regulatorias que brinda la Constitución)*⁶ para la afectación de derechos de las personas. Así como al Poder Legislativo se le niega el poder de afectar en su esencia los derechos de las personas protegidos por la CPR, y se le prohíbe imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan el libre ejercicio de aquellos⁷⁻⁸, al Poder Administrador se le impone como límites primeros la observancia del principio de juridicidad y el respeto de los derechos de las personas, reconocidos por la CPR y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.⁹

En efecto, es necesario dejar sentado que la intervención que realiza la Administración del Estado en uso de sus potestades de policía, en búsqueda de un estado de orden y seguridad públicas, regularmente se encontrará en una relación de tensión con los derechos de las personas y, especialmente, con el grado e intensidad con que ellos pueden ser válidamente afectados o perturbados, conforme lo permita en última ins-

6 Rol N° 254, de 1997, TC.

7 Artículo 19 N° 26, CPR.

8 Sobre esta materia, es conocido que el Tribunal Constitucional considera que se impide el “libre ejercicio” de un derecho en los casos en que el legislador lo *somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entorpecen más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica* (Rol N° 43, de 1987).

9 Artículo 19 y 5°, inc. 2, CPR.

tancia la Constitución, puesto que entiende el Constituyente que ese sacrificio —limitado o acotado— en el ejercicio de los derechos de las personas permite lograr un estado de seguridad o certeza que fomente el desarrollo libre y pacífico de los propios derechos de todos y cada uno de los integrantes de la sociedad.

La regulación administrativa exige una toma de posición ante una específica realidad, para protegerla, modificarla o extinguirla

Breyer acierta al exponer que los grandes problemas de los procesos regulatorios en lo económico, están en el defecto que manifiestan de poder limitar frecuentemente el número de actores o de desincentivar el ingreso de otros nuevos y, enseguida, en el hecho de que la propia regulación no siempre recae en un objeto que sea *digno de ser regulado*. Por lo mismo, este autor estima que estamos en presencia de un instrumento tosco, que no se puede afinar todo lo que se quisiera, ya que al fin y al cabo un sistema regulatorio en lo económico implica reemplazar el mercado por la decisión de un ser humano.

Complementamos lo anterior, afirmando que otra dificultad está en el hecho de que la autoridad reguladora no siempre proyecta su actividad sobre un objeto o una materia que es propia de su conocimiento. Generalmente, el Regulador debe usar un vocabulario que no le es propio, sino que prestado, y se auxilia por expertos y profesionales que provienen de las más variadas actividades y, probablemente en muy pocos casos, del área jurídica. Y, lo anterior, no debe llamar a sorpresas, si se tiene en consideración que el regulador se encuentra permanentemente confrontando aspectos tan diferenciados como lo son:

- la necesidad social o política o legal de regular;
- el cómo regular;
- el quién debe hacerlo;
- el con qué técnica de regulación debe actuarse;
- el si es oportuno y conveniente regular;
- el qué tan intensamente debe regularse y por cuanto tiempo;
- el cómo lograr aceptación de los destinatarios de la regulación.

Sin embargo, una cosa queda clara: el fenómeno de regulación supone que la Administración ha decidido previamente proceder al efecto. Es decir, la Administración debe primero tomar lo que, para efectos de esta presentación, en adelante denominaremos la Decisión Regulatoria.

Haría excepción de esto último, solamente en los casos en que la propia ley llama imperativamente al Administrador a normar una cierta actividad o estado de cosas. Aunque también se podría afirmar que esta última hipótesis de trabajo trasluce nueva-

mente una decisión unilateral de la Administración de actuar por vía regulatoria, a la luz de que la realidad jurídica nacional demuestra que gran parte de la actividad legislativa es motivada por el Presidente de la República y que solamente él puede pedir al Congreso se le autorice a dictar decretos con fuerza de ley.¹⁰ Si a ello, se suman los casos en que se ejerce la potestad reglamentaria autónoma¹¹, el resultado es que prácticamente toda actividad regulatoria de la Administración del Estado tiene su origen en una previa toma de decisión ejecutiva, que no de los órganos legislativos. Para mayor claridad, en este sentido la regulación es usualmente un producto jurídico deseado por la sola discreción de la Administración del Estado.

La Decisión Regulatoria requiere contar con un fuerte componente de justificación objetiva para el ejercicio del poder regulatorio. En otras palabras, la regulación debe ser precedida necesariamente de una previa constatación de *carencias sociales* que en sí mismas justifiquen la necesidad de actuar por vía regulatoria, sea porque ni el derecho, la economía, la ciencia, la tecnología ni la jurisprudencia entregan una respuesta al problema.

La Decisión Regulatoria debe conocer, también, con más o menos exactitud la cantidad de personas que son potenciales destinatarios de la regulación. Lo normal y esperable es que se trate de un grupo indeterminado, difuso y permeable, ya que cuando la regulación de una cosa, objeto o actividad, alcanza a pocas personas, predeterminadas, o a grupos cerrados o impermeables, allí se puede esconder un beneficio o un gravamen *ad-hominem*, lo que pugna con el artículo 19, en cualquiera de sus numerales 2, 20 y 22 de la Constitución.

La regulación debe, además, cuidar de no entrar a afectar las esferas de *no-regulación estatal*, o del espacio que es propio del *Poder del No-Estado*: *el poder y la autoridad son fenómenos sociales genéricos, y no exclusivos de la dirección política de la sociedad organizada* (Silva Bascuñán). En el fondo, se trata de contener el cumplimiento de los cometidos de la Administración del Estado conforme a fines y metas estatales, utilizando para ello el poder estatal, pero sin que pueda entrar a disponer acerca de los que es propio del hombre o de la sociedad: v.gr.: arts. 19 N° 1 –derecho a la vida e integridad física y síquica, aplicación de apremios ilegítimos–; prohibición de privilegiar a persona o grupo, interdicción de la esclavitud y de la desigualdad de sexo; N° 6 –libertad de conciencia–; N° 13 –derecho de reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas–; N° 24 –modos de adquirir la propiedad, de usar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social–. Para evitar invadir campos que se mantienen reservados al poder de la sociedad, el Regulador debe saber exactamente de dónde provienen las *exigencias de regulación y de los fundamentos que se dan para requerirla*: bien puede tratarse de autoridades y poderes del Estado, bien pueden ser, por el contrario, grupos privados que intentan de esa forma proteger sus posiciones o, también, puede tratarse de nuevos actores que piden ser admitidos en la escena.

10 Artículos 61 y 62 CPR.

11 Artículo 32 N° 8 CPR.

Es decir, el Regulador no tan sólo debe conocer con exactitud el escenario que será objeto de la regulación, sino que no debe faltarle la visión acerca de la real situación legal y material del objeto, cosa o actividad en cuestión. Para estos efectos, juegan un papel importante los servicios informáticos y bases de datos de la propia Administración Pública, así como las que son manejadas por privados, advirtiéndose, eso sí, que no siempre es fácil reconocer si dichos servicios y organizaciones tienden solamente a poner información a disposición del Regulador o si, por el contrario, desean someterlo y condicionarlo en sus decisiones (en ese sentido, *Beato Espejo*).

La Decisión Regulatoria, muy frecuentemente, manifiesta ser un poder discrecional de la Administración, ya que esta última puede tener la atribución de abstenerse de actuar, es decir, de no regular, sea porque se considera que la situación inicial no tiende a agravarse o no es suficientemente evidente que se encuentra afectado el interés general. La Decisión Regulatoria será, por el contrario, de obligado ejercicio cuando haya sido resuelto por la ley que la Administración proceda y, en los hechos, cuando la cosa, objeto o actividad manifiesta un comportamiento generalizado o generalizante de confrontación con el ordenamiento jurídico. En los otros casos, como hemos dicho, el Regulador tendría cierto poder decisorio sobre el fenómeno que se le presenta.

La cuestión de la *oportunidad de la regulación* supone dar a la Administración las capacidades para responder si es necesario actuar de inmediato y de responder por qué motivo sería necesario regular en este mismo y preciso momento. Considérese, por ejemplo, que un fenómeno específico que se pretende regular es nuevo y probablemente no es estático. Es decir, se trata de algo que no es totalmente conocido, ni por la Administración o, por ejemplo, no es siquiera posible visualizar qué orientación y rumbo toma y, por ello, cuáles son las tendencias que manifiesta. En definitiva, puede haber casos en que es desconocido si el fenómeno que se pretende regular puede ser verdaderamente normado mediante formas jurídicas, con lo que debe preferirse seguir analizando las situaciones materiales en que aquél se mueve o desarrolla inicialmente antes de ejercer la regulación sobre el fenómeno.

La Decisión Regulatoria granjea un problema nuevo, a saber, qué autoridad debe o puede actuar: ¿el Fisco, los organismos autónomos, los descentralizados funcionalmente o, en definitiva, los descentralizados territorialmente? En gran medida, es favorable que esta respuesta esté predeterminada a partir de la organización y la competencia administrativas. Sin embargo, hay que reconocer casos en que distintas organizaciones administrativas, que operan en distintos niveles y territorios, detentan unas mismas atribuciones sobre idéntica materia. Ejemplos: turismo, deporte, medio ambiente, cultura, etc. Por lo mismo, creemos que esta cuestión tiene incidencia en la manera como un país entiende el Principio de Subsidiariedad y su aplicación a competencias, recursos, políticas y atribuciones públicas dentro de la misma organización administrativa, que no meramente confrontándola como un todo frente a lo que se denomina el Sector Privado.

Ahora bien, el problema no tan sólo se concentra en responder acerca de la titularidad de la función regulatoria, sino que a continuación se cae en cuenta que no siempre quien regula es la misma autoridad que aplica la regla o que vigila su cumplimiento. Por ello, hay veces que la regulación supone complejizar las decisiones administrativas y legislativas a tal punto de determinar qué órgano fiscalizará la nueva regulación y con qué actos de control, atribuciones y recursos públicos lo hará. En este sentido, téngase en cuenta que existe una directa vinculación entre las actividades que jurídica y materialmente caen en manos del Sector Privado y el nacimiento de instituciones administrativas encargadas de fiscalizar su funcionamiento y de vigilar el comportamiento de todos los actores. Luego de todo lo anterior, no se debe olvidar que decidido qué órgano debe ejecutar la regulación y cuál debe velar por su cumplimiento, siempre quedará la duda si ellos están realmente preparados para cumplir con esas funciones. Este asunto tiene, entonces, aristas que escapan a lo meramente procedimental y orgánico. En efecto, el quién actúa y quién vigila puede tener incidencia en la eficiencia y efectividad de la decisión y actuación administrativas y, por lo mismo, en el grado que se alcanzará a satisfacer la necesidad pública o superar el estado de vacancia regulatoria sobre el que se actúa. Por ello, la ciencia administrativa europea —y en lo fundamental debido al desarrollo y profundidad de las autoridades de la Comunidad Europea— fomentan la idea del “*pensar global, actuar local*” (Böhret y Wever).

A la regulación administrativa le urge ser aceptada por las personas

A la necesidad de la norma regulatoria de ser autosuficiente y practicable, puesto que se necesita que se ejecute sin tener que proceder a una nueva o ultra regulación, se hace indispensable que ella sea aceptada por el destinatario. Este es el problema del déficit legitimario de la regulación, que se agrava por la creciente dificultad de la Administración de satisfacer intereses generales, frente a unos ciudadanos que le exigen responder frente a individuales y concretas demandas de personas concretas, de carne y hueso (en este sentido, *Beato Espejo* refiere el problema de la mediación entre intereses generales y particulares: el primero no siempre es imponible, al tiempo que los segundos usualmente requieren ser diferenciados y agrupados en distintas categorías).

Dado que la Administración no es representante de la comunidad (como sí lo es el Congreso Nacional), sino una organización puesta a su servicio, sus actos y decisiones no valen como propios de la comunidad, sino como propios de una organización dependiente, necesitada de justificarse en cada caso en el servicio a la comunidad. Por lo antes dicho, el Regulador no debe creer que tiene el poder para ejercer una actividad *en contra* de personas, sino que con ocasión de sus necesidades y de sus problemas de interés general, lo que supone que se los debe tratar de una manera amistosa y, en la medida de lo posible, con la menor afectación de sus derechos y situaciones jurídicas. Así, incluso a veces el Regulador deberá sacrificar justificadamente la eficiencia de la regulación si de esta forma pueden sustituirse medidas administrativas que en me-

nor grado afecten especialmente los derechos libertarios o que eviten la imposición solapada de cargas o deberes públicos.

Como se advierte, siempre debe considerarse que la regulación es parte de un gran y complejo ensamblaje en cuya cúspide se integra la Constitución y los principios generales del derecho y, a continuación, el ordenamiento jurídico general, con especial preeminencia de la ley parlamentaria. Y, mayor cuidado debe poner el Regulador en estos aspectos si, como señala *Fernández*, su trabajo está vinculado a muchas miles de otras normas jurídicas, *producidas en diferentes épocas bajo inspiraciones muy diversas y al servicio de objetivos muy variados*.

El Regulador debe ser prudente. Debe estar conciente que se espera de él la *intervención mínima*, lo que no significa ni se asimila al concepto de la *infra-regulación*, fenómeno este último que denota una carencia de normas regulatorias para una cierta actividad u objeto. En otras palabras, toda e íntegramente la materia que se regula debe ser objeto del trabajo del Regulador, pero al mismo tiempo esa regulación debe tensionar al mínimo los derechos y situaciones jurídicas de las personas. Y, centralmente ubicado en este problema estará la tendencia de la regulación: ¿la Autoridad quiere garantizar, inspeccionar, homologar, promover, proteger, tutelar, fomentar; o, por otra parte, se pretende limitar, restringir, condicionar, tasar, constreñir?

Así como el Regulador no es una autoridad que represente a la Nación –comunidad–, sus decisiones obtienen muchas veces legitimidad a través del uso de elementos meta-jurídicos: el grado de conocimientos técnicos o científicos de quienes colaboran con el Regulador en la formulación de nuevas reglas, que facilitan que el destinatario de la norma la considere mesurada, adecuada, necesaria, mínima y, en lo posible, se convezna que no tiene *efectos colaterales* en su persona ni en sus bienes e intereses. En todo caso, a la Administración siempre será útil demostrar a los destinatarios de la regulación, que previamente analizó todas las alternativas existentes, tendentes a satisfacer la necesidad pública que se tiene en miras, y estudió intensamente –aunque de un modo lamentablemente infructuoso– cómo lograr completamente el mismo resultado esperado, pero esta vez por medios distintos al de la actividad regulatoria. De esta manera, finalmente el ciudadano no sentirá que un determinado *curso de acción regulatorio* ya venía propulsado imparablemente, desde mucho antes, por unas fuerzas que le resultan desconocidas del todo.

Bibliografía

Andrade G., Carlos: "Elementos de Derecho Constitucional Chileno", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1971.

Beato Espejo, Manuel: "Cauces de Comunicación de las Administraciones Públicas con los Ciudadanos", Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

Böhret, Carl: "Hintergründe von Defiziten und mögliche Entwicklungen", en "Ökologisierung des Rechts- und Verwaltungssystems", Editorial Nomos, Baden-Baden, Alemania, 1994.

Böhret, Carl, y Wewer, Göttrik: "Regieren im 21. Jahrhundert", Ed. Leske+Budrich, 1993.

Breyer, Stephen: "Cuándo y cómo regular los servicios de utilidad pública", en Estudio Públicos, N° 78, año 2000, CEP.

Bermejo V., José: "Derecho Administrativo", Parte Especial, Ed. Civitas, 4ª edición, 1999.

Di Fabio, Udo: Das Recht offener Staaten, Editorial Mohr Siebeck, 1998, Tübingen, Alemania.

S. Martín-Retortillo B.: Reflexiones sobre las Privatizaciones", en Rev. de Gobierno Regional y Municipal, año V, N° 57, abril de 1998, p. 38 a 66.

Carmona B., Carlos: "Clasificación de la Actividad Administrativa" y "La Actividad de Policía o de Intervención". Apuntes de clases, año 1999.

García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón: "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Civitas, 1999, Tomo I, págs. 25 a 60 y Tomo II, p. 99 a 157.

Gómez P., Marcos: "La Inactividad de la Administración", Ed. Aranzadi, Navarra, 2002.

Fernández, Tomás Ramón: "Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su Tercera Centuria", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002.

Sepúlveda R., Enrique: "Teoría de la Regulación", Seminario sobre Regulación Económica, Facultad de Derecho, U. Andrés Bello.

Silva Bascuñán, Alejandro: "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. Jurídica de Chile, 1997, Tomo I.

Sommer, G.: Institutionelle Verantwortung", Ed. Oldenbourg, Oldenburg, 1997.

Weber, Max: "El Estado nacional y la política económica" –discurso–, en "Escritos Políticos", Alianza Editorial, Madrid, 1991.