



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Programa de Doctorado en Derecho

**MODELOS DE AGENCIAS EN EL MARCO DE UNA PERSPECTIVA ACTUAL
SOBRE EL ESTADO REGULADOR**

Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho

Críspulo Marmolejo González

Director : Dr. Luis Cordero Vega
Co-director : Dr. Santiago Montt Oyarzún

Santiago, Chile
2018

AGRADECIMIENTOS

No puedo dejar de agradecer el apoyo de mi director y co- director de tesis, Dr. Santiago Montt Oyarzun y Dr. Luis Cordero Vega, respectivamente. Sus valiosas orientaciones y certeras directrices permitieron llevar este trabajo a puerto de destino.

Esta tesis recibió el beneficio de una estadía de investigación, durante febrero de 2015, financiada por una beca de este programa de Doctorado, en Washington College of Law, de American University. Durante ese período de trabajo conté con las enseñanzas e iluminadores consejos de los profesores Jonathan Baker y William Kovacic. Agradezco al entonces Decano de Washington College of Law, Claudio Grossman y a la profesora chilena de esa institución, Macarena Saez, por su apoyo y cordialidad. En febrero de 2016 me trasladé a University of Arkansas, en el estado del mismo nombre, en la ciudad de Fayetteville, donde trabajé en la biblioteca de la Escuela de Derecho. Agradezco la gentil invitación, el apoyo y generosidad del profesor de esa Universidad Dr. Rogelio García-Contreras. De igual forma, agradezco los consejos y propuestas del estimadísimo profesor Dr. Ravi Srinivas, en Houston, Texas, quien me señaló interesantes perspectivas para el capítulo tercero de este trabajo. Agradezco, con especial aprecio, a la profesora Dra. Sofía Correa Sutil y del profesor Dr. Pablo Ruiz- Tagle Vial, cuyos consejos y ayuda fueron muy relevantes para concluir este trabajo.

En febrero de 2017, me reuní en Madrid, España, con el destacado profesor Juan de la Cruz Ferrer, quien amplió mis perspectivas respecto de los modos de implementar una reforma institucional, en especial respecto del caso de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia. La amabilidad y generosidad del profesor de la Cruz Ferrer merecen mi más profunda gratitud. También en Valencia tuve ocasión de reunirme con el profesor Gabriel Domenech, quien me facilitó textos y me favoreció con su detallada formación en Análisis Económico del Derecho. También, mi agradecimiento al profesor Antonio Bar, de esa misma escuela. En Barcelona pude beneficiarme de la generosidad, amabilidad y sabiduría de la profesora Carmen Parra durante esos fructíferos días de trabajo y estudio. Finalmente, agradezco a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, a sus autoridades, por haberme dado las facilidades para cursar el programa de doctorado y completar esta investigación.

“The world of regulation is full of admirable problems”.

Cass Sunstein¹.

“To affect policy, theory cannot be suspended in the air. If theory is not grounded in the engineering of effective institutions, it will not work in practice. The engineering of policy making involves basic questions of implementation. It is one thing for the policymaking aerodynamicist to conceive a new variety of aircraft. It is another for the policy engineer to design and build it. To have elegant physics without excellent engineering is a formula for policy failure”.

William Kovacic².

“Independent Regulatory agencies (*IRAs*) are the main characteristic of the regulatory state, and constitute a major institutional change in regulation”.

Fabrizio Gilardi³.

“Las crisis tienen con frecuencia su origen en el laxismo de los periodos venturosos”.

Jean Tirole⁴.

¹ SUNSTEIN, C. (2014) *Valuing Life. Humanizing the Regulatory State*. Chicago, The University of Chicago Press.

² KOVACIC, W. (2012) *The Institutions of Antitrust Law. How Structure Shapes Substance*. 110 *Michigan Law Review*, 1019, 1042-43.

³ GILARDI, F. (2008) *Delegation in the Regulatory State. Independent Regulatory Agencies in Western Europe*. Cheltenham; Edward Elgar. p. 21.

⁴ TIROLE, J. (2017) *La Economía del Bien Común*, Taurus, Madrid; p. 351.

ALGUNAS ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

AED	:	Análisis Económico del Derecho.
AS	:	Administrative State.
B.E.	:	Behavioral Economics.
CBA	:	Cost Benefit Analysis.
CMF	:	Comisión para el Mercado Financiero (Chile).
CNMC	:	Comisión Nacional de los Mercados y Competencia (España).
CPR	:	Constitución Política de la Republica (Chile).
ER	:	Estado Regulador.
FNE	:	Fiscalía Nacional Económica (Chile).
FTC	:	Federal Trade Commission.
INFORME OECD 2016	:	OECD (2016), Regulatory Policy in Chile: Government Capacity to Ensure High-Quality Regulation, OECD Reviews of Regulatory Reform, OECD Publishing, Paris.
LBGAE	:	Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley N° 18.575.
LITER	:	Legality, Independence, transparency, effectiveness, responsibility (Ottow, 2015).
OECD	:	Organization for Economic Cooperation and Development.
LMV	:	Ley Mercado de Valores (Chile).

NPM	:	New Public Management.
OIRA	:	Office of Internal Regulatory Affairs.
RIA	:	Regulatory Impact Analysis.
RS	:	Regulatory State.
SVS	:	Superintendencia de Valores y Seguros (Chile).
SMA	:	Superintendencia de Medio Ambiente
TDLC	:	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Chile).

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	II
ALGUNAS ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS.....	IV
INTRODUCCIÓN	12
1. GENERALIDADES.....	12
2. HIPÓTESIS	14
3. METODOLOGÍA.....	14
4. MARCO TEÓRICO.....	15
5. OBJETIVOS	20
6. ESTRUCTURA DEL TEXTO	21

CAPÍTULO PRIMERO

LA CUESTIÓN SOBRE EL MODELO DE AGENCIAS	23
1. CUESTIONES PREVIAS.....	23
2. LOS TEMAS FUNDAMENTALES Y CONCEPTOS	26
2.1. ¿Qué es una agencia?.....	27
2.2. Algo de historia.....	31
2.3. ¿Qué caracteriza a una agencia?	34
2.4. ¿Cómo se clasifican las agencias?	36
2.5. Teorías y Decisión	38
2.5.1. Decisión y justificaciones para crear o reformar una entidad	38
2.5.2. Decisión en cuanto organización	41

2.6.	El modelo de agencias	44
2.6.1.	Modelo y sus acepciones.....	44
2.6.2.	Modelo y su significado para el Derecho.....	45
2.6.3.	Modelos en Derecho Comparado.....	46
a)	Informe Verhoest, Van Thiel, Bouckaert y Laegrid (2012)	46
b)	Informe Ottow	47
c)	Informe Desormeaux/Cordero sobre Supervisión Financiera en Chile.....	49
2.7.	El diseño.....	50
2.8.	Principios	55
2.8.1.	Hyman y Kovacic (2014):.....	55
a)	Coherencia de la política regulatoria:.....	56
b)	Marca y credibilidad:	57
c)	Capacidades (Capacity y Capability):	57
d)	Resiliencia:.....	58
e)	Cohesión:.....	58
f)	Efectos colaterales en el ecosistema regulatorio:	58
g)	Implicancias políticas:.....	59
2.8.2.	Ottow (2015)	60
2.8.3.	Lombardi y Moschella (2017).....	62
2.9.1.	Poderes y facultades.....	64
a)	Lo general.....	64
b)	Agencias y Tribunales.....	66
3.	EXPLORANDO EL PUZZLE DE ENTIDADES REGULADORAS CHILENAS	69
3.1.	Algo de historia.....	69

3.2.	Las piezas del puzzle	75
4.	CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO	82

CAPÍTULO SEGUNDO

¿CÓMO EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PUEDE CONTRIBUIR A LA CONFIGURACIÓN DE UN MODELO DE AGENCIAS?		85
1.	CUESTIONES PREVIAS.....	85
1.1.	Primera cuestión.....	85
1.2.	Segunda cuestión	87
1.3.	Tercera cuestión	89
2.	HACIA UNA PROPUESTA DE APLICACIÓN CONCEPTUAL PARA EL DISEÑO DE AGENCIAS.....	93
2.1.	Lo general	93
2.2.	Hacia un AED actual	96
2.2.1.	¿Qué ocurre con la noción de bienestar?.....	100
2.2.2.	Costo–Beneficio y eficiencia	101
2.2.3.	Análisis de Impacto Regulatorio	107
2.2.4.	Behavioral Economics y diseño de agencias	109
3.	CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO	113

CAPÍTULO TERCERO

BUSCANDO MODELOS Y SOLUCIONES ÓPTIMOS		115
1.	CUESTIONES PREVIAS.....	115
2.	¿ES POSIBLE ENCONTRAR UN MODELO ÓPTIMO DE AGENCIAS?	115
2.1.	Aproximaciones teóricas.....	115
3.	LA SEGUNDA MEJOR ALTERNATIVA (SECOND BEST).....	121
4.	LA POSIBILIDAD DEL USO DE TESTS.....	123

4.1.	Razones	123
4.2.	Elementos para la configuración de tests sobre diseño de agencias	124
4.2.1.	Doctrina nacional	124
4.2.2.	Hacia un Test de suficiencia y diseño para agencias reguladoras.....	125
a)	Cordero / García (2012).....	125
b)	Hyman / Kovacic (2014).....	126
5.	¿EXISTE UN MODELO DE AGENCIA CERCANO AL ÓPTIMO EN CHILE?.....	127
5.1.	Lo general	127
5.2.	Doctrina nacional.....	128
5.3.	Cultura y épocas.....	129
6.	¿HAY QUE TRANSFORMAR TODOS LOS ENTES REGULADORES CHILENOS EN COMISIONES INDEPENDIENTES?	132
6.1.	Lo general	132
6.2.	Unipersonalidad sobre la colegialidad	137
6.3.	La cuestión sobre la independencia	138
6.3.1.	Un asunto difícil.....	138
6.3.2.	Lo estructural de la independencia.....	140
6.3.3.	Lo político de la independencia	141
7.	¿CÓMO RESPONDER A DOS DESAFÍOS DEL INFORME OECD 2016?	143
7.1.	Política Regulatoria y Estrategia.....	143
7.2.	Capacidades institucionales para la calidad de la regulación	144
7.2.1	Instituciones regulatorias requieren arreglos que generen más responsabilidad y autonomía.....	144
7.2.2.	Establecimiento de un órgano supervisado a cargo de la política regulatoria situado en el centro de la administración y mejorar estándares de coordinación	144

8.	¿HAY CIERTOS MODELOS DE AGENCIAS QUE INCENTIVEN MEJORES GRADOS DE CALIDAD E INNOVACIÓN REGULATORIA?	145
8.1	Lo general	145
9.	CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO	148

CAPÍTULO IV

	¿CÓMO ARMONIZAR LA NOCIÓN DE ESTADO REGULADOR CON LA ELECCIÓN DE MODELOS DE AGENCIAS?	151
1.	CUESTIONES PREVIAS	151
2.	Algunas nociones sobre el Estado Regulador	153
2.1.	Generalidades	153
2.2.	Levi-Faur: Lo grueso y lo delgado en el Estado Regulador	156
3.	LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL ESTADO REGULADOR: VERTIENTES	158
3.1	Las vertientes del Estado Regulador se dan en el entorno de su internacionalización	158
3.1.1	Vertiente estadounidense	161
a)	Administrative State	161
b)	Regulatory State	162
3.1.2.	Vertiente europea	167
a)	Majone (1994)	167
b)	Gilardi (2008): Delegación	168
c)	Levi Faur (2013) y la ecuación Regulation + Governance = Regulatory State	168
d)	García Álvarez (2014)	169
e)	Esteve Pardo y el Estado Garante (2015)	170
f)	Tirole (2017): El Estado regulador al servicio del ciudadano	172
3.1.3.	Vertiente Latinoamericana: El Estado Regulador del Sur	173
a)	El enfoque Jordana (2011)	173

b) El enfoque Dubash/Morgan (2012).....	175
4. HACIA UNA NOCIÓN SOBRE EL ESTADO REGULADOR CHILENO.....	177
5. LAS CRISIS ECONÓMICAS Y SU IMPACTO EN EL ESTADO REGULADOR.....	182
4. ¿CÓMO CONTRIBUYE UNA NOCIÓN ACTUAL DEL ESTADO REGULADOR A UNA MEJOR COMPRESIÓN DE LOS MODELOS DE AGENCIAS?	187
5. CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO	191
CONCLUSIONES DE LA TESIS	194
BIBLIOGRAFÍA	201

INTRODUCCIÓN

1. Generalidades

El estudio de las relaciones entre el Derecho y la Economía resulta siempre atractivo y desafiante. Ambas disciplinas, al ocuparse de la conducta humana, emplean ciertas estructuras conceptuales que, en el tiempo, se han vuelto más complementarias y menos antagónicas. Hay un par de razones para explicar ese acercamiento. La primera, es que desde fines de la década de los ochenta y principios de los noventa, esa relación fue especificándose, al cobrar un mayor interés los vínculos entre el Derecho con esa rama de la microeconomía que se denomina Regulación Económica. La segunda, es que la desconfianza inicial que surgió para los abogados frente a la teoría económica más dura se tornó en alianza, cuando las cuestiones más funcionales de las relaciones entre el Derecho y la Economía se integraron en el paradigma de la regulación de mercados. Afirmo esto, siguiendo a Bullard, para explicar las condiciones de un contexto latinoamericano, en que desmontar esa reticencia ha sido un proceso, a veces, tortuoso⁵.

Claramente la regulación es una cuestión de poder, y su estudio se materializa en el análisis de ciertas formas en que éste se aplica, en determinadas circunstancias, al desenvolvimiento de agentes en mercados determinados. Por ello, tradicionalmente se ha afirmado que los asuntos sobre reguladores y regulados constituye una manifestación del problema de agencia, en que el regulador (principal) altera el comportamiento del regulado (agente) en una forma determinada. El punto es estudiar el o los modos por los cuales los reguladores pueden buscar la modificación de la conducta de los regulados a través de directivas, incentivos, persuasión, sanción e incluso amenazas.

En este escenario de relaciones entre el regulador y el regulado –como problema entre el principal y el agente– existe como realidad asumida, una tensión permanente. Por

⁵ BULLARD, A. 2003. Derecho y Economía. El estudio de las instituciones legales. Lima, Palestra Editores, p. 67.

eso, las dos partes se contemplan con intereses y motivaciones distintas, y su relación suele ser adversarial, al menos teóricamente⁶. Siendo cada vez menos binaria, y considerablemente más sistémica, la relación entre agentes de mercado y reguladores es probablemente, uno de los temas *perennes* del Derecho y la Economía. La vieja, pero siempre actual, idea de la captura sigue y seguirá siendo uno de los problemas centrales que deben confrontar los gobiernos, legisladores y *policy makers*, al momento de adoptar una decisión racional sobre un modelo, y posterior diseño de una agencia reguladora.

Como supuesto básico, cabe resaltar que el examen de estas categorías debe darse en el contexto de un Estado Regulador; esta es una noción por la que ha transitado un abundante caudal, a partir de procesos de privatización, liberalización y tecnificación de las tradicionales instituciones o entidades públicas, muchas de ellas de centenaria implementación.

Al mismo tiempo, el lenguaje común de la Economía –en ese entonces un poco exportado a la fuerza hacia las mesetas del Derecho–, comenzó a aproximarse paulatinamente hacia realidades institucionales, y por tanto más jurídicas. ¿Cómo omitir en ese proceso de paulatino involucramiento disciplinar, esa pregunta de las primeras páginas del clásico texto de los profesores Robert Cooter y Thomas Ulen: “¿Por que deben estudiar economía los abogados? ¿Por qué deben estudiar Derecho los economistas?”⁷.

Escribo con la convicción de que la interacción entre Derecho y Regulación económica es fructífera y auspiciosa, y que un nuevo aire para el Análisis Económico del Derecho –en un mundo posterior a la crisis de 2007–, se manifiesta como una señal de la abundante expansión de los estudios regulatorios.

Asumo que el más importante insumo conceptual de los estudios sobre regulación económica viene dado por el Análisis Económico del Derecho. Con ello, no pretendo plantear la consabida afirmación de que este sea un efecto del imperialismo de la Economía, la cual consumiría, con resquemor y ensañamiento, toda realidad social. Un trabajo como el que escribo, más bien busca explorar el contenido de la alianza entre el Derecho y la

⁶ FITZPATRICK, D. 2016. *The Politics of Regulation in the UK*. Londres, Editorial Palgrave Mcmillan.

⁷ COOTER, R. y ULEN, T. 2016. *Derecho y Economía*. México D.F., Fondo de Cultura Económica. p. 24.

Regulación económica, bajo el supuesto de que dicha interacción fortalece la libertad económica, como un valor relevante para la democracia y el progreso de los pueblos. En esa perspectiva, ambos enfoques –en conjunto– son necesarios y útiles para lograr ese objetivo último.

Una necesaria integración de ambas disciplinas contribuye a maximizar el bienestar individual, y por ese efecto, el de la sociedad en su conjunta. Y esta integración abona la necesidad de desmontar la argumentación de que las economías más libres y prósperas suelen vivir cada vez más apartadas del Derecho. Un entramado de normas y entidades que regulen razonablemente las actividades económicas y custodien la libre competencia, necesariamente expanden los beneficios de una economía de mercado.

2. Hipótesis

La tesis pretende probar que es necesaria una perspectiva teórica de comprensión del modelo de agencias reguladoras en Chile; que ésta debe fundamentarse en la aplicación de algunas categorías conceptuales del Análisis Económico del Derecho al Derecho Administrativo; y que esta nueva configuración puede fortalecer una mejora en la calidad regulatoria y la obtención de un mejor equilibrio entre la eficiencia de los mercados y el bienestar de usuarios y consumidores.

3. Metodología

La tesis se construye a partir de una metodología teórica, de nivel discursivo y explicativo. Se busca plantear y dar solución, particularmente en el capítulo tercero, a problemas jurídicos que nacen a partir de las diversas configuraciones de entidades supervisoras y reguladoras de mercados, tanto en Chile como en el Derecho Comparado. Se exploran esos diversos modelos con el objeto de contrastarlos con el modelo de superintendencias chilenas, el cuál es el dominante en la actual estructura jurídico

administrativa chilena. Para tales efectos, se recurre a la determinación de conceptos jurídicos y económicos, algunos de los cuales se encuentran presentes en informes de organismos internacionales como la OECD. Para probar que es necesaria una nueva configuración del modelo de agencias reguladoras en Chile se analiza su situación actual, explorando el modelo y régimen legal de los principales órganos reguladores económicos. Para probar que esta nueva configuración debe fundamentarse en la aplicación de algunas categorías conceptuales del Análisis Económico del Derecho al Derecho Administrativo, se examinarán los conceptos fundamentales propuestos en esta investigación y se contrastarán con el modo de comprensión del Derecho regulatorio en Estados Unidos y Europa. Finalmente, para probar que una perspectiva sobre modelos de agencias favorece una mejor comprensión de la función reguladora de estos órganos, se analizarán algunos casos de entidades chilenas, en especial el de la supervisión y regulación de Mercado de Valores en Chile, en la transición desde un modelo de Superintendencia actual a uno de Comisión para el Mercado Financiero.

4. Marco teórico

Una adecuada comprensión del fenómeno regulatorio supone volver al Derecho Público como sistema de garantías. Según el profesor Luciano Parejo, “(...) el Derecho Público de la Economía puede ser definido como el conjunto de las normas que asignan funciones o potestades (habilitaciones y deberes de actuación) a poderes públicos para la configuración y, en general, la incidencia en la vida económica”⁸. Es por ello, señala este autor, que debe entenderse la existencia de estas asignaciones potestativas en un contexto en que “(...) la actividad económica en libre competencia en el mercado no está libre de Estado”⁹. Parece ser esta una aseveración relevante para este texto, en el sentido que una economía de mercado, no puede resultar ajena al estado, ni por consiguiente a la existencia de entidades que, regidas por el principio de legalidad, están investidas de poderes

⁸ PAREJO, L. 2011. Lecciones de Derecho Administrativo. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, p. 18.

⁹ PAREJO, L. Ob. cit., p. 19.

específicos para garantizar el cumplimiento de determinados bienes jurídicos que son necesarios para el funcionamiento de esa economía de mercado. Ello, porque según también afirma Parejo, esa libertad del mercado solo es posible en la medida que exista un “(...) indispensable marco normativo e institucional”, una “(...) garantía estatal de los derechos y deberes de los concretos sujetos individuales y las empresas, especialmente mediante la prevención de riesgos, la protección frente a peligros y la tutela judicial efectiva”; “la ayuda a subsectores o sectores económicos en dificultades” y ; “la generación en sectores con estructura interna inadecuada de condiciones favorables a la libre competencia máxima posible”¹⁰. Son estas, en el fondo, las condiciones de operatividad de aquello que el mismo Parejo denomina la “(...) organización de la administración económica”, una de cuyas especies es el régimen de organismos reguladores¹¹.

Desde esta perspectiva, la arquitectura conceptual del Análisis Económico del Derecho provee una aproximación adecuada para una renovada configuración del modelo de agencias en cuanto uno de los elementos integrantes del Estado regulador.

El profesor Gabriel Domenech sostiene que hay dos maneras de llevar a cabo el Análisis Económico del Derecho. Una que él denomina “análisis fundamental” y otra llamada “análisis aplicado”¹². La primera, según Domenech, está dirigido fundamentalmente a una comunidad internacional integrada por académicos con estudios avanzados en Economía, y que tratan muchas veces con un altísimo grado de técnica y sofisticación. Supone la incorporación de metodología fundada en la Econometría y análisis estadístico de datos; la segunda forma, consiste en implementar una postura de estudio fundada en aplicaciones conceptuales a ciertos tópicos de interés jurídico. Intentaré sostener el trabajo sobre esta segunda manera de hacer Análisis Económico del Derecho, según la describe el profesor Domenech.

Se hace la prevención que no se trata de un trabajo específico sobre Derecho Administrativo, sino que construye una mirada sobre éste a partir de una arquitectura

¹⁰ PAREJO, L. Ob. cit., p. 20.

¹¹ PAREJO; L. Ob. cit., p. 64.

¹² DOMENECH, G. 2014. Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho. Revista de Administración Pública, Madrid (195): p. 119.

conceptual definida.

El enfoque conocido como Análisis Económico del Derecho (llamado también Derecho y Economía o en su vertiente originaria anglosajona *Law and Economics*) nace en Estados Unidos a mediados de los años sesenta e intenta generar una explicación económica acerca de las reglas e instituciones legales. Es decir, el Análisis Económico del Derecho provee de la infraestructura conceptual necesaria para generar el encuentro entre el Derecho y la Economía¹³. El profesor de la Universidad de Yale Bruce Ackerman ha descrito el Análisis Económico del Derecho como “el más importante desarrollo en la academia legal del siglo veinte,”¹⁴ y en similares términos lo ha hecho el ex Decano de la misma Escuela de Derecho, Anthony Kronman¹⁵. En palabras de Guido Calabresi, “(...) el Análisis Económico del Derecho consiste en usar teorías económicas para analizar criticar o confirmar doctrinas legales existentes”¹⁶, pero tomando como punto de partida el Derecho. Si bien, en sus orígenes, el Análisis Económico del Derecho se refirió a problemas tradicionalmente de mercado (monopolios, finanzas, tributación, mercado laboral) sus objetos fueron ampliándose hacia realidades llamadas “*non market*” (no mercado) tales como la familia, la criminalidad o la inmigración. Sin embargo, una parte abundante de los esfuerzos analíticos de Derecho y Economía se siguen concentrando en la mejor y adecuada comprensión del desarrollo de mercados y en el diseño y evaluación de las instituciones normativas de los mismos. La evolución del AED reconoce algunas raíces intelectuales en los escritos de Jeremy Bentham, pero no es sino hasta la década de 1960, con la publicación de dos artículos relevantes: “*The Problem of Social Cost*”¹⁷ de Ronald Coase y “*Some*

¹³ Señala BULLARD, A. 2003. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Lima, Palestra Editores, p. 38., que “(...) el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) es una metodología de análisis que apareció aproximadamente, en los ‘60 en los EE.UU. y que lo único que persigue es aplicar los métodos de la ciencia económica al Derecho. Es difícil explicar y dar una definición de lo que es el AED. Es como definir correr; la única forma de entenderlo realmente es corriendo o viendo a una persona correr...Lo que busca es establecer los costos y los beneficios de determinadas conductas, y como el Derecho está plagado de conductas –en sí mismo es una técnica de regular conductas– el AED puede ser aplicado para determinar los costos y beneficios de estas conductas”.

¹⁴ Citado por COOTER, Robert y ULEN, T. 2000. Law and Economics, New York, Addison-Wesley, p. 2. La traducción es nuestra.

¹⁵ CABRILLO, F. y ALBERT, R. 2011. El análisis económico del Derecho en la encrucijada. Revista *Ekonomiaz* (77): p. 203.

¹⁶ CALABRESI, G. 2011 Un vistazo a la Catedral. Cuando el Derecho se encuentra con la Economía. Lima, Palestra Editores, p.14.

¹⁷ COASE, R.H. 1960. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics* 3: pp. 1-44.

Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts” de Guido Calabresi¹⁸, que adquiere una difusión más amplia. Estos dos hitos intelectuales del AED permiten que surja como una aproximación paulatinamente aceptada en los medios académicos. El período transcurrido entre los artículos de Coase y Calabresi, y los años 1980, fundamentalmente en Estados Unidos, ha sido conocido como “perspectiva tradicional del Análisis Económico del Derecho”¹⁹, en la cual destaca la figura del juez Richard Posner. Esta fase se caracteriza porque, entre otros, dos de sus exponentes recibieron el Premio Nobel de Economía: el galardón de 1991 para Ronald Coase y el de 1992 para Gary Becker²⁰. Sin embargo, a partir de mediados de la década de 1990, la perspectiva tradicional del Análisis Económico del Derecho es desafiada por la contribución de la llamada Economía Conductual, la cual recoge las aportaciones de otras ciencias tales como la Neurociencia y la Psicología, generando una aproximación denominada “*Behavioral Law and Economics*”, en la que destaca la figura del profesor de la Universidad de Harvard Cass Sunstein, quien además es autor de uno de los tratados de Derecho Administrativo y Política Regulatoria más importantes del Derecho estadounidense. Esta contribución ha sido reconocida con el otorgamiento del Premio Nobel de Economía del año 2017 al profesor Richard Thaler.

En el medio nacional, los profesores José Francisco García y Luis Cordero han examinado los rasgos característicos del modelo de agencias reguladoras en el sistema chileno²¹. Este análisis distingue cinco categorías de organizaciones administrativas : “(i) Ministerios, a cargo el diseño de la regulación de la política pública; (ii) Servicios públicos (en donde existe una amplia gama, desde las universidades hasta las Superintendencias) caracterizados legalmente como órganos de ejecución; (iii) Autonomías constitucionales (Contraloría y Municipalidades) que como se sabe, buscan estar desvinculados del centro

¹⁸ CALABRESI, G. 1961. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. Yale Law Journal 70(4): p. 499.

¹⁹ ROEMER, A. 2008. Introducción al análisis Económico del Derecho. México D.F., Fondo de Cultura Económica, pp. 5-40.

²⁰ Un estudio sobre la evolución del movimiento del Análisis Económico del Derecho, en MERCURO, N. y MEDEMA, S. 1999. Economics and the Law. From Posner to Post- Modernism. New Jersey, Princeton University Press. Una síntesis que distingue el “viejo” del “nuevo” Análisis Económico del Derecho, en sus variables institucionalista, conductista, experimental y empírica, en CABRILLO, F. y ALBERT, R. 2011. El análisis económico del Derecho en la encrucijada. Ekonomiaz (77): pp. 200-221.

²¹ CORDERO, L. y GARCIA, J. 2012. Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias. Santiago, Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales, pp. 415-435.

administrativo, y por eso son denominados “acentralizados”; (iv) agencias independientes, variable contemporánea que progresivamente ha ido siendo reconocida como categoría de clasificación de determinadas figuras administrativas” y (v) personas jurídicas de Derecho privado (corporaciones o fundaciones) previa autorización legal cuando requieren llevar a cabo actividades que no forman parte de la función pública específica y no ejerzan potestades públicas”²².

El diagnóstico de los profesores Cordero y García sostiene que existen dos principios fundamentales que deben modelar la actuación de cualquier agencia regulatoria:

a) Principio de legitimidad procedimental, referido al mandato legal de la agencia, el sometimiento a las normas del debido proceso y *accountability* (control y contrapesos);

b) Legitimidad sustantiva, en términos de exhibir estándares de experticia y conocimiento técnico, unida a eficacia y eficiencia. Si el equilibrio entre ambos principios no se logra, entonces el diseño institucional puede generar fallas y eventuales pérdidas de bienestar social.

También en el medio nacional, el profesor Diego Pardow ha estudiado algunos problemas referidos a modelos de agencias, sus clasificaciones y sus sistemas de coordinación. Por ejemplo, estima que algunas agencias pueden ser reguladores prudenciales o reguladores conductuales, basándose en el hecho que es “(...) la regulación prudencial, donde el regulador se preocupa del mercado bajo su supervisión en términos sistémicos; y una regulación conductual, donde el regulador se preocupa de que las transacciones en ese mercado cumplan ciertos estándares sustantivos de equidad y honestidad”.

Como se ha expresado, existe una arquitectura conceptual, en parte arraigada en las relaciones que existen entre el Derecho y la Economía, que ha sido recogida en la práctica regulatoria y en algunas fuentes legislativas, y que paulatinamente ha ido modelando el modo de actuar del Estado, y por consiguiente del Derecho Administrativo Regulatorio. Debe entenderse que el modo de implementar la regulación económica por parte del Estado

²² CORDERO, L. y GARCIA, J. 2012. Ob. cit. p., 419

es precisamente a través del Derecho Administrativo, y por tanto éste ha ido permeando alguna de estas categorías conceptuales específicas, sin que en el medio nacional se haya recogido sistemáticamente esa influencia. Tales categorías provienen de la teoría regulatoria, tales como elección racional, costo–beneficio, eficiencia y paternalismo, y paulatinamente han sido incorporadas al proceso de diseño de regulaciones y participación ciudadana en el Derecho Comparado. Para ello, es conveniente reseñar de qué forma esta arquitectura conceptual puede ser útil para fundar la propuesta de esta tesis. Finalmente, la autora holandesa Anettej Ottow²³, sostiene que cualquiera sea el tipo o estructura de ellas, las agencias de mercados o competencia deben enfrentar ciertos dilemas. Para enfrentar estos dilemas, sostiene Ottow, estas agencias deben aprender a equilibrar circunstancias objetivas del problema, pero también los intereses de grupos, estándares éticos y consideraciones generales presentes en la sociedad. Desde este punto de vista, Ottow sostiene que la decisión de una agencia trasciende la ponderación técnica o de expertos, y por tanto esas consideraciones adicionales suelen ser relevantes, como un complemento del fundamento técnico de la decisión. Ottow plantea que el verdadero dilema regulatorio significa que las agencias están continuamente expuestas a la presión cuando deciden intervenir o abstenerse. En este sentido, Ottow afirma que la decisión de intervenir está matizada por la presión de los “*stakeholders*” que muchas veces confrontan esas posiciones con el interés público. Por ello, ejemplifica Ottow, que la labor del encargado de una agencia reguladora es una permanente “caminata en la cuerda floja” para resolver este dilema, que se manifiesta en cuatro grandes cuestiones que resolver: confianza versus desconfianza; cooperación versus castigo; transparencia versus confidencialidad; eficiencia versus minuciosidad²⁴.

5. Objetivos

Como objetivo general, la tesis pretende construir una perspectiva teórica acerca del modelo de agencias reguladoras en Chile, a través de la aplicación de algunas estructuras

²³ OTTOW, A. 2015. Market Competition Authorities. Good agency principles. Oxford, Oxford University Press.

²⁴ OTTOW, A. Ob. cit., p. 58

conceptuales del Análisis Económico del Derecho al Derecho Administrativo. Como objetivos específicos, la tesis pretende:

i. Describir y analizar el modelo actual de agencias reguladoras en el sistema chileno, y contrastar este diseño institucional con experiencias relevantes de otros Estados.

ii. Analizar si la aplicación de una perspectiva fundada en criterios de análisis económico del derecho favorece una mejor comprensión del quehacer regulatorio de entidades chilenas.

iii. Explorar las relaciones existentes entre algunos aspectos de la teoría organizacional con el Derecho, y si esa conexión genera mejores insumos conceptuales que puedan integrarse a los estudios jurídicos.

iv. Analizar el caso de específico de la regulación y supervisión del Mercado de valores en Chile, en especial el modelo de superintendencia, y su tránsito a un sistema de Comisión para el Mercado Financiero. Para ello, se reseñan algunos antecedentes de la formación de la Comisión de Mercado Financiero en Chile, y la forma como ha recogido estas aportaciones conceptuales.

6. Estructura del texto

El texto se estructura en cuatro capítulos. El primero se denomina “La cuestión sobre el modelo de agencias”. En este capítulo se establece de un modo general, una aproximación a los temas fundamentales que implica el análisis de agencias reguladoras, desde el punto de vista del derecho. Para ello, el texto expone un panorama conceptual breve, algunas clasificaciones y los fundamentos teóricos que fundan la decisión de crear, organizar o reformar estas entidades. Enseguida, el capítulo analiza la expresión “modelo de agencia reguladora” y estudia algunos ejemplos en el Derecho Comparado. Posteriormente, el texto el concepto de “diseño institucional” y esboza los principios que deben regir la estructura y potestades de las agencias reguladoras, no sin antes exponer un bosquejo general del esquema organizativo de estas entidades en el Derecho chileno.

El segundo capítulo se titula “¿Cómo el Análisis económico del Derecho puede contribuir a la configuración de un modelo de agencias?”. En esta parte del texto, se intenta explicar, de una forma general, la evolución que el Análisis Económico del derecho ha tenido –desde su etapa fundacional hasta el periodo conductual– en cuanto enfoque o perspectiva relevante en el pensamiento jurídico del siglo veinte. Del mismo modo, esta parte del trabajo esboza cómo esta perspectiva puede ser funcional para una comprensión actual del rol de las agencias, y la forma como su diseño –estudiado a partir de ciertas categorías conceptuales– puede contribuir a un mejor estándar de eficiencia de mercados y protección de usuarios y consumidores.

Por su parte, el capítulo tercero se llama “En la búsqueda de modelos y soluciones óptimas”. En esa sección del texto, se pretende responder algunas preguntas, algunas de ellas referidas a la posibilidad de encontrar un modelo óptimo de agencias y sus elementos teóricos; en su defecto, el trabajo estudia la forma de acercarse a la segunda mejor alternativa, como una opción próxima a la realidad de la práctica institucional y regulatoria. En este sentido, el texto propone el uso de algunos tests para poder optimizar esa búsqueda. Del mismo modo, el capítulo discute sobre la posibilidad de avanzar en la transformación del modelo de superintendencias chileno hacia Comisiones independientes, conectándolo con los desafíos que plantea para nuestro país el Informe sobre política regulatoria, de la OECD, del año 2016.

Finalmente, el capítulo cuarto lleva por título “¿Cómo armonizar la noción de Estado Regulador y los modelos de agencias para nuevos desafíos?”. Este capítulo busca insertar la problemática del estudio de agencias reguladoras en una concepción actual sobre el estado regulador. Para estos efectos, el capítulo explora la evolución del Estado regulador” tanto en Chile como en Estados Unidos y Europa, identificando los elementos que vinculan a esta noción con el estudio de agencias reguladoras. Finalmente, el capítulo estudia el modo como las crisis económicas –varias de ellas de impactos globales han afectado la noción de estado regulador, el desempeño de agencias y el diseño de instrumentos regulatorios, en su gran mayoría de carácter macroprudencial.

CAPÍTULO PRIMERO

LA CUESTIÓN SOBRE EL MODELO DE AGENCIAS

1. Cuestiones previas

Una determinada concepción sobre el Estado Regulador tendrá injerencia en la respuesta que, en términos institucionales, quiera darse a un determinado problema de política pública, o bien cierta falla de mercado. Es decir, la noción que se implemente acerca del estado regulador influirá en el específico modo de dar respuesta a esas interrogantes institucionales en diversos mercados, conforme a una política regulatoria sustentada en principios jurídicos.

Solanes Mullor afirma que la noción de Estado regulador ha resultado nuclear para la reflexión sobre determinados modelos de entidades de supervisión y regulación de mercados, en especial aquellas que son denominadas “administraciones independientes”. La discusión, señala este autor, tiene elementos aportados por la ciencia económica y por la ciencia política y jurídica anglosajona.²⁵ Como se analizará posteriormente, esta noción reconoce antecedentes en la expresión anglosajona “*Regulatory State*”²⁶, la cual es amplia en su contenido, y que se caracteriza por una estructura de instituciones que operan como un brazo articulado de los gobiernos, pero aislados de la presión política cotidiana, y estructurando sus decisiones con expertiz técnica. Del mismo modo, puede ser entendido

²⁵ SOLANES MULLOR, J. 2016. Administraciones Independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público Español. Madrid, Congreso de los Diputados, p.75.

²⁶ MORAN, M. 2001. The rise of the Regulatory State in Britain. *Parliam Aff* 54 (1): 19-34.

como una aproximación a la gobernanza sustentada en criterios económicos, en la cual se aprecia un gran énfasis en la autorregulación²⁷.

En Europa, la noción de Estado Regulador tuvo una recepción dubitativa durante los primeros años de la década noventa, pues el núcleo privatizador y delegador de funciones que sirve de contenido a esta expresión, resultaba ajeno al rol benefactor keynesiano que caracterizó al estado europeo de la posguerra. En ese contexto de actuación dinámica del Estado, la “europeización” de las políticas económicas, fundada en una creciente interdependencia de las decisiones nacionales con las de la Unión, fueron generando una reorientación del modelo original hacia un paradigma de contenido más específico. Así, la Unión Europea fue incrementando su influencia en la determinación de contenidos de normas y de procedimientos regulatorios²⁸. Atendida esta recepción que el Derecho Europeo fue implementando de estas categorías conceptuales, entonces se justifica la necesidad de explorar la posibilidad de una “reorientación,” “reconfiguración” o “nuevo arreglo” que resultan importantes para el desarrollo de esta exposición, según se tratará. Una reconfiguración, ciertamente se justifica en un contexto de transformaciones intensas que ha experimentado el Estado y el Derecho, en la forma de un “destacado aumento del protagonismo de los particulares en la gestión de los asuntos públicos; protagonismo que está haciendo necesario, a modo de compensación, un reforzamiento de la idea de interés general como idea legitimadora de la actividad estatal ante la dificultad, por no decir imposibilidad, de su gestión por la sociedad actual. Idea legitimadora de la actividad estatal que se intenta hacer valer a través de la consideración del Estado como un “Estado garante”, como un “Estado regulador” o, más recientemente, como un “Estado estratega”²⁹.

Por otro lado, en los Estados Unidos, la expresión “*Administrative State*” ha sido tratada como un antecedente evolutivo del Estado Regulador; en esa lógica, un sentido amplio la noción aparece como “una red entrelazada de relaciones entre organismos, en la que la influencia que las agencias tienen entre sí puede ser tan importante como su dirección

²⁷ DUBASH, N. y MORGAN, B. 2012. Understanding the rise of the regulatory state of the South. *Review Regulation & Governance* 6: pp. 261-281.

²⁸ MAJONE, G. 1997. The Agency Model: The Growth of Regulation and Regulatory Institutions in the European Union. *EIPASCOPE* (3): pp. 1-6; MAJONE, G. 1998. The Regulatory State and its Legitimacy Problems. *Political Science Series* 56: pp. 1-22.

²⁹ CARRO FERNANDEZ, J. 2014 Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública, Madrid* (193): pp. 11-44.

por parte de los poderes ejecutivo y legislativo”³⁰. Conforme a esta definición, es que dicha red genera un incremento en las dificultades que supone la actividad reguladora para las autoridades.

En el fondo el asunto consiste en indagar la forma en que se puede construir una estructura dogmática sobre los temas básicos que procuren una mejor aproximación a las formas jurídicas que deban adoptar entidades públicas supervisoras y reguladoras de mercados. Como afirma James Landis en su famoso reporte al entonces Presidente electo John F. Kennedy, “(...) no existe solución única que pueda ser proyectada para los problemas comunes a todas las agencias reguladoras”³¹.

Considerando esta primera aseveración, parece oportuno anticipar el planteamiento de una de esas opciones: la respuesta jurídica que trata de solucionar el problema del modelo adecuado de agencia debiera ser construida conforme a un determinado funcionamiento de mercados, atendiendo a las peculiaridades de cada uno.

Por ejemplo, un modo específico de enfrentar el problema pasa necesariamente por preguntarse si en la gran mayoría de los casos, es la llamada *Commission* la mejor solución institucional a los problemas de política pública.

El estudio de las agencias reguladoras y supervisoras es similar a un mar de preguntas. La literatura es abundante, pero a la vez interdisciplinaria, dividiéndose los autores entre científicos políticos, economistas, juristas y también sociólogos. Esta dispersión de enfoques que presenta la literatura, también se replica en las áreas geográficas en las cuales se elaboran los estudios. Por ello, la selección de textos que permiten el estudio de modelos de agencias resulta una tarea ardua. La exploración de diversos tipos de entidades reguladoras de mercados suele emplear una metodología que se avoca a la recolección de información, la cual una vez sistematizada, puede generar esquemas de comparación. Tal es el caso, por ejemplo, de un modelo propuesto por Verhoest et al. (2010) aplicado a Noruega,

³⁰ BRADLEY, K. 2011. The design of Agency Interactions. Columbia Law Review 111(4): pp. 745-794. El texto es: “(...) an interlocking web of relationships between agencies, in which the influence that agencies have on each other may be as important as their direction by the executive and legislative branches”.

³¹ LANDIS, J. 1960. Report on Regulatory Agencies to the President Elect. La frase es: “there is no single solution which can be projected for problems common to all regulatory agencies”.

Irlanda y Flanders, y que está basado en aspectos de teoría organizacional y técnicas estadísticas³².

Por ello, las preguntas acerca de qué tipo de solución institucional se requiere, constituyen básicamente una reflexión sobre infraestructura orgánica jurídica, cuyo análisis requiere un soporte conceptual definido.

2. Los temas fundamentales y conceptos

El examen de la literatura revela ciertas bases comunes que se repiten en el tratamiento de diversos tipos y clases de agencias.

Un listado de temas fundamentales sobre estas materias debe incluir, entre otros, su conceptualización, las teorías que explican su existencia; la decisión de crearlas o reformarlas; el modelo; el diseño; los principios que las rigen; los poderes o facultades; el *enforcement*; la evaluación de sus productos normativos o decisionales, y la revisión judicial. Ciertamente, el concepto fundamental del cual se ocupa el trabajo, es precisamente el de agencia.

³² VERHOEST, K. et al. 2010. *Autonomy and Control of State Agencies*. Londres, Editorial Palgrave MacMillan, pp. 5-6. El test consiste en las siguientes preguntas: **Descripción de agencias:** ¿En qué medida son agencias creadas por los tres estados, en que forma, conforme a que estatus legal, y en qué aspecto de política pública actúan? ¿Que tareas desarrollan? ¿Cómo se produce la creación de otras agencias en el tiempo?; **Comparación entre Estados:** ¿Muestran estas agencias en general, o con características similares, en los tres estados, niveles similares o disimiles y patrones de autonomía, control y administración interna? ¿Coinciden esos patrones con las características del tipo NPM? ¿Cómo pueden la similitud o divergencia de niveles o patrones de autonomía control y administración interna ser explicados en razón de sus características político-administrativas de cada país?; **Comparación de agencias:** ¿Qué tipo de características (tales como roles o tamaños) influyen en el nivel y patrones de autonomía y control de agencias en general? ¿Qué tipo de características influyen en la administración interna de las agencias en general? En qué medida el nivel de autonomía y control afecta la administración interna (empleo de técnicas de gestión)?; **Autonomía, control y administración interna:** ¿De qué modo las características de una agencia interactúan con las categorías estatales de autonomía, control y administración interna? ¿Qué perspectiva teórica tiene la respuesta más robusta con respecto al nivel de autonomía, control y administración interna en los tres países?.

2.1. ¿Qué es una agencia?

La expresión “agencia reguladora” es una combinación de dos términos: agencia y regulación. Según el Diccionario de la RAE, y en la acepción que trata este trabajo, la palabra “agencia” significa “organización administrativa especializada a la que se confía la gestión de un servicio”³³.

Nótese que la Academia Española sitúa la voz “agencia” en el ámbito de una “organización.” Respecto de la palabra “reguladora”, el referido diccionario establece, como adjetivo, aquello “que regula”, y luego, la califica como “mecanismo que sirve para ordenar o normalizar el movimiento o los efectos de una maquina o de alguno de los órganos o piezas de ella”³⁴.

En la lengua inglesa, la expresión “*agency*” es tratada, en términos generales como “una persona u organización actuando en nombre de otra, o proveyendo un servicio particular”; de un modo más particular, se refiere a una “entidad de negocios u organización que provee un servicio particular o negociaciones sobre transacciones en nombre de una persona o grupo”.

En relación a la acción o conducta de una agencia, gramaticalmente el idioma inglés entiende que se trata de “capacidad o habilidad para actuar o ejercer un poder; trabajo activo u operación; acción, actividad,” o bien “acción o intervención que produce un efecto particular: medios, instrumentos, mediación”³⁵. El Black’s Law Dictionary indica que es una “institución gubernamental que posee la autoridad para implementar y administrar legislación particular” y agencia independiente, como “agencia federal, comisión o consejo que no está bajo la dirección del Ejecutivo”³⁶.

³³ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, vigésimo tercera edición [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=14eCida>> [consulta: 11 enero de 2018].

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ El texto original es: “(...) a person or organization acting on behalf of another, or providing a particular service”, pero de un modo más específico, se refiere a “(...) a business, body, or organization providing a particular service, or negotiating transactions on behalf of a person or group”; “(...) ability or capacity to act or exert power; active working or operation; action, activity”, “(...) action or intervention producing a particular effect; means, instrumentality, mediation”.

³⁶ GARCIA, J.F. y VERDUGO, S. 2010. De las Superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio. Revista Actualidad Jurídica. N° 22: p. 267, nota 14.

En general, como en gran parte de los trabajos sobre Derecho de la Regulación Económica, se aprecia una vasta dispersión conceptual sobre esta voz, y en la especie, el de agencia regulatoria. La doctrina también emplea la voz “*regulatory body*” para referirse a un “ente regulador”, “órgano regulador”, u “organismo regulador.” Como reseña David Levi-Faur, “(...) una agencia reguladora es una organización pública no departamental, principalmente involucrada con la creación de reglas, la cual puede ser responsable de la fiscalización de actos, adjudicación y ejecución”³⁷.

Esta pluralidad de denominaciones se debe a que las agencias gubernamentales reguladoras han tenido una gran expansión global durante los últimos veinte años. Prueba de ello, es que, en la doctrina, fundamentalmente europea, se emplea la expresión “*agencification*”³⁸ para describir este fenómeno.

Otros autores afirman que “(...) estas entidades están situadas normalmente en el poder ejecutivo de los gobiernos, y usualmente se carga sobre ellas los detalles del día a día de la administración. Las agencias son creadas y les son asignadas tareas específicas por la legislatura. Llevan a cabo estas tareas tomando decisiones de diversos tipos y supervisando los procedimientos por los que se llevan a cabo las decisiones”³⁹.

Sin embargo, merece destacarse uno de los conceptos que, a mi juicio, contiene los elementos esenciales que caracterizan al objeto de estudio denominado “agencia”. Se trata de uno propuesto en el trabajo conjunto de los autores Koen Verhoest, Paul Roness, Barm Verschuere, Kristin Rubecksen y Miuris MacCarthaigh⁴⁰. Este concepto, que trata las agencias como un tipo específico de organizaciones pertenecientes al sector público, varía considerablemente a través de diversas culturas nacionales y organizacionales, sistemas

³⁷ LEVI FAUR, D. 2011. Regulation and Regulatory Governance. En: LEVI-FAUR, D. Handbooks on the Politics of Regulation (Edit). Cheltenham, Edward Elgar, p. 3. La frase es: “(...) a regulatory agency is a non-departmental public organization mainly involved with rule making, which may also be responsible for fact monitoring, adjudication, and enforcement”.

³⁸ Por ejemplo, documentos de la OECD que emplean desde principios de la década 2000 la expresión. Así, BEBLAVI. M. 2002. Understanding the waves of agencification and the governance problems they have raised in Central and Eastern European Countries, Paris, OECD, Publications Service.

³⁹ FOX, W. 2000. Understanding Administrative Law. Danvers, Matthew Bender & Company.

⁴⁰ VERHOEST, K. et al. 2010. Autonomy and Control of State Agencies. Londres, Editorial Palgrave MacMillan, pp.17 y ss.

legales y sistemas políticos. Estos autores, tomando como base los clásicos artículos de Pollit y Talbot,⁴¹ establecen los caracteres fundamentales de estas entidades.

Así, plantean que “(...) son órganos de derecho público, que tienen alguna capacidad de decisión autónoma conforme a su estatuto de gestión, estructuralmente desagregados de otras organizaciones o unidades dentro de un departamento específico, que se encuentran formalmente al menos bajo el control de algunos ministerios, teniendo alguna expectativa de continuidad en el tiempo y acceso a recursos personales y financieros”⁴².

Por su parte, el profesor Michael Asimow ha empleado el término agencia en aquel sentido en que se atribuye en el Derecho de Estados Unidos, esto es, aquella “unidad de gobierno (distinta a una Corte o una legislatura) dotada de una delegación de poder que puede afectar derecho y obligaciones a través de generación de reglas, adjudicación, o funciones similares. Este término –señala Asimow– comprende otras unidades de gobierno denominadas con diversos títulos empleados alrededor del mundo, incluidos ministerios y departamentos.”⁴³

Tanto la definición de Verhoest et al. como la de Asimow coinciden en caracterizar a estas entidades en su condición de órganos de derecho público, o bien unidades de gobierno. Mientras que para Asimow el núcleo central de la actuación de agencias es la delegación de poderes, dictar reglas y ejercer funciones de adjudicación administrativa, Verhoest y sus coautores destacan una relativa capacidad de autonomía, al considerar a estas unidades como orgánicamente desagregadas dentro de otra unidad. Asimow, siguiendo un definido rasgo de la doctrina de los Estados Unidos sobre esta materia, distingue expresamente que una agencia no es tribunal o un órgano legislativo, pero sí es una entidad que, en virtud de ciertas competencias atribuidas, puede dictar reglas que afecten la conducta de los agentes que han sido sometidos a su ámbito normativo.

La expectativa de continuidad en el tiempo, señalada por Verhoest, parece indicar que, en cada agencia existe el germen de su reforma, o bien la capacidad de poder ser

⁴¹ POLLIT, C. 2004 Theoretical Overview. En: POLLIT, C. y TALBOT, C (Eds). *Unbundled Government: A critical Analysis of the Global trend to agencies, quangos and contractualisation*, Londres, Routledge.

⁴² VERHOEST, K. et al. 2010. *Ob. cit.* pp.17 y ss.

⁴³ ASIMOW, M. 2015. Five Models of Administrative Adjudication. *The American Journal of Comparative Law* 63: pp. 3-32.

adaptada a las variaciones que experimenten los mercados que esta supervisa. Así, tal vez en el propio acto de creación de la agencia subyace la pregunta acerca de hasta cuándo subsistirá su diseño original.

En la doctrina nacional, el profesor Arturo Irarrázaval, en su obra “Diccionario Jurídico Económico”, distingue los conceptos de “agencia administrativa”, “agencia estatal”, “agencia regulatoria” y “agencia independiente”⁴⁴.

También en el ámbito nacional, no es usual encontrar menciones jurisprudenciales sobre la expresión “agencias reguladoras” o similares, salvo en fallos, por ejemplo, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC)⁴⁵. Hay, también, algunas sentencias que emplean la expresión en casos referidos a protección de derecho de la salud.⁴⁶ Un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, pronunciándose sobre un recurso de protección

⁴⁴ IRARRAZAVAL, A. 2012. Diccionario Jurídico-Económico. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 52

En relación al primer concepto –agencia administrativa o *administrative agency*– el profesor Irarrázaval estima que se trata de una “subdivisión, generalmente dependiente o con cierta independencia del Poder, encargada de regular o implementar leyes regulatorias”. Enseguida, el mismo texto establece que “agencia estatal” o “*state agency*” son “entidades de Derecho Público facultadas para ejercer potestades administrativas, nacida para el cumplimiento de los programas de políticas públicas que desarrolla la Administración del Estado en el ámbito de sus competencias”. Luego, este diccionario establece que “agencia regulatoria” o *regulatory agency* es una “autoridad gubernamental que tiene como función el control de ciertas actividades económicas. Sus funciones son parecidas a las superintendencias”. Y finalmente, por “agencia independiente” o *independent agency*, el texto explica que se trata de una “agencia gubernamental a cargo de ciertas áreas de la actividad económica para los efectos de su fiscalización, independiente del Poder Ejecutivo”. Nótese que el profesor Irarrázaval asimila o aproxima el concepto de “regulatory agency” al de superintendencias chilenas.

⁴⁵ En una prevención, en el caso Condominio Campomar con Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquen, Sentencia 140/2014, del TDLC, la Ministro Domper y el Ministro Menchaca, señalaron: “Que estos problemas han sido reconocidos en el derecho y la jurisprudencia comparados. Así, en el derecho de los Estados Unidos de Norteamérica se sostiene que, salvo en el caso de los mercados regulados, se debe dejar que el mercado fije sus precios libremente y no sólo para evitar que las agencias de competencia se conviertan en reguladores de precios, sino también por la convicción de que modelos dinámicos de análisis de mercado reconocen que los esfuerzos por convertirse en monopolio para poder cobrar precios mayores son un importante motor de la innovación y de los esfuerzos por reducir costos. La jurisprudencia de dicho país ha sido clara al respecto al señalar que “[e]stablecer un precio elevado puede ser una forma de utilizar un poder monopólico, pero no es en sí anticompetitivo (...). La supervisión Judicial de las políticas de precios ubicaría a la Cortes en un papel similar a aquél de una Comisión reguladora pública (...) (B.P., I. v Eastman Kodak Co 603 F 2d 263, 294 (2nd Cir 1979))”

⁴⁶ Rol 21.331/ 2011, Sentencia de 9 de Marzo de 2012, donde la Corte Apelaciones de Santiago, pronunciándose sobre Recurso de Protección indica “(...) que por tal motivo, dicho fármaco es recomendado por la FDA y EMEA (agencias regulatorias de USA y Unión Europea), de manera clara y categórica, con nivel de evidencia 1”.

acerca de la administración de la vacuna para prevenir el virus “papiloma humano” hace alguna referencia al concepto⁴⁷.

2.2. Algo de historia

El proceso evolutivo en la creación e implementación de estas entidades ha sido tratado en diversos textos. En variados proyectos de reconstrucción histórica de estas entidades, se puede apreciar que la llegada de la Revolución Industrial generó importantes cambios sobre la concepción del gobierno y el modo de intervenir en diferentes áreas de impacto económico y social. En especial, señalan algunos autores en Estados Unidos, que las actividades de transporte y comunicaciones acercaron las costas de ese país, haciendo el comercio más expedito, entre diversas ciudades y estados. El transporte, en especial el ferrocarril, dio a los granjeros y agricultores acceso a mercados que antes no resultaban cercanos. Sin embargo, los altos precios que cobraba el ferrocarril generaron que ese rubro comenzara a obtener ganancias excesivas debido a su carácter monopólico. Ello llevó a que se iniciaran los primeros esfuerzos para regular la actividad de transporte, lo que motivó la creación en el año 1887 de la *Interstate Commerce Commission* (ICC), la cual se convirtió en la primera entidad regulatoria que se avocó a una necesidad nacional, y que fue disuelta en el año 1996⁴⁸. La creación de esta agencia es valorada como un hito significativo en la

⁴⁷ Rol 6743-2016, Corte de Apelaciones de Valparaíso, fallo de Ministros María Angélica Repetto, Max Cancino y Rosario Lavín, rechazando la acción, razonaban : “12.- Postula que acerca de evidencia científica, la vacuna tetravalente (Gardasil c) contra infecciones por los tipos 6, 11, 16 y 18 de los virus papiloma humano se ha aprobado para su uso en 138 países y está incluida en los programas nacionales de inmunizaciones de 66 países, lo que deja en evidencia la seguridad y eficacia del producto utilizado en Chile. Refiere a estudios de aprobación de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y por parte de **las agencias reguladoras**, lo que se ha visto corroborado por múltiples estudios realizados. 13.- El 5 de noviembre 2015, una revisión de la EMA (*European Medicines Agency*), concluye que la evidencia no avala que las vacunas contra el VPH causen el Síndrome de Dolor Regional Complejo (CRPS, por su sigla en inglés) o Síndrome de Taquicardia Postural Ortostática (POTS, por su sigla en inglés), ambas enfermedades muy raras y recientemente descritas como asociadas a medicamentos o a sales de aluminio”.

⁴⁸ ROGERS, J.; HEALY, M. y KROTOSZYNSKI, R. 2003. *Administrative Law*. New York, Aspen Publishers, pp. 285 y 286.

evolución de estos cuerpos, lo que produjo, a la vez, un progresivo crecimiento en el número de estas entidades⁴⁹.

Por su parte, Schwarz, Corrada y Brown (2006) proponen una periodificación en la evolución del rol de agencias en la que se distinguen las siguientes etapas:

- i. Primera etapa. Llamada “Primer siglo”, y transcurre desde la dictación de la Constitución de los Estados Unidos hasta inicios de la revolución industrial (1760–1840);
- ii. Segunda etapa. Una segunda etapa, que denominan “Período de reforma”, transcurriría desde la Revolución Industrial hasta la creación de la gran mayoría de las agencias en ese país, tales la *Federal Reserve Board* (1913); *Federal Trade Commission* (1914); *the Tariff Commission* (1916); *the Water Prover Commission* (1920); *the Commodities Exchange Authority* (1922); *the Federal Radio Commission* (1927); *the Federal Power Commission* (1930); *Food and Drug Administration* (1931); *Federal Home Loan Bank Board* (1932). Con el New Deal del Presidente Franklin Delano Roosevelt en 1932, se incrementó el número de comisiones con el carácter inicial de independientes, tales como *Federal Deposit Insurance Corporation* (1933); *Farm Credit Administration* (1933); *Federal Communications Commission* (1934); *Securities and Exchange Commission* (1934);

⁴⁹ SCHWARZ, B.; CORRADA, R. y BROWN, J. 2006. *Administrative Law. A Casebook*, New York, Aspen Publishers, p.15. Estos autores reproducen un esquema contenido en el texto del profesor K. Warren, llamado “Administrative Law in the Political System” (4th ed, 2004) la que denomina “Tabla de James Q. Wilson sobre los Cuatro Periodos de crecimiento burocrático”. Esta tabla fue desarrollada en un trabajo de Wilson denominado “The Rise of the Bureaucratic State”, publicado en *The Public Interest*, N° 41 en 1975, pero ha sido posteriormente adaptada. La tabla se denomina “James Q. Wilson’s Four Periods of Bureaucratic Growth”, y se centra en tres criterios: periodo, el enfoque y las normas que se aprobaron en ese periodo. (1) 1887–1890: El enfoque fue el control de monopolios y tasas, y las leyes aprobadas fueron *Interstate Commerce Act*, *Sherman Act*; (2) 1906–1915: El enfoque fue la regulación de calidad de productos y las leyes aprobadas fueron: *Pure Food and Drug Act*; *Meat Inspection Act*; *Federal Trade Commission Act*; *Clayton Act*; (3) 1930–1940: El enfoque fue extender la regulación para cubrir varias áreas socioeconómicas, en especial nuevas tecnologías. Las leyes aprobadas fueron: *Food, Drug and Cosmetic Act*; *Public Utility Holding Company Act*; *National Labor Relations Act*; *Securities and Exchange Act*; *Natural Gas Act*; (4) 1960–1979: El enfoque fue expandir la regulación para hacer de Estados Unidos un país más limpio, saludable, seguro y grato para vivir y trabajar. Las leyes aprobadas en este periodo son: *Economic Opportunity Act*; *Civil Rights Act* de 1960, 1964 y 1968; *National Environmental Policy Act*; *Clean Air Act*; *Occupational Safety and Health Act*; (5) 1978–1993: El enfoque fue la desregulación como movimiento reactivo a la sobre expansión burocrática. Las leyes aprobadas fueron: *Paperwork Reduction Act*; *Air Deregulation Act*; *Radio and TV Deregulation*; *Banking Deregulation*.

National Labor Relations Board (1935); *the Bituminous Coal Commission* (1935); *Federal Maritime Administration* (1936); *Civil Aeronautics Board* (1938).

iii. Tercera Etapa. Una tercera etapa llamada “*The New Reform*”, en que a partir de los años sesenta el modelo vuelve a un “*accountability*” estricto y el Congreso de los Estados Unidos retoma la idea de crear agencias unipersonales y no de administración colegiada. Dentro de esas agencias llamadas “*single-headed*”, destacan: *Federal Highway Administration* (1966); *Federal Railroad administration* (1966); *National Highway Transportation Safety administration* (1970); *Occupational Safety and Health Administration* (1970); *Mine Enforcement and Safety administration* (1973). También, el Congreso creó en esa época algunas agencias denominadas “*free – standing agencies*” tales como: *Environmental Protection Agency* (1970); *National Credit Union Administration* (1970); *Equal Employment Opportunity Commission* (1972).

iv. Cuarta etapa. Según estos autores, habría, además, una cuarta etapa que denominan “*Modern trend: Independent Accountability?*”

Como señala un antiguo texto, se ha estimado que el desarrollo más relevante en la evolución del gobierno de los Estados Unidos desde inicios del siglo XX, ha sido la multiplicación de agencias administrativas y la gran extensión que, junto a ellas, se ha implementado de poderes y facultades.

Según señala otro autor, “muchas de esas actividades son ejecutivas, término que puede ser usado para describir todas las acciones de un gobierno que no son legislativas o judiciales”⁵⁰. Adicionalmente, también se ha afirmado que “la proliferación de las agencias estatales es impresionante. En varios estados, hay incluso sesenta o setenta agencias independientes que crean reglas y efectúa actos de adjudicación casos que afectan en múltiples formas la vida, salud, fortuna, seguridad, trabajo y los negocios de millones de ciudadanos. Una estimación conservadora puede llegar a más de dos mil agencias administrativas ejerciendo funciones legislativas y también judiciales”⁵¹.

⁵⁰ NELSON, D. 1964. *Administrative Agencies of the U.S.A Their decisions and authority*. Detroit, Wayne University Press, p. 5

⁵¹ COOPER, F. 1965. *State Administrative Law*. Indianapolis, The Bobbs Merrill Company, p. 2. Una cita reveladora de este autor da cuenta de la proliferación de agencias y como el fenómeno es percibido por la

Es claro que la importancia que la doctrina jurídica comienza a otorgar al estudio de agencias reguladoras tiene sus raíces en la época del *New Deal*, tanto desde el punto de vista de “*bureaucracy*” en general, y luego de “*agencies*” en particular.

Ello motivó que, en la práctica, el Derecho Administrativo de los Estados Unidos fuera tornándose hacia esta noción de manera intensa. Y afirmo que tan intensa puede resultar esta relación que el texto de Strauss, Rakoff y Farina (2003) proponen un listado de las doce preguntas más frecuentes al momento de establecer los puntos centrales de la disciplina⁵².

De aquellas doce preguntas calificadas como relevantes para estos autores, seis se refieren al cometido de las agencias reguladoras, y dos se ocupan de la contribución de esta disciplina a la protección de dos bienes esenciales para el desarrollo de los mercados, como la libertad y el bienestar social.

2.3. ¿Qué caracteriza a una agencia?

Establecer las características de una agencia supone describir las calidades que deben explicitarse en la configuración de un diseño institucional específico. Se estima que las calidades de la agencia son, en realidad las condiciones o requisitos que deben cumplir los

doctrina en ese momento: “Even the briefest catalog of the principal agencies found in state governments indicates the broad areas of governmental activity committed to administrative control. In most states, agencies are depended on the supervision and regulation of agriculture (there may be five or ten agencies in this field), air pollution, banking, civil rights, civil service, conservation, corporations, some aspects of divorce law, fair employment practices, fisheries, highways, horse racing, insurance, labor, licensing (here too, a single state may have a large number of agencies determining who may engage in a wide variety of business and pursuits, from driving a car to growing Christmas trees), liquor control, mediation, occupational permits (which may be required for barbers, druggist, contractors, optometrists, peddlers, plumbers, and many other occupations) parole of prisoners, professional licensing, public health, public utilities, public welfare, railroads, revenue, securities, taxation, trucking, unemployment, un fair competition, veterans affairs, water resources, workmen´s compensation, zoning and literally dozens of other fields of activity”

⁵² STRAUSS, P.; RAKOFF, T. y FARINA, C. 2003. *Administrative Law. Cases and Comments*. Tenth edition. New York, Foundation Press, p. 8. Las preguntas son : ¿Qué es el Derecho Administrativo?; Qué son las agencias administrativas?; ¿Todo aquello que el gobierno ejecuta debe ser considerado un acto de agencias?; ¿es importante el Derecho Administrativo?; ¿ es el Derecho Administrativo solamente política con otro nombre?; ¿cómo están organizadas las agencias administrativas?; ¿cómo hacen su trabajo las agencias administrativas?; ¿como dictan regulaciones las agencias administrativas? ; ¿cómo deciden los casos las agencias administrativas?; ¿cómo contribuye el Derecho Administrativo al bienestar social?; ¿cómo contribuye el derecho administrativo a la libertad?; ¿como contribuye el derecho administrativo a la justicia social?.

candidatos o los integrantes del cuerpo directivo de ellas, pues en la práctica esas condiciones edifican la cultura organizacional de la entidad.

Para el Derecho, esto resulta importante, pues es la ley la que establece los requisitos de acceso, permanencia y remoción de los integrantes de estas entidades. Colaboran en ese proceso los órganos –públicos o privados– que se encargan de seleccionar a los candidatos, para que luego estos sean sometidos a los procedimientos de legitimación, a través de controles técnicos o políticos. Sin embargo, es posible en abstracto, establecer esas cualidades o características, o deseables en la integración y la performance de una agencia reguladora. Así, por ejemplo, un documento institucional europeo⁵³ reseña en forma esquemática cuales debieran ser las características fundamentales de una agencia. Como no se trata de un listado ideal, al menos proporciona un lineamiento básico que permite poner de relieve algunas cualidades que debieran observar los reguladores. En tal sentido, este reporte señala que las agencias reguladoras debieran exhibir características tales como: (a) competencia; (b) conocimiento; (c) habilidad; (d) actitud; (e) auditoría; (f) atención al cliente. Más adelante se analizará por qué el influjo de ciertas concepciones neo liberales, tienden a asumir una categorización de “cliente” hacia el destinatario que, en la práctica es un ciudadano que busca el acceso a ciertos servicios o prestaciones, al que estimo podría llamarse más propiamente “usuario”⁵⁴.

⁵³ International Atomic Energy Agency. 2013 Managing Regulatory Body Competence; Safety Reports Series 79, Vienna [en línea] <http://www-pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/Pub1635_web.pdf> [consulta: 11 enero 2018].

Entre los conceptos que indica, destacan: “(a) **Competence** is the combination of knowledge, skills and attitudes (KSAs) needed by a person to perform a particular job. All three are important and interrelate; (b) **Knowledge** is familiarity with something and can include facts, descriptions and information acquired through experience or education. It can refer to both the theoretical and the practical understanding of a subject; (c) **Skill** is the learned capacity to perform a task to a specified standard. (d) **Attitude** is the feelings, opinions, ways of thinking, perceptions, values, behaviour and interests of an individual which allow a job or task to be undertaken to the best ability of that individual. Attitudes cannot wholly be taught directly and are partly a consequence of the organizational culture. (e) **Audit** is a documented activity performed to determine by investigation, examination and evaluation of objective evidence the adequacy of, and adherence to, established procedures, instructions, specifications, codes, standards, administrative or operational programmes and other applicable documents, and the effectiveness of implementation. (f) **Knowledgeable customer** is a customer of services who knows what is required, who fully understands the need for the contractor’s services, and who can specify the requirements, then supervise the work and technically review the output.

⁵⁴ Por ejemplo, en Chile la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS) ha creado un Manual del Cliente. Véase en SISS. s.a. Manual del cliente [en línea] <http://www.siss.gob.cl/577/articles-8797_manual_cliente.pdf> [consulta: 11 enero de 2018].

Sólo para explicar algunas, la competencia, de acuerdo al criterio de este instrumento, debiera ser la combinación de conocimientos, habilidades y actitudes, lo cual cabe en el acrónimo KSA (*Knowledge, skills and attitudes*).

Enseguida, la extensión de la expresión “conocimientos” se explica –en el documento analizado– como la familiaridad con alguna realidad, y que incluye hechos, descripciones e información adquirida a través de la experiencia o la educación.

2.4. ¿Cómo se clasifican las agencias?

La literatura considera varios criterios para clasificar las agencias. Atendido el número de individuos que la componen, o bien los integrantes de su gobierno, estos órganos reguladores pueden ser unipersonales o colegiados. Por una parte, son agencias unipersonales aquellas cuya dirección o gobierno recae sólo en un funcionario, normalmente designado y con dependencia del poder ejecutivo. Por otra, son agencias colegiadas aquellas en que se establece la figura de un consejo, similar a un “*board*” corporativo. Alguna doctrina en Estados Unidos también ha planteado la clasificación entre Agencias primarias y Agencias Secundarias. Un ejemplo de esta distinción se encuentra en el sistema de regulación de alimentos que protege el principio de “seguridad alimentaria”. En este sentido, las agencias primarias –como la *Food and Drug Administration* (FDA)– tendría como misión principal la protección de los usuarios y consumidores; en cambio las secundarias – como por ejemplo *Homeland Security*– tendría otra asignación de funciones, pero que en determinados casos debe operar coordinadamente con la agencia primaria.

Considerando su grado de independencia, éstas pueden distinguirse entre dependientes o independientes, si se considera su mayor o menor vinculación con el poder político, respectivamente. Sobre esta distinción, señala el profesor Anthony Ogus, que las agencias dependientes “(...) son vulnerables a la presión de grupos de interés que buscan obtener ventajas privadas a partir de la formulación e implementación de instrumentos de planificación”⁵⁵.

⁵⁵ OGUS, A. 2004. *Regulation. Legal form and Economic Theory*. Portland, Hart Publishing, p. 46.

En particular, se afirma que las entidades que caracterizan la arquitectura organizacional del actual Estado Regulador son aquellas que aspiran a un grado de independencia. Ya en los años cuarenta, Robert E. Cushman comenzaba el estudio de algunas comisiones reguladoras independientes estableciendo que es tal “(...) cuando ejerce control o disciplina gubernamental sobre conductas o intereses de propietarios privados. Este control puede tomar diferentes formas y usar diferentes métodos, pero siempre está presente un elemento de coerción”⁵⁶.

En la doctrina italiana, el autor Fabrizio Gilardi afirma que las *Independent Regulatory Agencies* (IRA) “(...) son unos de los rasgos más distintivos del Estado Regulador que ha surgido en Europa desde los años 1990. Pueden ser definidas como organizaciones públicas con poderes reguladores y que no han sido elegidas por el pueblo, ni administradas directamente por funcionarios elegidos. En otras palabras, son instituciones no mayoritarias”⁵⁷. Por eso, se advierte que, “(...) en principio, la idea básica es que cuando las tareas regulatorias son desarrolladas por ministerios o comisiones dependientes del poder ejecutivo, y no por agencias independientes, el gobierno puede fácilmente influenciarlas y modificar sus decisiones *ex post*, limitando así su capacidad de compromiso con la política regulatoria”⁵⁸.

Estimo que Gilardi acierta en su descripción, pues identifica la falta de independencia con la progresiva posibilidad de captura. En Chile, el profesor Diego Pardow propone una interesante clasificación de reguladores, tomando como criterio de distinción los objetivos que persiga la entidad. Señala Pardow, basándose en una nomenclatura que proviene de la regulación financiera, que algunas agencias pueden ser reguladores prudenciales o reguladores conductuales. Esta diferencia, afirma Pardow, se sostiene en el hecho que en

⁵⁶ CUSHMAN, R. 1941. *The independent regulatory commissions*. New York, Oxford University Press, citado por MITNICK, B. 1980 *The Political Economy of Regulation*. Creating, designing and removing regulatory forms. New York, Columbia University Press, p. 8. La frase es “(...) a commission is regulatory when it exercises governmental control or discipline over private conduct or property interests. This control may take different forms and use different methods, but there is always present an element of coercion”

⁵⁷ GILARDI, F. 2004 *Institutional change in regulatory policies: regulation through independent agencies and the three new institutionalisms*. En: JORDANA, J. y LEVI-FAUR, D. (edits.) 2004. *The Politics of Regulation*. Cheltenham, Edward Elgar, p. 67.

⁵⁸ CAMBINI, C. y RONDI, L. 2017. *Independent agencies, political interference and firm investment: evidence from the European Union*. *Economic Inquiry* 55(1): pp. 281–304.

“(…) la regulación prudencial, donde el regulador se preocupa del mercado bajo su supervisión en términos sistémicos; y una regulación conductual, donde el regulador se preocupa de que las transacciones en ese mercado cumplan ciertos estándares sustantivos de equidad y honestidad”⁵⁹. En este sentido, afirma Pardow, en el caso chileno, “(…) desde una perspectiva orgánica, la Comisión Nacional de Energía (“CNE”) sería un caso típico de regulador prudencial, mientras que la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) seguiría la lógica de un regulador conductual”.

2.5. Teorías y Decisión

El problema de la decisión en materia de agencias reguladoras, reviste en mi opinión, dos dimensiones: (a) Decisión y justificaciones para crear o reformar una entidad; (b) Decisión en cuanto organización.

2.5.1. Decisión y justificaciones para crear o reformar una entidad

Desde el punto de vista de la teoría económica, la palabra agencia puede relacionarse con dos ámbitos: el llamado problema de agencia, y la justificación económica para que existan estas entidades administrativas.

Respecto del primer punto, básicamente el llamado “problema de agencia”, éste se refiere al estudio que la Microeconomía realiza de una estructura en que un individuo o conjunto de individuos llamado “principal” busca un sistema de incentivos adecuados para que las decisiones que adopte un “agente” contribuya a maximizar los objetivos del primero. Aplicado al ámbito de sujetos privados, “el problema de este tipo más estudiado sería el de aquellas empresas privadas en las que existe separación entre la propiedad y la gestión. En este caso, el equipo directivo sería el “agente”, mientras que los accionistas o propietarios

⁵⁹ PARDOW, D. 2014. Hacia una mejor coordinación entre las instituciones públicas relacionadas con la protección del Consumidor [en línea]
<http://www.sociedadpoliticaspUBLICAS.cl/archivos/BLOQUE_SM/Modernizacion_del_Estado_y_Descentralizacion/Hacia_una_mejor_coordinacion_entre_las_instituciones_publicas.pdf> [consulta: 13 octubre 2017]

serían el “principal”. El marco en que se desenvuelve el agente vendría por el contrato que lo une a la empresa y las relaciones de la empresa a las que se tiene que atender (por ejemplo, los estatutos)”⁶⁰.

Uno de los trabajos más relevantes acerca de la aplicación del problema de agencia, en especial al tema de los incentivos, es el de Laffont y Martimort (2002)⁶¹. En este estudio se explica que los miembros de una empresa pueden tener diferentes objetivos, por lo que la delegación a un agente puede volverse muy difícil y costosa. Así, este agente debe ser seleccionado por sus conocimientos especializados, pero que el principal no puede comprobar íntegramente el desempeño de aquel. En consecuencia, según explican estos autores, la delegación de una función a un agente que tiene diferentes objetivos que el principal, es decir, el que delega la tarea, es problemática cuando la información acerca de ese agente es imperfecta. De ello, se concluye que este problema es la esencia del diseño e implementación de incentivos.

De ahí entonces que sea necesario analizar cómo se aplica este sustrato teórico del problema de agencia –normalmente empleado en análisis de entidades privadas– a la decisión de crear una entidad reguladora de mercados.

Para el caso que se pretende estudiar –creación de una agencia, en lo posible independiente– la literatura vigente enseña que habría no uno, sino un doble problema de agencia. Un primer problema de agencia está dado en el nivel gobierno – votantes. Vale decir, el “principal” sería el grupo de votantes, y el gobierno sería el “agente”. Luego, el segundo problema de agencia –o segundo escalón, como también se ha denominado– se produce entre el gobierno que, en esta ocasión toma el rol de “principal”, y la agencia independiente, que asume en esta etapa el verdadero rol de “agente.” En este segundo escalón, es el gobierno –y también el Congreso–, quienes en su rol de “principal” deben crear y diseñar el marco a partir del cual la agencia independiente, se va a desenvolver.

⁶⁰ GAMIR, L. y DURA, P. 2013. La economía de las agencias reguladoras. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, p.76.

⁶¹ LAFFONT, J. y MARTIMORT, D. 2002. The theory of incentives. The Principal –Agent model. Princeton, Princeton University Press, p. 2

De ello se desprende que, habiendo un problema de agencia (de segundo nivel) entre gobierno y entidad, entonces se hace más complejo el diseño de esquemas de incentivos, supervisión y control que regirá a los futuros integrantes de esa agencia. La razón de esto, es que para que exista un verdadero problema de agencia tienen que concurrir algunas circunstancias: por ejemplo, que los intereses del principal y del agente no sean plenamente coincidentes; la existencia de un sistema de incentivos para que el principal corrija los incentivos del agente; lograr que la maximización de los intereses del integrante de la agencia coincida con los intereses del principal, en este caso, del gobierno⁶².

Esa misma perspectiva indica que pueden presentarse ciertos riesgos en la configuración de una agencia independiente. Si los esquemas de incentivos no son diseñados adecuadamente, el comportamiento de la “agencia/ entidad” podría alejarse de los objetivos del principal (gobierno) y por lo tanto, dependerá de cómo ese gobierno defina los intereses. Del mismo modo, las “agencias / entidades” no suelen tener objetivos únicos, sino que múltiples.

En la doctrina chilena, los profesores Luis Cordero y Javier Tapia han aplicado esta concepción de “principal / agente” al problema de la delegación, al sostener que “mientras mayores sean las capacidades informacionales de una agencia, mayores serán las asimetrías de información existentes entre la legislatura y la Administración. Por esto, las agencias con mandatos más específicos suelen operar con un mayor grado de autonomía respecto del poder central (éste suele ser el caso, por ejemplo, de las agencias independientes, antes mencionadas) y suelen tener mayores espacios de discrecionalidad para determinar políticas públicas”⁶³.

Piénsese, por ejemplo, en el caso relativamente reciente de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC) en España, que agrupó a seis entidades supervisoras, provocando con ello problemas de integración y certeza ⁶⁴. Del mismo modo, al carecer de experiencia interna, como insumo para la implementación de un esquema de incentivos,

⁶² GAMIR, L. y DURA, P. 2013. La economía de las agencias reguladoras. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, p.77

⁶³ CORDERO, L. y TAPIA, J. 2015. La revisión judicial de las decisiones regulatorias. Una mirada Institucional. Estudios Públicos (139): p. 26.

⁶⁴ Agradezco en este punto las referencias, opiniones y orientaciones que gentilmente me hiciera el profesor de la Universidad Complutense de Madrid, Dr. Juan de la Cruz Ferrer, durante mi visita de trabajo.

entonces se debe recurrir al método comparativo, y revisar las experiencias de agencias extranjeras, lo que suele acarrear asimetrías de trasplante o bien, en la implementación de técnicas o modos de resolución de casos prácticos, o aun de la misma cultura organizacional⁶⁵.

Desde el punto de vista de las fuentes del Derecho, en Chile, la cuestión sobre la generación de un órgano de la administración queda entregada a la ley. Para el caso particular, esta debe fundarse en iniciativa exclusiva del Presidente de la República, conforme lo indica el art. 65, inciso 3, N° 2 de la Constitución Política de la República. Sin embargo, también existe la posibilidad de delegar esa atribución por parte del Congreso Nacional al Presidente de la República, a fin de que éste pueda dictar un D.F.L.

En este sentido, el profesor y actual Contralor General de la República, Jorge Bermúdez ha explicado que hay cuatro materias relevantes en la génesis de órganos de la administración: a) creación; b) determinación de estructura; c) atribución de competencias; y d) poderes de auto ordenación interna⁶⁶.

2.5.2. Decisión en cuanto organización

En la decisión de configurar una agencia siempre habrá un problema de organización. De hecho, cada agencia es en sí misma, una organización bien definida. Al efectuar esta afirmación, cabe entonces plantear dos cuestiones: la primera es conocer qué ha sostenido la teoría organizacional sobre esta materia; la segunda, consiste en preguntarse si esta teoría organizacional es relevante para el Derecho.

⁶⁵ GAMIR, L. y DURA, P. 2013. La economía de las agencias reguladoras. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, p.77

⁶⁶ BERMUDEZ, J. 2011. Derecho Administrativo General, Abeledo Perrot/ Thomson Reuters, Santiago, p. 320

Respecto de la primera pregunta, es decir, qué ha sostenido la teoría organizacional sobre esta materia, cabe destacar la contribución de Luhman, quien distingue tres tipos de sistemas sociales.⁶⁷: a) La interacción; b) la organización, y; c) la sociedad.

Respecto del primero, interacción, Luhman entiende que es aquella dimensión caracterizada por la presencia física. En tal sentido, se afirma que los individuos se perciben mutuamente y llevan a cabo la comunicación entre sí. Señala Luhman –explicado en el ámbito nacional por el sociólogo Darío Rodríguez– que lo fundamental en esta perspectiva de interacción, es que ella permanece mientras dura la llamada “co presencialidad” de los agentes que desean actuar con otros.

Respecto del segundo, organización, el autor afirma que uno de sus rasgos esenciales es la capacidad de condicionar la pertenencia. Esto quiere decir, según reseña Rodríguez que, para ingresar a una organización como miembro, y para permanecer en esa calidad, los individuos deben satisfacer –o cumplir– con condiciones establecidas por el sistema organizacional. En el tercer sistema, llamado sociedad, se trata de una entidad que comprende todas las comunicaciones.

Esta contribución de la teoría de sistemas al Derecho también ha sido recogida por autores jurídicos, entre los que destaca Bettina Lange, con un trabajo titulado “*Understanding Regulatory Law: Empirical versus system – theoretical approaches*”⁶⁸. En síntesis, la tesis de Lange se resume en que, a partir de la aplicación de la teoría de sistemas al ámbito del Derecho, un relato sociológico de las emociones podría mejorar los análisis teóricos y empíricos del papel de los individuos en el diseño del normas jurídicas de regulación económica. Para ello, sostiene Lange, hay que concentrar los focos de atención más en la investigación socio-legal y no tanto en las perspectivas positivistas que ponen demasiado énfasis en las reglas, estructuras y más aún, en el trabajo que desarrollan abogados.

⁶⁷ RODRIGUEZ, D. 2014. Gestión organizacional. Elementos para su estudio. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, p. 19. El profesor Rodríguez cita en este trabajo a Niklas Luhman como la fuente relevante de la moderna teoría organizacional, en particular, *Soziologische Aufklärung*, 2, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1975.

⁶⁸ LANGE, B. 1998. *Understanding Regulatory Law: Empirical versus system–theoretical approaches*. Oxford Journal of Legal Studies 18: p. 450

En mi opinión, si bien la posición de Lange es interesante y atractiva, comprendiendo su vocación por la necesaria interdisciplinariedad de los estudios regulatorios, desconoce y disminuye el valor de la práctica como insumo para la creación de normas que operen en el mundo real de los mercados. La teoría de sistemas - como tales, y del modo como la enseña el profesor chileno Darío Rodríguez – tiene una vocación práctica y forma parte de una teoría organizacional que optimiza diseños concretos. En tal caso, la opción por la sustitución de teorías, que propone Lange, en vez de la complementariedad con que diversas disciplinas operan en estas materias, me parece desproporcionada y poco realista.

Respecto de la segunda pregunta, acerca de si esta teoría importa para el Derecho, me parece que es posible construir una respuesta afirmativa a partir de dos trabajos. Es decir, estos principios basados en teoría organizacional han sido recepcionados por la literatura jurídica.

Un ejemplo de ello, es el modelo de cinco preguntas básicas propuesto por David Hyman y William Kovacic⁶⁹. Estos autores proponen un esquema de análisis jurídico, a partir de una teoría organizacional real y concreta, basado en la extensa trayectoria del profesor Kovacic entre 2006 y 2011 en la Federal Trade Commission⁷⁰. El trabajo de Hyman y Kovacic establece que “(...) para formar una nueva agencia pública, se deben responder cinco preguntas institucionales básicas: (i) ¿Cuál será el mandato sustantivo de la agencia?; (ii) ¿Dónde se ubicará a la agencia dentro del marco existente de entidades de gobierno?; (iii) ¿Cuál será la amplitud de poderes de la agencia? (v.gr. si se tratará de todas las áreas de la economía o bien sectores determinados); (iv) ¿De qué forma la agencia ejecutará sus deberes (v.gr. recolección de datos; emisión de reportes; estructurando casos; promulgando reglas; educando consumidores y emprendedores; conduciendo adjudicación administrativa; (5) ¿Cómo debiera ser gobernada esa agencia? (v.gr. por un panel de varios miembros o por un director ejecutivo).

Un segundo ejemplo, es el trabajo de los autores David Lewis y Jennifer Selin, quienes sostienen que esta decisión es fundamentalmente política y debe considerar si el Congreso estima necesario atribuir nuevas funciones a una agencia existente o bien crear

⁶⁹ HYMAN, D. y KOVACIC, W. 2014. Why Who does What Matters: Governmental Design and Agency performance. *The George Washington Law Review* 82(5): p. 1463.

⁷⁰ Agradezco la opinión, consejos y sugerencias del profesor William Kovacic para este texto, a partir del artículo que en esta parte cito.

una nueva entidad. La decisión de crear una nueva agencia –afirman Lewis y Selin– se produce en dos situaciones: (i) cuando el poder legislativo cree que no existen agencias que efectivamente puedan implementar las nuevas políticas, o; (ii) cuando las agencias existentes pueden ser renuentes a la delegación de nuevas potestades porque esas nuevas políticas desviarían a esa agencia existente de aquello que sus autoridades perciben como su misión primaria u original⁷¹.

2.6. El modelo de agencias

2.6.1. Modelo y sus acepciones

La palabra “modelo” es polisémica. Entre las acepciones que existen pueden indicarse las siguientes⁷²: “Arquetipo o punto de referencia para imitarlo o reproducirlo”; “representación en pequeño de alguna cosa”; “esquema teórico, generalmente en forma matemática, de un sistema o de una realidad compleja, como la evolución económica de un país, que se elabora para facilitar su comprensión y el estudio de su comportamiento”.

La ciencia económica considera que un modelo es una descripción simplificada de la realidad, diseñada a partir de hipótesis sobre el comportamiento humano, que pueden ser comprobadas⁷³.

En este ámbito de estudio también es usual el empleo de la expresión “modelo regulatorio”. En el caso de “modelos de agencia”, la expresión ha sido utilizada, entre otros, por Majone⁷⁴ y más recientemente por los autores Nunes, Nunes y Rego⁷⁵.

⁷¹ LEWIS, D. y SELIN, D. 2013. Sourcebook of United States Executive agencies. Nashville, Vanderbilt University, p. 93 [en línea] https://www.acus.gov/sites/default/files/documents/Sourcebook-2012-Final_12-Dec_Online.pdf [consulta: 15 septiembre 2017].

⁷² Diccionario de la Real Academia Española. Ob. cit. [consulta: 6 febrero 2016].

⁷³ “An economic model is a simplified description of reality, designed to yield hypotheses about economic behavior that can be tested. An important feature of an economic model is that it is necessarily subjective in design because there are no objective measures of economic outcomes” [en línea] <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2011/06/basics.htm>> [consulta: 23 abril 2017].

⁷⁴ MAJONE, G. 1997. The agency model: The growth of regulation and regulatory institutions in the European Union EIPASCOPE (3): pp. 1-6.

⁷⁵ NUNES, R.; NUNES, S.; REGO, G. 2015. A new governance Model for independent regulatory agencies. Theoretical Economic Letters_5: 4-13.

2.6.2. Modelo y su significado para el Derecho

En la doctrina jurídica española, el profesor José Esteve Pardo emplea la expresión “modelo de agencias” en un contexto bien determinado. Aplica esta noción a propósito del estudio de la regulación de servicios de interés general, y en particular respecto del tratamiento del llamado “elemento subjetivo de la regulación”, el cual comprende autoridades reguladoras, operadores y usuarios.

Dentro del primer grupo, advierte Esteve Pardo, pueden denominarse agencias reguladoras, autoridades reguladoras o bien, simplemente, reguladores, haciendo la prevención de que en general, la actividad reguladora no necesariamente se identifica a un tipo determinado de sujetos.⁷⁶ En la realidad chilena ello es así, pues el abanico de entidades públicas que cumplen funciones reguladoras es vasto, disímil y, además, más de alguna entidad no desarrolla las funciones que su denominación denota⁷⁷.

Este autor clasifica las autoridades reguladoras, de acuerdo a la realidad española, en autoridades especializadas de ámbito estatal, autoridades reguladoras de ámbito territorial limitado, autoridades reguladoras en la organización administrativa ordinaria, e incluso, entidades reguladoras privadas, situando a estas últimas en un clamor de interrogante⁷⁸. Dentro del primer grupo –autoridades especializadas de ámbito estatal– sitúa el modelo de agencias.

⁷⁶ ESTEVE PARDO, J. 2015. Lecciones de Derecho Administrativo. Quinta Edición. Madrid, Marcial Pons, p. 469.

⁷⁷ Esta particularidad de órganos llamados “agencias” en Chile y que no manifiestan las características propias de un órgano de tal naturaleza, no solo genera confusión, sino también asombro, por la pasividad legislativa en orden a modificar esas denominaciones. Se trata casi de órganos sin nombre, como aquella canción del grupo América, del año 1972, llamada “A horse with no name”.

⁷⁸ ESTEVE PARDO, J. 2015. Ob. cit. p. 471

2.6.3. Modelos en Derecho Comparado

Como se ha indicado, la dispersión conceptual en el ámbito de estudios regulatorios, también se aplica a los diversos modelos de entidades existentes en diferentes Estados. Algunos ejemplos de modelos de agencias que se han aplicado en otras jurisdicciones, son los que dan cuenta tres textos. El estudio de Verhoest et al.; el trabajo de Annetej Ottow; y, en el ámbito nacional, el informe de la Comisión Desormeaux/ Cordero.

a) **Informe Verhoest, Van Thiel, Bouckaert y Laegrid (2012)**⁷⁹

El trabajo de los autores Koen Verhoest, Sandra Van Thiel, Geert Bouckaert y Per Lagreid, publicado en el año 2012 es probablemente de aquellos que, en una forma más exhaustiva, reseñan el proceso de implementación de agencias reguladoras en Europa. El trabajo, como se indica en su prefacio, tiene por objeto incrementar el conocimiento acerca de las nuevas tendencias en Europa y desde la perspectiva de ese continente, en la implementación de agencias. El reporte se funda en la premisa que “(...) los sistemas de administración pública de todo el mundo se han ido desagregando en una multitud de diferentes tipos de organizaciones semi-autónomas, llamadas “agencias”, las cuales pueden ser entendidas, según este texto, como organizaciones que funcionan como el brazo operativo de un gobierno para llevar a cabo tareas públicas, implementar políticas, regular mercados y sectores específicos, o desarrollar servicios públicos. Ellas están estructuradas, naturalmente desagregadas de sus ministerios matrices y, se sostiene que pueden enfrentarse a una menor influencia política o jerárquica en sus actuaciones diarias, contando con una mayor libertad de gestión en términos financieros, de personal, comparadas con ministerios ordinarios o departamentos. Así –señalan estos autores– se dice que las agencias no son totalmente independientes, porque en muchos casos los funcionarios ejecutivos tienen responsabilidad política por sus actividades⁸⁰.

⁷⁹ VERHOEST, K.; VAN THIEL, S.; BOUCKAERT, G.; LAEGRIED, P. 2012. Government Agencies. Practices and Lessons from 30 countries. UK, Editorial Palgrave McMillan.

⁸⁰ *Ibidem*.

b) Informe Ottow⁸¹

La profesora holandesa Annetje Ottow, quien su vez es directora no-ejecutiva de la Autoridad de Mercados y Competencia del Reino Unido, analiza varios modelos de agencias, proponiendo las siguientes clasificaciones:

i) Reguladores Multisector:

En Alemania, menciona a BNetzA, (*Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen*) la cual regula los mercados de electricidad, gas, telecomunicaciones, correos y transporte ferroviario; en Luxemburgo, se encuentra ILR (*Institut Luxembourgeois de Régulation*) el cual se ocupa de los mercados de electricidad, gas, telecomunicaciones, correos y los diferentes mercados de transporte.

ii) Agencias de Competencia y protección de Consumidores:

En Dinamarca, da cuenta del KFST (*Konkurrence –og Forbrugerstyrelsen*). En Francia, la DGCCRF (*Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes*). En Finlandia, la KKV (*Kilpailu–ja kuluttajavirasto/ Konkurrens–och konsument–verket*). En Reino Unido, la CMA (*Competition & Markets Authority*). Y en Estados Unidos, la FTC (*Federal Trade Commission*).

iii. Combinaciones de autoridades de competencia y reguladores multisector:

En Holanda, existe la NMa (*Nederlandse Mededingingsautoriteit*) entidad encargada de la regulación de energía y mercado de transportes.

En España, la autora da cuenta de la CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) la cual se encarga de la regulación de mercados de energía, telecomunicaciones, correos, actividades audiovisuales y mercado ferroviario. Sobre esta última⁸², cabe agregar que se trata de una macro agencia que entró en funcionamiento el 7

⁸¹ OTTOW, A. 2015. Ob. cit. passim.

⁸² En este párrafo agradezco muy especialmente las conversaciones con el profesor de la Universidad Complutense de Madrid, Juan de la Cruz Ferrer durante el verano (invierno europeo) de 2017, en su despacho de esa ciudad.

de octubre de 2013. Su origen se remonta a un complejo proceso de unificación de diversos órganos reguladores que, finalmente, confluyeron en uno solo, es decir, esta Comisión.⁸³ La doctrina, la práctica y opiniones de abogados que han ejercido ante esta institucionalidad – varios de quienes fueron consultados para este trabajo– permiten concluir que ha habido dos etapas en el proceso de diseño e implantación del modelo de agencia español. Por una parte, una decidida fragmentación y dispersión materializada en 6 agencias (Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal, Consejo Estatal de Medios Audiovisuales y Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria); la segunda, es la etapa de ensamblaje y coordinación entre las ex agencias, y su actual estructura.

iv. Combinaciones de autoridades de competencia, agencias de protección de consumidores y reguladores multisectorial.

En Holanda, la ACM (*Autoriteit Consument & Markt*) la cual regula la energía, transporte, servicios postales y mercado de telecomunicaciones. En Australia, la ACC (*Australian Competition and Consumer Commission*) la cual se encarga de regular las telecomunicaciones, agua y servicios de correos.

⁸³ Como indica la descripción en su sitio web, “(...) en 1995 se creó la **Comisión del Sistema Eléctrico Nacional** (predecesora de la Comisión Nacional de Energía, o CNE) y en 1996 la **Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones** (CMT). En 2003 se creó el **Comité de Regulación Ferroviaria** (CRF). En 2010 tuvo lugar la creación del **Consejo Estatal de Medios Audiovisuales** (CEMA) y la entrada en funcionamiento de la **Comisión Nacional del Sector Postal** (CNSP). En 2011 se creó la **Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria** (CREA). La aparición de una pluralidad de organismos reguladores obedeció a la liberalización de la industria de red, el fin de los monopolios estatales y la necesidad de adaptación a la normativa europea. En 2013 el Parlamento decidió unificar los organismos reguladores y la autoridad de competencia con el fin de garantizar la seguridad jurídica y la confianza institucional, evitando duplicidades innecesarias en el control de cada operador y decisiones contradictorias en la misma materia. Con la reforma de la arquitectura institucional de los reguladores se pretendió, asimismo, aprovechar economías de escala y regular los sectores administrados adoptando una visión integradora poliédrica desde el punto de vista de la regulación y la defensa de la competencia para adaptarla a los cambios que se han producido en el entorno económico en beneficio de los consumidores”. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. s.a. ¿Qué es la CNMC? [en línea] <<https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/que-es-la-cnmc>> [consulta: 18 mayo 2017].

c) Informe Desormeaux/Cordero sobre Supervisión Financiera en Chile

La Comisión de Reforma a la Regulación y Supervisión del Mercado Financiero, llamada también “Comisión Desormeaux”, elaboró un informe que efectuó un diagnóstico acerca de la institucionalidad financiera y de seguros, implementada en Chile a partir de las normas de los años 80, fundamentalmente aquellas que sucedieron la profunda crisis financiera que vivió el país el año 1982 y 1983. Posteriormente, en el año 1997 se implementó una reforma a la actual ley de Bancos, y actualmente, a la fecha de este trabajo, se encuentra en tramitación un proyecto de ley que nuevamente reforma el sistema bancario chileno. Pues bien, el trabajo de la Comisión Desormeaux reviste importancia, por cuanto, efectúa un análisis de los modelos de supervisión y regulación vigentes⁸⁴.

El Informe de la Comisión Desormeaux –luego Comisión Cordero– distingue entre cuatro tipos de modelos de regulación y supervisión: (a) Modelo institucional o sectorial; (b) Modelo funcional; (c) Modelo integrado; (d) Modelo *twin peaks* o de regulación por objetivos.

El modelo institucional o sectorial, señala el informe, es aquel que se funda en la idea que debe existir una institución reguladora en atención al estatus legal de los agentes de mercado. Es decir, atendida la naturaleza jurídica de cada agente, entonces se le asigna un determinado regulador. Estas competencias del regulador se refieren, por ejemplo, a un objetivo de solvencia, o a una conducta específica de mercado, según detalla el Informe.

El texto señala que una de las debilidades de este enfoque –presente en los modelos vigentes en Chile, antes de la CMF, o en China y México– consistiría en que entidades de diferente estatus legal realizarían actividades idénticas o similares, con regulaciones distintas. Esto aparece, a nuestro juicio, como una asimetría en la implementación de este modelo, en atención a esa dualidad de tratamiento para actividades similares.

Respecto del modelo funcional, el Informe sostiene que se trata de aquel en que la supervisión se determinará en atención a la actividad o función que realice el agente,

⁸⁴ Informe Comisión de Reforma de la Regulación y Supervisión del Mercado Financiero [en línea] <http://www.hacienda.cl/mercado-de-capitales/reforma-a-la-regulacion-y-supervision/informe-comision-de-reforma-a-la.html> [consulta: 26 marzo 2017].

omitiendo su estatus legal. De esta forma, se observa que en este modelo prima la dimensión del acto o aspectos conductuales del agente, por lo que según da cuenta el informe, “cada actividad financiera podría tener un regulador propio”. También en este modelo, el regulador se hace cargo de implementar la supervisión sobre la base de criterios de solvencia y conducta.

El modelo integrado consiste, según el informe, en la existencia de un solo y único regulador integral que “realiza la supervisión de solvencia y regula la conducta de mercado de todos los sectores de la industria de productos y servicios financieros”.

Finalmente, el Informe explica el llamado modelo “*Twin Peaks*” o de regulación por objetivos, vale decir, a aquel que se diseña en la separación de funciones regulatorias en dos agencias: una que realiza la supervisión de solvencia y otra que se enfoca en la regulación de conducta de mercado. Este se aplica en Australia, Canadá y Holanda.

2.7. El diseño

La pregunta acerca del diseño institucional puede tener vertientes diversas. Se puede formular como aquella que interroga por el diseño de las instituciones, desde la perspectiva de la Ciencia Política, la Administración, la Sociología, la Psicología, la Economía y el Derecho. El diseño institucional es, desde luego, una materia interdisciplinaria y, para efectos de este trabajo, ciertamente importan los aspectos de Derecho y Economía, pero no pueden omitirse los referidos a algunas aportaciones de las mencionadas disciplinas.

Una de las perspectivas sobre el diseño se denomina “Nuevo Institucionalismo” y está fundada en la teoría económica. La propuesta de autores como Goodin, a mediados de los años noventa, da cuenta de la tensión que se produce entre los paradigmas centrales de la economía neo clásica (teoría de la elección racional y *homo economicus*) con la influencia de la teoría de las instituciones, aun cuando estos núcleos de pensamiento aun sigan teniendo una importancia relevante en la creación de políticas públicas en pleno siglo XXI⁸⁵.

⁸⁵ GOODIN, R. (Edit). 2003. Teoría del diseño institucional. Barcelona, Gedisa Editorial, p.21.

Al analizar las diferentes teorías sobre la fundamentación de la regulación económica, se aprecia un punto de convergencia. Por una parte, algunas propuestas teóricas proponen un conjunto de explicaciones acerca de la regulación, basadas en el institucionalismo; y por otra, las teorías que buscan explicar las instituciones, su diseño y sus distintos roles. El punto de confluencia –tanto para explicar la decisión de regular como para explicar una entidad en sí misma– es la noción de institución. Esto cobra aún más importancia, pues “(...) estamos en un proceso de un continuo cambio de ordenes institucionales, que resulta, en parte, de la demanda de regulaciones para nuevos problemas, tales como la política ambiental y en parte de la declinación en la cohesión de regulaciones existentes en áreas tales como las políticas de familia. Los programas de modernización frecuentemente buscan como objetivo la ‘desregulación’, pero también el desarrollo de nuevas instituciones. Algunos de estos ejemplos son los procesos de privatización de servicios sociales, la liberalización del carácter vinculante de ciertos acuerdos laborales, y el progresivo reemplazo de estandarizaciones generales por acuerdos contractuales entre grupos de interés involucrados (...) estamos así, en un tiempo de simultánea desregulación, re regulación y nueva regulación, lo que significa, en otras palabras, en un tiempo de una política institucional comprensiva”⁸⁶. En el amplio abanico y combinaciones cromáticas que caracterizan las propuestas teóricas sobre la regulación económica, es difícil encontrar a alguien que no se declare, en casi todos los tonos, como un “institucionalista”. Ello revela que en ese vasto espectro de posturas que se atribuyen el rotulo de “institucionalismo” habrá que plantear algunas precisiones. Por eso, Baldwin, Cage y Lodge advierten que en los enfoques institucionalistas transitan desde aquellos que acentúan la importancia de reglas formales que buscan modelar conductas de regulados, hasta algunos que se esmeran en afirmar que toda conducta humana esta imbuida de su propio contexto social⁸⁷. Así, por ejemplo, la figura de Karl Polanyi es interesante en esta sección, puesto que, en general, a partir de la literatura disponible, es factible afirmar que Polanyi (Karl, más que su hermano Michael) se define como un institucionalista, que sostiene que más allá de las “leyes de mercado”, son las instituciones sociales, políticas y culturales las que moldean el modo a través del cual las economías funcionan en la realidad. Una interesante contribución de este

⁸⁶ WENDT, C. 2017. *Max Weber and Institutional Theory*. Springer, Siegen, p. 48.

⁸⁷ BALDWIN, R.; CAVE, M. y LODGE, M. 2012. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. Oxford University Press, New York, p. 53.

autor es su distinción entre una visión formal y una visión sustantiva de la economía. Por visión formal, Polanyi entiende aquella que se enfoca en la “economización” de los recursos escasos, mientras que la segunda se centra en como los seres humanos organizan y estructuran la obtención de los bienes necesarios para el sustento de su vida⁸⁸.

Un ejemplo de ello, propone Goodin, es la figura del economista Oliver Williamson, quien gracias a “(...) su teoría económica basada en los costos de transacción generaliza las observaciones de Coase acerca de la naturaleza de la empresa, transformándolas en una teoría más amplia acerca de las instituciones económicas del capitalismo”⁸⁹. Este punto me parece especialmente relevante, toda vez que el autor comprende que Williamson replica la contribución jurídico económica de Coase, y no solo interpretando la empresa como una mera unidad lucrativa.

Por su parte, la autora holandesa Annetje Ottow emplea la expresión “modelos de diseño institucional”⁹⁰, lo cual revela a mi juicio que la voz “modelo” es más omnicompreensiva que diseño, o bien “modelo” es un género y que “diseño” es la especie.

Así, por ejemplo, puede haber un modelo de agencias de competencia, con distintos diseños institucionales, dependiendo del país o del sistema jurídico donde quiera implantarse.

En el mismo sentido, esta autora holandesa sostiene que varios de los modelos de diseño institucional vigentes tendrían dos vertientes: la teoría de la contingencia⁹¹ y la teoría del cambio estructural. En la primera, la autora establece que, en general, las ciencias que

⁸⁸ BLOCK, F. y SOMERS, M. 2014. *The Power of market Fundamentalism. Karl Polanyi's Critique*. Cambridge; Harvard University Press, p. 29. Agradezco la sugerencia de citar a Polanyi al profesor Diego Pardow.

⁸⁹ GOODIN, R. (Edit). 2003. Ob. cit. p.23.

⁹⁰ OTTOW, A. 2015. Ob. cit. p.95.

⁹¹ DONALDSON, L. 2001. *The Contingency Theory of Organizations*, London, Thousand Oaks; citado por OTTOW, A. 2015. Ob. cit. p. 95. La teoría de la contingencia, uno de cuyos exponentes es el autor L. Donaldson, tiene por objeto explicar que “(...) una contingencia es cualquier variable que modere el efecto de las características organizacionales en el desempeño de una entidad. Las contingencias incluyen atributos externos e internos, tales como el medio ambiente. La teoría de contingencias intenta explicar cómo ellas determinan la efectividad de una empresa”.

Donaldson sostiene que un modelo de contingencias debe suponer tres elementos: (a) Una relación entre el control de la organización y las contingencias; (b) como las contingencias debieran determinar la estructura de una empresa, y; (c) la forma como el ajuste entre una determinada estructura organizacional y las contingencias determinan un mejor desempeño”.

estudian el fenómeno de la organización se enfocan en un ambiente específico y definido, que busca identificar las funciones y el efecto del diseño institucional; en cambio, las segundas, mas vinculadas a la Ciencia Política, proponen que las formas organizacionales son meramente el resultado de consideraciones políticas.

La cuestión acerca del diseño institucional es crucial. Este no sólo constituye una superficie rasa, sino que también revela, de alguna forma, el modo y las condiciones de actuación de la autoridad. Es importante, en términos que “(...) desde la perspectiva del diseño institucional, la estructura burocrática óptima depende de los fines de que se quieran alcanzar”⁹².

Es una cuestión relevante y que puede responderse, por ejemplo, conforme a ciertas ideas vertidas en una columna de opinión publicada por el profesor Luis Cordero, titulada “El diseño institucional importa”, en la cual el autor chileno delinea los aspectos fundamentales de esa interrogante.

Una de las razones que discute el profesor Luis Cordero es que, en Chile, “en las últimas décadas, las respuestas para abordar las soluciones de política pública han sido esencialmente institucionales”. Estas soluciones, afirma Cordero, tampoco han estado ajenas a la crítica y a la sospecha, por cuanto la cuestión del diseño no solo envuelve aspectos de técnica, sino también de legitimidad política⁹³.

Por su parte, los profesores David Hyman y William Kovacic, proponen un esquema de análisis sobre el problema del diseño, el cual resulta para los efectos de este texto, de especial significación. En su trabajo titulado “*Why, Who, Does what matters: Governmental Design and agency performance*”⁹⁴ ambos autores analizan los aspectos generales del problema, y luego proponen una distinción entre principios y criterios.

En cuanto a la generalidad del problema, Hyman y Kovacic comienzan su análisis estudiando el estado de dispersión de agencias en Estados Unidos de Norteamérica, citando

⁹² GERSEN, J. 2010. Designing Agencies. En: FARBER, D. y O’CONNELL, A. (Eds.). Research Handbook on Public Choice and Public Law. Cheltenham, Reino Unido y Northampton, Estados Unidos, Editorial Edward Elgar: pp. 333-362.

⁹³ CORDERO, L. 2016. El diseño institucional importa. La Segunda, 8 de agosto de 2016, p. 11.

⁹⁴ HYMAN, D. y KOVACIC, W. 2014. Ob. cit. pp. 1446–1516.

sendas anécdotas de dos presidentes de dicho país: Franklin Delano Roosevelt y Barack Obama⁹⁵.

Según estos autores, el diseño importa, aun cuando no resulte ser uno de los tópicos de más atracción en la generalidad de la literatura. El diseño –sostienen– es mucho más un asunto de “ingeniería” e implementación de una agencia, más que la “física” del desarrollo sustantivo de una determinada política. Ello, porque parece ser que aquello que domina realmente la escena de debates públicos, son los asuntos más bien sustantivos, y no tanto aquellas materias invisibles y comprendidas en el mundano proceso de la administración pública. Así, “mientras que la sustancia del diseño de políticas públicas es considerado *sexy*, el proceso de administración pública –donde situamos el contexto de las agencias– es usualmente visto como aburrido”⁹⁶.

Una opinión similar tiene el profesor Philip Weiser, quien afirma, a grandes rasgos que, en general, los profesores de Derecho han reconocido durante mucho tiempo la importancia del moderno “*Administrative State*”, enfocándose mayoritariamente en la substancia del Derecho Regulatorio y en el proceso administrativo. Escasos enfoques, señala este autor, aparecen recogiendo la importancia del diseño institucional y el proceso

⁹⁵ Ob. cit. pp. 1447. La anécdota que recogen del Presidente Roosevelt es la siguiente, y está tomada de un discurso de campaña fechado en 1928, y que según nuestra traducción del texto explica los hechos de la siguiente forma : “Hay cuatro tipos de osos en los Estados Unidos, y por supuesto, todos esos osos están cubiertos en el ámbito de potestades de un departamento de gobierno u otro. Creo que es el oso pardo el que está sujeto bajo el régimen del Departamento de Interior, y también entiendo que el oso negro se encuentra en el ámbito de funciones del Departamento de Agricultura; el oso de Alaska está sujeto al departamento de Comercio, y finalmente el oso *grizzly* está sujeto al ámbito del Departamento de Guerra. Esto ha sido desde tiempos inmemoriales en Washington D.C. Cada oso –el cuidado del animal y todo lo que ello se refiera– cae bajo diferentes departamentos, dependiendo de la genética de cada oso. Y estoy convencido que cuando algunas veces pueda darse una mezcla de razas, porque alguna vez un oso negro se enamora de una osa pardo, la verdad es que nadie sabe bajo qué departamento quedarán sujetas sus crías.” Siguiendo con la misma tendencia a dar ejemplos que involucren especies animales, el Presidente Obama en el discurso sobre el estado de la Nación (*State of the Union*) de enero, 25 de 2011, relata los siguientes hechos: “Todos vivimos y hacemos negocios en la Era de la Información, pero la última mayor reorganización del gobierno ocurrió en la era de la televisión en blanco y negro. Hay doce diferentes agencias que tienen que ver con actividades de exportadores. Hay al menos cinco agencias diferentes que se ocupan de políticas habitacionales. Y aquí está mi ejemplo favorito: El Departamento de Interior está a cargo del salmón mientras éste está en agua fresca, pero el Departamento de Comercio los administra cuando están en agua salada. He oído que las cosas se complican cuando esos salmones son ahumados (...)”.

⁹⁶ HYMAN, D. y KOVACIC, W. 2012. Competition Agency Design. What’s on the menu?. Public Law and Legal Theory Paper (135): 527-538.

correlativo, en su rol de determinantes de la naturaleza y modelación de la regulación administrativa.

Concuero con Hyman y Kovacic en la denominación “ingeniería” para los asuntos de diseño. Esta “ingeniería legal” –como podríamos denominar a la propuesta de dichos autores–, supone no solo cuestiones simplemente orgánicas, sino también sustantivas. Ello, porque un determinado diseño puede resultar más eficaz o expedito en términos de la protección de usuarios y consumidores que otro; por ello, la cuestión organizacional no resulta aislada de determinados estándares de protección.

2.8. Principios

Respecto de los principios que deben regir los diversos modelos de agencias, debe destacarse tres grupos de autores: Hyman & Kovacic, con su estructura de 7 principios; Annetje Ottow, con su acrónimo LITER; y Lombardi & Moschella, con su doble distinción entre lo Macroprudencial y lo Microprudencial.

2.8.1. Hyman y Kovacic (2014)⁹⁷:

Estos autores sostienen que existen siete criterios o principios que deben inspirar el diseño de una agencia, su localización en el sistema administrativo y su desempeño. Estos criterios son:

⁹⁷ HYMAN, D. y KOVACIC, W. 2014. Ob. cit. p. 1447.

a) Coherencia de la política regulatoria:

En relación a este principio, Hyman y Kovacic sostienen que el grado de coherencia del diseño de la agencia con la política regulatoria mejora las posibilidades de éxito en el cumplimiento de los objetivos. Esta coherencia, se traduce según los autores, en la búsqueda de conexiones entre las necesidades de la población, el tipo de agencia y el marco general de las decisiones del gobierno. Esta incoherencia puede manifestarse, por mandatos duales, por falta de claridad acerca de que facultades tiene una y otra entidad, o por una razón que Kovacic y Hyman califican como los “objetivos desmesurados”. En mi opinión, esta delimitación, acotamiento o definición de los objetivos de una agencia parece ser el efecto de un llamado “realismo regulatorio”, por oposición a la exuberancia o pretensión excesiva de fines, la cual podría llamarse “idealismo regulatorio”⁹⁸⁻⁹⁹.

⁹⁸ Estimo conveniente agregar en este comentario, como un principio adicional, el referido a la Coherencia regulatoria. En el párrafo anterior, se indicaba como la Orden Ejecutiva N° 13.563 busca eliminar la redundancia, la inconsistencia y la superposición regulatoria. Una aproximación a esta idea sobre “coherencia” en el derecho chileno es el reconocimiento que, en el ámbito privado, especialmente en los métodos de interpretación del Derecho, contenidos en el Código Civil, se hace a los llamados elementos lógico y sistemático. El primero de ellos se refiere a la debida “coherencia y armonía” que debe existir en toda formulación normativa, mientras que el elemento sistemático, busca amplificar esa pretensión a todo el ordenamiento jurídico. Este principio tiene una consagración, a modo de definición en el Tratado *Transpacific Partnership*, el cual dedica su Capítulo 25 al principio de la Coherencia Regulatoria. Dicho instrumento la define como “(...) el uso de buenas prácticas regulatorias en el proceso de planificación, diseño, emisión, implementación y revisión de medidas regulatorias, con el fin de facilitar el logro de los objetivos de política interna y los esfuerzos entre los gobiernos para mejorar la cooperación regulatoria con el fin de avanzar en aquellos objetivos y promover el comercio internacional y la inversión, el crecimiento económico y el empleo.”⁹⁸ El texto de dicho Tratado estima que el principio de coherencia regulatoria se funda en la idea de las llamadas “buenas practicas regulatorias”. Se trata éste, de un concepto empleado en la práctica e instrumentos internacionales, y que se refiere a un estándar de conductas acordados conforme a criterios generalmente aceptados. Un documento de la FAO señala que “(...) una buena práctica no es sólo una práctica que es buena, sino una práctica que se ha demostrado que funciona bien y produce buenos resultados, por lo que se recomienda como modelo. Es una experiencia exitosa, que ha sido probada y validada, en sentido amplio, que ha sido repetida y merece ser compartida para que un mayor número de personas pueda adoptarla”. El mismo documento señala que son indicios de una “buena práctica”, que esta sea efectiva y exitosa, ambientalmente económica y socialmente sustentable, sensitiva a los temas de género, técnicamente viable, inherentemente participativa, replicable y adaptable, y con aptitud para reducir riesgos, crisis y desastres. El objetivo, según la definición del Tratado es que esta coherencia sea el principio que informe el proceso de planificación, diseño, implementación y evaluación de las políticas regulatorias, y que tienda al mejoramiento de objetivos internos, pero con la perspectiva de mejorar los estándares de cooperación con otros regímenes regulatorios. Mi impresión es que la coherencia regulatoria interna exige o demanda consistencia y solidez entre las relaciones de jerarquía formal y material que se producen entre las normas regulatorias, con el resto del ordenamiento jurídico, y luego con las definiciones de política regulatoria interna. Una vez que se ha cumplido ese estándar, entonces se está en condiciones de poder avanzar en procesos de cooperación y luego de coordinación.

⁹⁹ SUNSTEIN, C. 2014. *Valuing Life. Humanizing the Regulatory State*. Chicago. The University of Chicago Press, p.3 Sunstein advierte que “(...) el término regulación es de amplitud única, y no es autodefinible (...) se refiere principalmente a controles legales (autorizados por la legislatura e implementados por autoridades

b) Marca y credibilidad:

Hyman y Kovacic afirman que, así como las entidades no gubernamentales y las empresas, las agencias reguladoras también tienen su “marca”, lo que genera niveles de recordación, valoración y credibilidad en los sujetos regulados. Los autores sostienen que la claridad de los objetivos y prioridades obra como un fortalecimiento de su marca y que, por el contrario, una debilidad de “marca” acarrea una merma en su credibilidad. Así, esta credibilidad asociada a la marca está determinada, según ellos, por la resistencia que un administrador puede oponer a la agregación de funciones ajenas a esa entidad, justamente con el objetivo de aprovechar esa marca. En mi opinión, en el caso chileno, la institucionalidad de Libre Competencia, como la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) gozan de esa marca y credibilidad¹⁰⁰.

c) Capacidades (*Capacity* y *Capability*):

Hyman y Kovacic formulan este principio conforme a una distinción semántica entre dos palabras similares, cuales son *capacity* y *capability*. Aunque en la lengua española éstas pueden traducirse con cierta dificultad, lo cierto es que su ámbito de contenido es diverso. “*Capacity*” significa, en el sentido del análisis de Hyman y Kovacic, la necesaria masa crítica de talento humano y recursos de apoyo que se necesita una agencia para cumplir sus funciones adecuadamente. Mientras que “*capability*” consiste en preguntarse si la agencia está investida de potestades efectivas, estructura organizacional y mecanismos de control de calidad que le permitan tomar buenas decisiones y aplicar su autoridad efectivamente¹⁰¹.

ejecutivas) que limitan o autorizan una conducta pública o privada en orden a promover algún objetivo social. Ese objetivo puede ser trabajar seguro, un aire más limpio, incrementar la seguridad doméstica, reducir las intoxicaciones alimentarias, garantizar la no discriminación sobre la base de discapacidad u orientación sexual, aumentar la privacidad, un mejor control de las fronteras nacionales, o reducir los riesgos de una crisis financiera. La regulación incluye algunas de las más importantes acciones que un gobierno puede adoptar y aquellas acciones afectan las vidas de las personas cada día de cada año”.

¹⁰⁰ HYMAN, D. y KOVACIC, W. 2014. Ob. cit. p. 1472.

¹⁰¹ Ob. cit. pp. 1474-1475.

La pregunta fundamental sobre diseño institucional en esta materia, plantean Hyman y Kovacic, consiste en saber si una agencia con múltiples objetivos y propósitos se encuentra en la posibilidad de cometer más o menos errores, y de qué tipo.

d) Resiliencia:

Los autores asignan a este término – tratado en este texto como un criterio o principio – un especial alcance. Basan su formulación en la posibilidad que tenga la agencia de adaptarse, en el tiempo, a cambios que se refieran, por ejemplo, a una reasignación de tareas regulatorias, y a desplazarse hacia objetivos “intra-agencia”. Si no se fortalece este principio, afirman Hyman y Kovacic, los costos de gestión de la agencia se incrementan y también la posibilidad de conflictos internos. En nuestra opinión, este principio podría llamarse “adaptabilidad regulatoria” o “flexibilidad institucional”.

e) Cohesión:

Parte del diagnóstico que efectúan estos autores indica acertadamente que al interior de las agencias se asignan tareas que implican la creación de unidades separadas, conforme a la naturaleza de la entidad. Ello, sin embargo, genera la posibilidad de que tales unidades concentren intereses, destrezas y habilidades que generen competencia dentro de la propia agencia. Y por ello es que estos autores afirman que “(...) la rivalidad intra muros puede ser beneficiosa o destructiva”. A veces suele mejorar la performance de uno o varios equipos dentro de esa agencia, pero puede lesionar sinergias positivas. Lo importante, entonces, son los objetivos de la agencia en general, y no solo los de las unidades en particular.

f) Efectos colaterales en el ecosistema regulatorio:

Usando la expresión “paisaje institucional” Hyman y Kovacic aprecian en él, grados de superposición de competencias (*overlapping*) que no siempre están debidamente

resueltas. Ello, en teoría al menos, debiera motivar una optimización de los grados de coordinación entre agencias que tienen deberes compartidos. De este modo, una de las maneras de disminuir los efectos colaterales que se generan por falta de coordinación, debiera ser un esquema de actividades conjuntas. En tal sentido, señalan estos autores, la obtención de un beneficio o mejora neta, con la creación de una nueva agencia, o bien con la reasignación de los poderes de una ya existente, debiera proceder sobre la base de una sofisticada comprensión de lo que denominan “ecología regulatoria”¹⁰².

En la doctrina chilena, el profesor Diego Pardow ha afirmado que “(...) la superposición de competencias también diluye la responsabilidad de fiscalizar, provocando una dinámica de acción colectiva bajo la cual todos los órganos involucrados se abstienen de actuar”. Esto motiva, según el autor chileno que “también puede suceder que varios órganos concurrentes actúen de manera sucesiva y en la misma dirección, como cuando una investigación acarrea una cascada de procesos sancionatorios posteriores”.

Recientemente, según da cuenta el profesor Diego Pardow, la iniciativa chilena llamada “CIRCA” (Comisión para la Integridad Regulatoria y Coordinación Administrativa) podría ser un elemento relevante en la discusión sobre la implementación de mecanismos de coordinación, supervisión del procedimiento de dictación de ciertas normas y reglamentos en el Poder Ejecutivo¹⁰³.

g) Implicancias políticas:

El último principio que analizan Hyman y Kovacic es el llamado “implicancias políticas”. El estudio de este criterio parte de la tradicional distinción que se hace en el ambiente anglosajón sobre “*Politics*” y “*policy*”.

¹⁰² HYMAN, D. y KOVACIC, W. 2014. Ob. cit. 1481. Este término “regulatory ecology” ha sido explicado en un antiguo trabajo de SCHOLZ, J. 1984. Cooperation, Deterrence, and the Ecology of Regulatory Enforcement, *Law & Society Review* 18(2): pp. 179-224.

¹⁰³ PARDOW, D. La Segunda, 28 de Diciembre de 2017.

Debo destacar en esta parte del trabajo que el contenido de la teoría jurídica sobre la regulación económica suele identificar estas materias más con aspectos decisionales y técnicos (*policy*) que con cuestiones de fuerte contenido ideológico, o incluso agonal de la política.

En el caso que se trata, estos autores sostienen que la dimensión política es crucial para el diseño de agencia, pues las decisiones sobre el lugar donde la autoridad se sitúa, pueden determinar quién resolverá ciertas disputas, y en varios casos, cuáles serán los efectos de las mismas. Del mismo modo, una de las aplicaciones que me parece más acertadas de este principio, por parte de Hyman y Kovacic, es que las agencias que comprenden estas dinámicas [de poder] logran evitar la creación de dificultades políticas¹⁰⁴.

2.8.2. Ottow (2015)

La autora holandesa Annetej Ottow postula un modelo de análisis expresado en un acrónimo que ella denomina LITER. Este contiene las iniciales de las palabras *Legality, Independence, transparency, effectiveness, responsibility*. En síntesis, Ottow argumenta, respecto de la legalidad (legality) que, si bien las cuestiones de diseño son organizacionales, ello no significa que excluyan la legalidad. En este sentido –y a mi juicio haciéndose cargo de una difundida desvaloración de los asuntos orgánicos– ella sostiene que cualquier diseño institucional debe seguir el set de reglas básicas aplicables a cualquier proceso de formación de decisiones en un Estado democrático. Esto, porque dichas reglas traen consecuencias para el diseño, especialmente en cuanto ellas puedan afectar derechos fundamentales, por ejemplo, en el otorgamiento de potestades sancionatorias¹⁰⁵.

Enseguida, respecto del principio de independencia, la profesora Ottow afirma que se trata de una de las bases más importantes para el diseño de autoridades de mercados y competencia. Al respecto, su formulación es terminante: estas agencias debieran ser

¹⁰⁴ HYMAN, D. y KOVACIC, W. 2014. Ob. cit. p. 1482.

¹⁰⁵ OTTOW, A. 2015. Ob. cit. p. 79.

designadas de un modo tal que estén disponibles para tomar decisiones objetivamente y sin influencias indebidas.

Ello se logra, según su parecer, con un *staff* profesional, con financiamientos adecuados y una experticia tal que asegure estándares de alta calidad e integridad, tanto en la organización como en el producto decisonal (en el caso chileno, normativo, fiscalizador, sancionatorio, e incluso de *advocacy*) que se quiera generar. Por ello, señala Ottow, el modo como el gobierno de una agencia es designado puede fortalecer o debilitar su independencia, debiendo sus miembros servir el cargo sólo por un período específico, restringiendo las prórrogas de nombramiento o también las condiciones de su remoción.

En cuanto a la transparencia, Ottow la concibe como “(...) la otra cara de la independencia”, pues la transparencia debe entenderse como un elemento esencial en el diseño de una buena agencia, que, manifestado en la práctica institucional, se traduce en la obligación de provisión de información al público, al poder legislativo, a los actores de mercado relevantes, junto con la publicación de los datos que permitan comprender las decisiones de la agencia¹⁰⁶. En mi opinión, el estándar de transparencia que explica Ottow es la base para generar mecanismos de predictibilidad y razonable proyección de la decisión reguladora. Aun cuando en un contexto de Derecho continental, la ausencia del precedente y la consagración del efecto relativo de las sentencias implica un rasgo esencial del sistema, en materia de decisión de tribunales especializados –como en el ámbito de libre competencia– es posible avanzar en esa dirección.

En lo referente al principio de efectividad, la autora holandesa explica que una buena elección de estructuras de gobierno en una agencia, incrementará la efectividad organizacional e incentivará a los líderes de esas entidades a mejorar el desempeño de sus funciones. Esta fórmula, según Ottow, podría resumirse en la siguiente frase: “mejorar los efectos a través de una mejor gobernanza”. En tal sentido, resalta Ottow, debe existir un balance entre la eficiencia administrativa y los requerimientos del debido proceso.

Finalmente, el principio de responsabilidad es concebido, en el análisis de esta autora, a través de la obligación de generar una buena práctica profesional en sus gestiones, sus

¹⁰⁶ OTTOW, A. 2015. Ob. cit. passim.

valores, su visión y el trabajo diario. Ello debe significar la búsqueda permanente de credibilidad pública, autoridad y por lo tanto, legitimidad a través del establecimiento de altos estándares éticos y profesionales. Según Ottow, la introducción de procedimientos internos y claros de *compliance* y códigos éticos, comunicados eficazmente a los usuarios, puede aumentar la relevancia social y aceptación de esa organización.

2.8.3. Lombardi y Moschella (2017)

Estos autores analizan los conceptos llamados “*Macroprudential*” y “*microprudential*” Regulation¹⁰⁷. La precisión que cabe hacer respecto de estos conceptos, es que más que constituir principios en sí mismos, se trata de una propuesta de enfoques destinada a implementar los principios expuestos. Según Lombardi y Moschella, para algunos reguladores, el objetivo de las políticas macroprudenciales consiste en identificar, monitorear y hacerse cargo de riesgos financieros sistémicos. Esto, en atención a que, en la actualidad, un riesgo de interrupción de los servicios financieros causado por un deterioro de todo o parte del sistema puede causar graves consecuencias negativas para la economía real¹⁰⁸.

De esta forma, señalan estos autores, el argumento a favor de la política macroprudencial se basa en el reconocimiento de que las fallas del mercado financiero tienen una influencia crítica en los resultados macroeconómicos y que la regulación microprudencial es necesaria pero no suficiente para mitigar los fracasos que dan lugar a externalidades sistémicas. Así, afirman, la regulación microprudencial se centra en la salud de las instituciones individuales, y sus modelos típicamente asumen que los riesgos son exógenos¹⁰⁹. A diez años de la caída de las llamadas empresas TBTF (*Too Big To Fail*),

¹⁰⁷ LOMBARDI, D. y MOSCHELLA, M. 2017. The symbolic politics of delegation: macroprudential policy and independent regulatory authorities. *New Political Economy* 22(1): pp. 92–108.

¹⁰⁸ La Resolución N° 102, de fecha 27 de Diciembre de 2018, la Superintendencia de Pensiones ha aprobado su modelo de Supervisión basado en Riesgos (SBR) en el cual se explica que “(...) la supervisión basada en riesgos por la Superintendencia de Pensiones consiste en procesos estructurados orientados a identificar, monitorear, controlar y mitigar los riesgos más críticos que enfrentan los fondos, las administradores y el IPS, por la vía del análisis de los riesgos asociados a sus procesos y a la evaluación de la gestión de los mismos”. Superintendencia de Pensiones. 2017. Resolución N° 102 [en línea] <https://www.spensiones.cl/portal/regulacion/582/articles-12928_recurso_1.pdf> [consulta: 30 junio 2017].

¹⁰⁹ LOMBARDI, D. y MOSCHELLA, M. 2017. Ob cit. pp. 92–108.

diversas respuestas han surgido, tanto desde la perspectiva del diseño normativo sobre conductas, como también desde el diseño de agencias.

Un trabajo del profesor Emilio Avgouleas (2012)¹¹⁰ permite identificar tres etapas en la evolución de los modelos de gobernanza financiera global: (i) La fase Bretton Woods, que transcurre desde 1947 a 1997, en la cual debe considerarse un sub periodo posterior a 1972, que se caracteriza por un tránsito al sistema de flotación de tasas; (ii) La fase posterior a la Crisis Asiática, que comprende desde 1998 a 2008, la cual se caracteriza por una evolución en las estructuras de gobierno financiero global hacia un marco regulatorio más estricto, llamado Nueva Arquitectura Financiera Internacional (NIFA); (c) El período post 2008, en el que las políticas económicas domésticas e internacionales han intentado hacer frente a las consecuencias de la crisis financiera global, llenando prácticamente las agendas regulatorias y de discusión pública.

Esta arquitectura regulatoria financiera, según este mismo autor tiene cuatro objetivos definidos: (a) protección de consumidores e inversionistas; (b) la preservación de la confianza (fe pública) en el mercado; (c) la protección contra el riesgo sistémico, y ; (d) mantención de la prosperidad económica. En términos generales, continúa Avgouleas, los peligros de riesgo sistémico deben ser enfrentados a través de regulaciones prudenciales que logren compatibilizar la adecuación de los estándares normativos para flujos de capital y los principios de supervisión para bancos y entidades no bancarias, a fin de preservar la salud del sistema, como un todo, y controlar el riesgo sistémico. Ciertamente, reafirma este autor, la regulación no busca crear un ambiente donde exista cero fallas, pero si un contexto en que la falla institucional pueda ser administrada a fin de no perjudicar la estabilidad del sistema o generar una dislocación del mercado¹¹¹. En Chile, cabe destacar que el profesor Diego Pardow (2015) aplica estas categorías al distinguir entre regulación prudencial y regulación conductual. También sobre este punto, el Premio Nobel de Economía de 2014, Jean Tirole ha señalado que “(...) las reformas actuales tienden también a ser macroprudenciales; en otras palabras, se basan en la idea de que un banco no depende solamente de sus fondos

¹¹⁰ AVGOULEAS, E. 2012. Governance of Global Financial Markets. The Law, The Economics, The Politics. Cambridge, Cambridge University Press, p.157.

¹¹¹ AVGOULEAS, E. 2012. Governance of Global Financial Markets. The Law, The Economics, The Politics. Cambridge. Cambridge University Press, p. 218.

propios y de su liquidez, sino también de la solidez de los otros bancos”¹¹². Un ejemplo relevante son las llamadas *Systemic Regulatory Agencies* (SRAs), una de cuyas manifestaciones en nuestro medio es la recientemente creada Comisión para el Mercado Financiero (CMF).

2.9.1. Poderes y facultades

a) Lo general

El tema de los poderes de agencias reguladoras es relevante, pues se trata de aquellas potestades de las que están investidas estas entidades para llevar a cabo los fines que le son propios, conforme a su naturaleza y diseño.

Ya Adam Smith razonaba sobre esta cuestión, cuando afirmaba que “el segundo deber del soberano, el de proteger en cuanto le sea posible a cada miembro de la sociedad contra la injusticia y opresión de cualquier otro miembro de la misma, o el deber de establecer una administración exacta de la justicia, también requiere un gasto muy distinto en los diversos estadios de la sociedad”. Y en otro pasaje, el mismo autor reafirma que “(...) el objeto de las obras e instituciones públicas mencionadas es facilitar el comercio en general. Pero para facilitar alguna rama concreta se necesitan instituciones específicas que también requieren un gasto particular y extraordinario”¹¹³.

¹¹² TIROLE, J. 2017. *La Economía del Bien Común*. Madrid, Editorial Taurus, p. 368.

¹¹³ SMITH, A. 1776. *La Riqueza de las Naciones*. Libros I, II y III y selección de los libros IV y V. Tercera Edición. Madrid, Alianza Editorial, 2015. Traducción de Rodríguez, C. pp. 674 y 691.

Los poderes son indispensables, y por ello es que Caffagi y Pistor (2015) los han denominado “*regulatory capabilities*”¹¹⁴. Estas potestades normalmente se clasifican en normativas, fiscalizadoras¹¹⁵ y sancionatorias¹¹⁶.

Así por ejemplo, el poder normativo de una agencia se justifica en cuanto ésta tiene una suficiencia potestativa tal que, en razón de su habilitación legal, fundada en independencia y expertiz, le permite normar conductas de agentes de mercado, con alta pretensión de concreción y eficacia. Como decía Aman, hace más de tres décadas, una de las ventajas de las agencias reguladoras es que no tienen que movilizar a toda la legislatura para lograr el cambio en una regla, incluso pudiendo experimentar y adaptarse a las circunstancias que afectan a las industrias que rigen¹¹⁷.

De igual modo, parece interesante dejar constancia acerca del llamado fenómeno de colaboración privada en el ejercicio de potestades públicas, el cual, en palabras de Cantero, se materializa en un contexto “(...) que denota un traslado a sujetos privados de potestades publicas, especialmente de las funciones de autorización, inspección y certificación que antes realizaba directamente la Administración y que han pasado por voluntad del propio legislador a ser desarrolladas por los sujetos privados en importantes sectores de la actuación administrativa”. Algunas de estas categorías que manifiestan esta colaboración de los sujetos

¹¹⁴ CAFAGGI, F. y PISTOR, K. 2015. Regulatory capabilities: A normative framework for assessing the distributional effects of regulation. *Review Regulation & Governance* (9): 95-107.

¹¹⁵ Por ejemplo, en materia de la potestad de inspección: LEAL, B. 2015. La potestad de inspección de la administración del Estado. Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, Numero 56, Sobre control, BRAVO, C. y BARRA, E. 2015. Control administrativo de la Superintendencia de Valores y Seguros sobre Hipotesis de uso de información privilegiada. Análisis Jurisprudencia. Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, Numero 57.

¹¹⁶ CORDERO, E. 2015. Derecho Administrativo Sancionador. Santiago, Editorial Thomson Reuters; ARANCIBIA, T. 2015 Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de sanciones administrativas. Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Numero 58.

¹¹⁷ AMAN, A. 1989. Administrative Law in a Global era: Progress, deregulatory change and the rise of Administrative Presidency. *Cornell Law Review* 7: “In many ways, the best and the worst that can be said for substantive agency law is that it is disposable. Its primary advantage is that an agency need not politically mobilize the legislature every time it wants to change its rules and regulations. It can experiment and adapt to new circumstances in the industries with which it deals”.

privados con la administración serían las autorizaciones, las concesiones administrativas e incluso, convenios de colaboración¹¹⁸.

La disección de potestades de que están investidos estos órganos distingue frecuentemente en poderes normativos, fiscalizadores, sancionadores y de incentivo. Debe agregarse a ese set de funciones las referidas al diseño e implementación de políticas públicas¹¹⁹.

Finalmente, una adecuada implementación de un diseño de poderes, junto a mecanismos de mitigación de riesgo, sobre todo en el caso de actividades financieras, puede impedir cierta laxitud regulatoria¹²⁰.

Este concepto, utilizado por Posner a propósito de sus análisis sobre la crisis financiera de 2007, no reconoce mucha elaboración doctrinaria.

En nuestra opinión, la laxitud regulatoria debe entenderse conforme a dos acepciones. La primera, en relación al ejercicio de una facultad de vigilancia, en la cual el regulador negligentemente no aplica u ordena aplicar los procedimientos de monitoreo o fiscalización de agentes y sus conductas. La segunda acepción, esta vez en un sentido sustancial, entiende la laxitud como la falta de aptitud disuasiva, o incluso sancionatoria, del producto normativo generado por el regulador.

b) Agencias y Tribunales

Una comparación entre agencia y un tribunal es útil. Ya se ha indicado que la solución de política pública que prevaleció en Chile durante la década 2000 fue la creación

¹¹⁸ CANTERO, J. 2011. A vueltas con el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por los particulares. Nuevos retos para el Derecho Administrativo. Revista Española de Derecho Administrativo (151): pp.631-639.

¹¹⁹ BACH, T. et al. 2012. The role of agencies in policy-making. Policy and Society 31: pp. 183-193 [en línea] <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S144940351200029X>> [consulta: 17 noviembre 2016].

¹²⁰ POSNER, R. 2012. Is capitalism in crisis? [en línea] <<http://www.becker-posner-blog.com/2012/02/is-capitalism-in-crisis-posner.html>> [consulta: 3 junio 2017].

de varios tribunales especializados, en cuyos diseños institucionales se contempla la facultad de dictar normas. O sea, son tribunales con poderes regulatorios.

La doctrina se ha hecho cargo de esta diferenciación entre agencias y Cortes, o tribunales, a través de confrontar los conceptos de regulación y litigación. Este modo de análisis me parece interesante para los efectos de estudiar la posibilidad de crear nuevos tribunales especializados, o bien optar por modelos de agencias con poderes administrativos con revisión judicial.

Una aproximación a este problema –a mi juicio, una de las más clarificadoras–, ha sido planteada por Richard Posner, quien al comparar dichos modelos, establece cuatro dimensiones¹²¹: (i) la regulación tiende a usar mecanismos de control *ex ante* (preventivos), y la litigación emplea mecanismos *ex post* (*deterrent*); (ii) la regulación tiende a usar reglas, mientras que la litigación emplea *standards*¹²²; (iii) la regulación tiende a usar expertos (al menos quienes supuestamente lo son) para diseñar e implementar reglas, mientras que la litigación es dominada por generalistas (jueces, abogados litigantes, jurados), aunque los expertos proveen su conocimiento como testigos; (iv) la regulación tiende a usar los mecanismos de ejecución (*enforcement*) público. La litigación más comúnmente usa mecanismos de ejecución (*enforcement*) privado (juicios civiles administrados por abogados privados, aun cuando la decisión que resuelve el litigio es hecha por un juez, que es un actor público).

En este análisis, Posner aprecia ventajas y desventajas, proponiendo una relación dialéctica en que contraponen las agencias con los tribunales, pero estableciendo, para cada uno, antecedentes favorables y otros desfavorables (*pros* y *contra*).

Posner sostiene que entre los “*pros*” de las agencias, debe destacarse el hecho que “(...) son especializadas, y esto facilita el desarrollo de *expertiz* en materias técnicas”, como

¹²¹ POSNER, R. .2011. Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts). An Analytical Framework. En: KESSLER, D. 2011 (Editor). Regulation versus Litigation. Perspectives from Economics and Law. Chicago, The University of Chicago Press, p.13.

¹²² En el texto citado, Posner entiende tanto reglas como estándares en la categorías de “técnicas regulatorias”. El párrafo es “A rule abstracts from a number of relevant facts (as in a numerical speed limit, which ignores other circumstances bearing on the danger caused by driving). A standard, such as “due care”, or “unreasonable restraint of trade”, or “recklessness” is open –ended because it directs the judge or jury or other regulation to consider the particular circumstances in which a violation is alleged.

en el caso de la FDA (Food and Drug Administration) de Estados Unidos. También, señala Posner, usualmente estas agencias tienen grandes equipos de personas (*staff*) y poderes flexibles, y frecuentemente son autorizados para usar regulaciones tanto *ex ante* como *ex post*.

Luego, afirma Posner que las agencias no están tan obligadas por el precedente – se entiende en el sistema de los Estados Unidos – como las cortes de ese país. Incluso, llega a sostener que los miembros que integran una agencia tienen a veces más legitimidad política que los jueces, porque ellos no gozan de “*tenure*” o inamovilidad de su cargo, y por lo tanto tienen menos necesidad de evitar ser “activistas” y demostrar continuidad con decisiones judiciales pasadas. En este sentido, continúa Posner, los jueces son reacios a innovar, o al menos, parecer innovadores, para que no sean acusados de cruzar la línea que separa la aplicación de la ley con la actividad legisladora, ésta última considerada en la ortodoxia jurisprudencial y en la teoría política más bien una función legislativa que una judicial¹²³.

En cuanto a los “*contra*” de las agencias, Richard Posner sostiene que las agencias están sujetas a una presión más intensa por los grupos de poder que las Cortes o tribunales en general. Las cabezas directivas de las agencias reconocen una generación política en sus designaciones y su trabajo está monitoreado de manera muy cercana por el Congreso.

Complementa también Posner que, el hecho que los miembros de las agencias sean especialistas, y que sean menos aislados del proceso político que los jueces, los hace objetivos de especial influencia por grupos de poder, hecho del cual se deriva la conocida “teoría de la captura”, puntualiza Posner.

De igual forma, sostiene que, históricamente la misión de las agencias reguladoras ha sido frecuentemente anticompetitiva, según explica la teoría de la captura; es decir, los grupos de interés buscan influir en las agencias y aislar a nuevos grupos colocando barreras de entrada y bloqueando el acceso de nuevos interesados. De la misma forma, añade Posner, la ejecución de políticas regulatorias válidas es frecuentemente frustrada por la dependencia de los reguladores de la información entregada por las industrias reguladas y por los

¹²³ POSNER, R. 2011. Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts). An Analytical Framework, En: KESSLER, Daniel (Editor). Regulation versus Litigation. Perspectives from Economics and Law. Chicago, The University of Chicago Press, p.19

incentivos perversos que supone el comportamiento de “puerta giratoria” en este ámbito, sentencia Posner¹²⁴.

3. Explorando el puzzle de entidades reguladoras chilenas

3.1. Algo de historia

El profesor J. Jordana, en su trabajo sobre la formación del Estado regulador en América Latina, delinea una reseña histórica acerca del concepto y condición jurídica de las entidades reguladoras de actividades económicas, llamadas “superintendencias”¹²⁵. Jordana sostiene que existen dos denominaciones dominantes en la calidad de órganos que cumplen alguna función supervisora de actividades económicas en América Latina, y que son las “juntas” y las “superintendencias”, “ambas formas de delegación burocrática que tienen su origen en la época colonial española”¹²⁶.

Las primeras, señala Jordana “tienen su origen en la época medieval”, mientras que “la figura de la Superintendencia se originó en el siglo XVI. De hecho, uno de los primeros casos documentados por los historiadores se refiere al Virrey del Perú, como Superintendente, ya en 1575. En los siguientes dos siglos las Superintendencias fueron empleadas para diferentes propósitos, y también tuvieron una consideración formal como un título dentro de la administración pública española”.

Según Jordana, las superintendencias se utilizaban con dos fines: el primero era “controlar y supervisar las diferentes áreas de la administración pública” y el segundo consistía en “identificar la alta complejidad de las tareas involucradas”.

Continúa su análisis, señalando que “(...) tanto Superintendencias como Juntas fueron formas institucionales que se concentraron en administrar áreas específicas de interés

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ JORDANA, J. 2011. The institutional development of the Latin American Regulatory state, *En*: LEVI-FAUR, D. (Edit.) The Handbook on the Politics of Regulation. Edward Elgar, Cheltenham.

¹²⁶ *Ob. cit.* p. 51.

público, separadas de la estructura general de la administración pública”. Y concluye que “la diferencia básica entre las dos estaba relacionada con su composición: mientras que la superintendencia se basaba en el titular de una sola oficina, la Junta era un órgano colegiado, integrado por varios miembros. Otra diferencia era que la Superintendencia solía tener un perfil de gestión, mientras que la Junta se concentraba en responsabilidades jurisdiccionales, aunque en muchos casos se combinaron en cierta medida ambas actividades”.

Un primer caso de una entidad llamada “Superintendencia” está contenido en el artículo 154 de la Constitución de 1833, el cual contemplaba la existencia de una superintendencia de educación, señalando: “Habrá una superintendencia de Educación Pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional y su dirección bajo la autoridad del gobierno”¹²⁷.

Veinte años más tarde, una ley de 29 de Julio de 1853 fijó la planta de los ministerios chilenos. En dicha ley, desde el punto de vista orgánico, se establecía un esquema jerárquico de funcionarios dividiéndolos en oficiales mayores, jefes de secciones, oficiales de número y auxiliares. En ese entonces, el ámbito referido a la economía recaía fundamentalmente en el Ministerio de Hacienda, el cual le competía “no sólo el manejo de entradas y gastos, sino que también el fomento de las actividades productivas. Estas últimas funciones siguieron asignadas a esta secretaria hasta la reorganización de los Ministerios en 1887”¹²⁸.

En este mismo Ministerio, en el año 1875, por una ley aprobada el 22 de diciembre de ese año, se estableció que la administración general de la Hacienda Pública quedaría a cargo de cinco oficinas: la Corte de Cuentas, la Dirección de Contabilidad General, la Dirección del Tesoro y Amonedación, la Dirección de Impuestos y Crédito Público; y la Dirección de Aduanas.

Cabe señalar que en 1872 se había creado un órgano llamado Superintendencia de Aduanas, que se ocupaba de la supervigilancia de las diferentes aduanas del país. Con la Ley de Reorganización de Ministerios, de 21 de junio de 1887, se asignó de una manera diversa

¹²⁷ DOUGNAC, A. 1984. La educación en Chile bajo la Constitución de 1833. Revista Chilena de Historia del Derecho (10): pp. 221 -230.

¹²⁸ BERNEDO, P.; CAMUS, P.; COUYOUMDJAN, R. 2014. 200 años del Ministerio de Hacienda de la República de Chile. Santiago, Ministerio de Hacienda, p. 49.

algunas funciones referidas a la supervisión y fomento de actividades económicas, creando una nueva secretaría –la de Fomento y Obras Públicas– y ordenando algunas tareas. A modo de ejemplo, al Ministerio de Hacienda además de las labores propias de la administración de rentas públicas, recaudación e inversión, también se le asignaron funciones de vigilancia e inspección de oficinas recaudadoras, y de fiscalización. De este modo, la administración de Rentas Públicas se llevaba a cabo en dos secciones: la de Aduanas y la de Rentas Públicas. La primera asumió las funciones de la anterior Superintendencia de Aduanas y la segunda estuvo dotada de funciones de supervisión de bancos y sociedades anónimas.

El examen de las fuentes revela que, desde el punto de vista histórico, desde el año 1890 se comienzan a sentir los efectos de una crisis económica severa, que obligó al Estado a contar con nuevos recursos fiscales. Las causas de esa escasez fiscal, afirman algunos autores, tenía que ver con el excesivo dispendio estatal en la ampliación de la administración pública, criticado incluso por Ministros de Hacienda¹²⁹.

Más recientemente, en la doctrina nacional, el profesor Diego Pardow ha distinguido tres etapas en la configuración de modelos de las agencias chilenas. La primera comienza con las recomendaciones de la Comisión Kemmerer, que influyó sustantivamente en el diseño inicial de instituciones; luego, la llamada “revolución silenciosa” implementada por la intervención de los “Chicago boys” durante su permanencia en el gobierno 1973-1990; y finalmente la etapa de ingreso de Chile a la OECD, la cual ha significado un replanteamiento relevante para varias reformas institucionales¹³⁰.

La primera de las etapas que el profesor Pardow identifica en materia de diseño de instituciones, se distingue porque en ella cobra un rol relevante las recomendaciones de la misión encabezada por el profesor de Economía de la Universidad de Princeton, Edwin W. Kemmerer, que visitó Chile entre julio y octubre del año 1925. Fruto de ese análisis, que se tradujo en propuestas de estructura orgánica pública, se estimó que la contribución de la

¹²⁹ El Ministro de Hacienda de la época, Ramón Santelices, estimaba que el gasto en ampliar la administración pública podría haberse efectuado en gestiones que generaran más (...)” aliento que produjeran verdadero alivio a la agricultura, a la minería y a la industria. En cambio, las rentas fiscales se invierten en su totalidad en mantener un cuerpo de empleados verdaderamente exagerado, enervando así las energías de los chilenos que, en lugar de mantenerse en la ociosidad y pobreza de los empleos públicos, deberían dedicarse al trabajo libre que moraliza y concede una envidiable independencia”. Ob. cit. p.73.

¹³⁰ PARDOW, D. 2016. ¿Control o autonomía? El debate sobre agencias regulatorias independientes. Inédito, citado con autorización del autor.

misión fue técnica, pero sobre también política. Así, con bastante celeridad se creó el Banco Central de la República de Chile, por una ley de 22 de agosto de 1925. Casi un mes después, el 25 de septiembre de 1925 se publicaba la llamada Ley General de Bancos, que contemplaba la Superintendencia de ese mercado, que entro en funciones en diciembre de 1925, debido a la quiebra del Banco Español de Chile. Se crea también, al amparo de estas recomendaciones, la Tesorería General de la República, se dicta el Reglamento orgánico de la Dirección General de Impuestos Internos, el de la Ordenanza General de Aduanas, la oficina de Presupuestos y a fines de 1927, la Contraloría General de la República. Durante el gobierno del General Carlos Ibáñez del Campo, la Secretaría de Hacienda desempeño un rol fundamental en la organización de la institucionalidad económica del país¹³¹.

Sin embargo, la relativa “*pax*” que se vivió entre los años 1927 y 1928, terminaría con los dramáticos efectos de la crisis de 1929, conocida como la “Gran Depresión” y que trajo el colapso de los mercados internacionales, y el reconocimiento a Chile como “la nación más devastada “por dicha crisis, según un informe de la Liga de las Naciones¹³².

Paulatinamente se va produciendo una expansión de lo que el historiador Bernardino Bravo denomina “*instituciones paraestatales*”. En materia de instituciones económicas, hay hitos concretos dentro del aparato estatal, tales como la creación en 1955 de un Ministerio de Minería y en 1961 de un Ministerio de Economía. Pero, en el ámbito de lo “*para estatal*”, se produce un aumento de los servicios y oficinas dependientes de las secretarías de estado, las cuales suben de 70 a 82 entre 1933 y 1942. Bravo también señala que esas “27 instituciones de 1933 se duplican en el cuarto de siglo siguiente y al comenzar la década de 1970 pasan de 70. Se articula una red que gravita sobre gran parte de las actividades nacionales: económicas, previsionales, vivienda, comunicaciones y fomento”¹³³.

En una perspectiva general se puede establecer que, el diseño de agencias chileno mayoritariamente se sustenta en instituciones estatales que ejercen funciones de fiscalización, control, normativas y sancionatorias, cuyo gobierno institucional es de carácter

¹³¹ BERNEDO, P.; CAMUS, P.; COUYOUMDJAN, R. 2014. Ob. cit. p.101.

¹³² Ob. cit. p.106.

¹³³ Ob. cit. pp.329 y 330.

unipersonal, con dependencia específica de un Ministerio, y que se denominan Superintendencias.

Sin embargo, los procesos de privatización iniciados a finales de la década de los años setenta y durante la década siguiente, consolidaron esta figura de la cual el profesor Sebastián Soto estima que exhiben “alto poder regulador, amplia discrecionalidad, importantes capacidades interventoras, concentración de la fiscalización y el poder sancionatorio en una sola mano (juez y parte)”¹³⁴.

En la doctrina nacional, los profesores José Francisco García y Luis Cordero han examinado los rasgos característicos del modelo de agencias reguladoras en el sistema chileno.¹³⁵ Este análisis se estructura sobre la distinción de cinco diferentes categorías de organizaciones administrativas que cuentan con algún grado de potestades referidas al funcionamiento de mercados y de conductas que diversos agentes realicen en ellos. Estas son: “(i) Ministerios, a cargo el diseño de la regulación de la política pública; (ii) Servicios públicos (en donde existe una amplia gama, desde las universidades hasta las Superintendencias) caracterizados legalmente como órganos de ejecución; (iii) Autonomías constitucionales (Contraloría y Municipalidades) que como se sabe, buscan estar desvinculados del centro administrativo, y por eso son denominados “acentralizados”; (iv) agencias independientes, variable contemporánea que progresivamente ha ido siendo reconocida como categoría de clasificación de determinadas figuras administrativas” y (v) personas jurídicas de Derecho privado (corporaciones o fundaciones) previa autorización legal cuando requieren llevar a cabo actividades que no forman parte de la función pública específica y no ejerzan potestades públicas”¹³⁶.

El diagnóstico de los profesores Cordero y García sostiene que existen dos principios fundamentales que deben modelar la actuación de cualquier agencia regulatoria:

¹³⁴ SOTO, S. Súper Ochenteras. Columna en diario Estrategia, 14 de octubre de 2008.

¹³⁵ CORDERO, L. y GARCIA, J. 2012. Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias. Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales, Santiago, pp. 415-435

¹³⁶ Ob. cit. p. 419.

a) principio de legitimidad procedimental, referido al mandato legal de la agencia, el sometimiento a las normas del debido proceso y *accountability* (control y contrapesos);

b) legitimidad sustantiva, en términos de exhibir estándares de experticia y conocimiento técnico, unida a eficacia y eficiencia. Si el equilibrio entre ambos principios no se logra, entonces el diseño institucional puede generar fallas y eventuales pérdidas de bienestar social.

Sin embargo, el modo cómo la crisis financiera de 2008 afectó la interacción del poder administrativo con los mercados, junto a ciertas experiencias nacionales detectadas por la práctica regulatoria y por la doctrina jurídica, habría que agregar un par de razones que obligan a hacerse cargo de la materia de este análisis. Por un parte, “la existencia de una alta demanda por resolver los problemas de política pública mediante diseños institucionales, lo que implica reformas de infraestructura; y por otra, una asentada preferencia, incluso política, por la figura de superintendencias”¹³⁷.

Así, la discusión actual en nuestro medio se ha centrado en la posibilidad de avanzar institucionalmente, desde el modelo de superintendencias hacia el estándar promovido por la OECD, en orden a configurar un modelo de agencias regulatorias independientes.

Con ellas, según los profesores Cordero y García, “se hace referencia a ciertos organismos públicos, insertos en la administración del Estado, que fueron creados en tal condición o bien reformados hacia esa figura y que disponen de una considerable autonomía frente al gobierno y a la potestad presidencial, dado que actúan en ámbitos de trascendencia económica, política o social en donde resulta indispensable que exista desvinculación del centro administrativo de decisión”¹³⁸.

¹³⁷ GARCIA, J. .2014. De las Superintendencias a las Agencias Regulatorias Independientes. Presentación en Seminario “Administración del Estado y Regulación Económica”, viernes 11 de abril de 2014, Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

¹³⁸ CORDERO, L. y GARCIA, J. 2012. Ob. cit. pp. 419-420.

3.2. Las piezas del puzzle

Un breve repaso general del *puzzle* nacional, da cuenta que los Ministerios –también llamados en otros sistemas como Secretarías de Estado– son los encargados de definir y fijar las políticas públicas en sectores específicos.

En Chile existen 22 Ministerios¹³⁹. Once (11) entidades formalmente se llaman “Superintendencias”¹⁴⁰; cuatro (4) se denominan “Agencia”¹⁴¹; nueve (9) son denominadas “Comisión”¹⁴². En algunas áreas, existen algunas superintendencias que resultan interesantes para esta investigación.

¹³⁹ La lista de Ministerios y algunos órganos de interés para este trabajo es la siguiente:

1. Ministerio del Interior y Seguridad Pública: Agencia Nacional de Inteligencia; Servicio de Gobierno Interior de la República
2. Ministerio de Relaciones Exteriores: Agencia de Cooperación Internacional de Chile; Direcon; Difront; Instituto Antártico Chileno;
3. Ministerio de Defensa Nacional: Instituto Geográfico Militar; Dirección General de Movilización General; Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante; Dirección General de Aeronáutica Civil; SHOA; Servicio Aerofotogramétrico;
4. Ministerio de Hacienda: SVS, SBIF, SCyJ, SII, Aduanas, Servicio Tesorerías; Dirección de Presupuestos; Dirección de Compras y Contratación Pública; Dirección del Servicio Civil; UAF
5. Ministerio Secretaría General de la Presidencia: Consejo para la Transparencia; INDDHH
6. Ministerio Secretaría General de Gobierno: Consejo Nacional de Televisión
7. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo: Sernac, Sernapesca, Sernatur; INAPI, INE, Superintendencia Insolvencia y Reemprendimiento; Agencia promoción Inversión Extranjera; FNE
8. Ministerio de Desarrollo Social
9. Ministerio de Educación: Superintendencia de Educación; Agencia de calidad en la Educación; Consejo de rectores de la Universidades Chilenas; Consejo Nacional de Educación; Consejo de Calificación Cinematográfica; Comisión Nacional de Acreditación; Comisión Administradora de Créditos para la Educación Superior; CONICYT.
10. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos:
11. Ministerio del Trabajo y Previsión Social: Superintendencia Seguridad Social; Superintendencia de Pensiones; Dirección del Trabajo; Comisión del sistema nacional de Competencias Laborales;
12. Ministerio de Obras Públicas: Superintendencia de Servicios Sanitarios; Dirección General de Aguas; Dirección General de Obras Públicas (Dirección de Planeamiento, Dirección de Contabilidad y Finanzas, Dirección de Arquitectura, Dirección de Obras Hidráulicas, Dirección de Obras Portuarias; Dirección de Aeropuertos, Dirección de Vialidad)
13. Ministerio de Salud: Superintendencia de Salud, Instituto Salud Pública;
14. Ministerio de Vivienda y Urbanismo: Serviu
15. Ministerio de Agricultura: Servicio Agrícola y Ganadero; Comisión Nacional de Riego; Instituto de Desarrollo Agropecuario
16. Ministerio de Minería: Comisión Chilena del Cobre; Sernageomin.
17. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones: Subtel; Junta Aeronáutica Civil;
18. Ministerio de Bienes Nacionales.
19. Ministerio de Energía: Superintendencia Electricidad y Combustibles; Comisión Chilena de Energía Nuclear; Comisión Nacional de Energía.
20. Ministerio del Medio Ambiente: SMA; SEIA
21. Ministerio del Deporte: Instituto Nacional de Deporte
22. Ministerio de la Mujer y de la Equidad de Género: Servicio Nacional Mujer
23. Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes

¹⁴⁰ SVS, SBIF, SCyJ, Superintendencia Insolvencia y Reemprendimiento, Superintendencia de Educación; Superintendencia Seguridad Social; Superintendencia de Pensiones; Superintendencia de Servicios Sanitarios; Superintendencia de Salud; Superintendencia Electricidad y Combustibles; Superintendencia de Medio Ambiente.

¹⁴¹ Agencia Nacional de Inteligencia; Agencia de Cooperación Internacional de Chile; Agencia promoción Inversión Extranjera. Agencia de calidad en la Educación.

¹⁴² Comisión Nacional de Acreditación; Comisión Administradora de Créditos para la Educación Superior; CONICYT; Comisión del sistema nacional de Competencias Laborales; Comisión Nacional de Riego;

En el ámbito de la protección ambiental, la institucionalidad es encabezada por el Ministerio de Medio Ambiente. Se contempla una Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) definida como un “(...) servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente” (Art. 1, LOSMA). Además, se contempla la existencia del Servicio de Evaluación Ambiental (SEIA).

En Educación, la institucionalidad la encabeza el Ministerio de Educación. Una Ley N° 20.529 creó el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la educación Parvularia, Básica y Media y su fiscalización. Dicho sistema contempla la existencia de dos una Agencia de Calidad y una Superintendencia¹⁴³.

Comisión Chilena del Cobre; Comisión Chilena de Energía Nuclear; Comisión Nacional de Energía; Comisión para el Mercado Financiero.

¹⁴³ Agencia: La Agencia de Calidad de la Educación, cuyos órganos son un Consejo y un Secretario Ejecutivo, según el artículo 9, se define como un “(...) servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio y que se relacionará con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Educación”, y conforme a su artículo 10, “el objeto de la Agencia será evaluar y orientar el sistema educativo para que éste propenda al mejoramiento de la calidad y equidad de las oportunidades educativas, considerando las particularidades de los distintos niveles y modalidades educativas”, para lo cual estará dotada de una serie de atribuciones contempladas en el art. 11.

Superintendencia

: Por su parte, el art. 47 de la referida ley establece que la Superintendencia de Educación la Superintendencia de Educación, es un servicio público funcionalmente descentralizado y territorialmente desconcentrado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio y que se relaciona con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Educación. El mismo texto legal establece que esta Superintendencia constituye una institución fiscalizadora en los términos del decreto ley N° 3.551, de 1981, y estará afecta al Sistema de Alta Dirección Pública. El artículo 48 de dicha ley señala que el objeto de la Superintendencia será fiscalizar, de conformidad a la ley, que los sostenedores de establecimientos educacionales reconocidos oficialmente por el Estado se ajusten a las leyes, reglamentos e instrucciones que dicte la Superintendencia, en adelante "la normativa educacional". Asimismo, fiscalizará la legalidad del uso de los recursos por los sostenedores de los establecimientos subvencionados y que reciban aporte estatal y, respecto de los sostenedores de los establecimientos particulares pagados, fiscalizará la referida legalidad sólo en caso de denuncia. Además, proporcionará información, en el ámbito de su competencia, a las comunidades educativas y otros usuarios e interesados, y atenderá las denuncias y reclamos de éstos, aplicando las sanciones que en cada caso corresponda. Como se le dota de poderes normativos, la ley señala que “(...) las instrucciones que dicte la Superintendencia deberán resguardar el derecho a la educación, la libertad de enseñanza y los principios establecidos en el artículo 3° de la ley N° 20.370, General de Educación,” privándola expresamente de iniciar procesos sancionatorios por infracciones a normas legales que no integran la normativa educacional.

Por su parte, en la estructura que encabeza el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, se ubica la Superintendencia de Insolvencia y Re emprendimiento.¹⁴⁴ En materia de servicios sanitarios se contempla una Superintendencia de Servicios Sanitarios.

En el ámbito de la salud, dependiente de este Ministerio, se encuentra la Superintendencia de Salud. En materia de Trabajo, la institucionalidad la encabeza el Ministerio del ramo, y se contempla una Superintendencia de Pensiones y una Superintendencia de Seguridad Social.

En la organización que encabeza el Ministerio de Hacienda, se contempla una Superintendencia de Bancos –actualmente integrada a la Comisión del Mercado Financiero– y la Superintendencia de Casinos.

Las referencias a la Comisión del Mercado Financiero, que sustituye la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Valores y Seguros se efectúan en diversas partes de este trabajo. Valga señalar, en esta parte descriptiva, que en el ámbito de Mercado de Valores el regulador fue hasta el 14 de Enero de 2018 la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) cuyas funciones están establecidas en la Ley de Mercado de Valores N° 18.045 y el D.L. 3538.

El proceso de reforma regulatoria se inició formalmente con la tramitación del Mensaje N° 011-361 de 2 de Julio de 2013, que dio origen a un proyecto de Ley que buscaba crear una Comisión de Valores y Seguros, y en el cual se expresaban las razones que tuvo el Ejecutivo para proponer este cambio institucional, desde el modelo de Superintendencia del rubro, hacia un esquema colegiado.

En el mensaje original del proyecto, se analizaba el origen de la institucionalidad actual, el cual se encuentra en las recomendaciones de la Misión Kemmerer, según se ha

¹⁴⁴ El artículo 331 de la ley N° 20.720, de fecha 9 de Enero de 2014, establece que la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento es una persona jurídica, servicio público, descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, de carácter autónomo y, que se relacionará con el Presidente de la Republica a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. El art. 332 de la ley establece que “corresponderá a la Superintendencia supervigilar y fiscalizar las actuaciones de los Veedores, Liquidadores, Martilleros Concursales, administradores de la continuación de las actividades económicas del deudor, asesores económicos de insolvencia y, en general, de toda persona que por ley quede sujeta a su supervigilancia y fiscalización”.

señalado. El mensaje, en su contenido general, establecía un juicio favorable al rol que a dicha entidad le cupo en la gestión de la crisis financiera de 2008, rescatando su reputación y prestigio nacional e internacional, que derivan de su perfil esencialmente técnico¹⁴⁵.

Ese Mensaje constataba tres debilidades del modelo actual de agencia en materia de Mercado de Valores: (a) La existencia de autoridad unipersonal con amplias atribuciones, sin contrapesos ni filtros eficientes; (b) Una estructura de la SVS en que, en cuanto órgano que investiga posibles infracciones y resuelve en un procedimiento sancionatorio, concentra dichas facultades en el Superintendente, lo que genera riesgos de cuestionamientos a la imparcialidad; y (c) Atendida la dinámica del rol fiscalizador, regulatorio y sancionatorio en el mercado de valores y seguros, resulta del todo conveniente establecer una estructura colegiada que permita contar con diversidad de criterios y experiencia en la adopción de decisiones particularmente relevantes para estos mercados y hacer frente a los complejos escenarios que atraviesan los mercados, cada vez más globalizados”¹⁴⁶.

Sin embargo, el proyecto varió su diseño institucional hacia una Comisión del Mercado Financiero, (CMF) entidad colegiada que se ocupa de la supervisión del mercado financiero.¹⁴⁷ La Ley N° 21.000, publicada el 23 de febrero de 2017 establece la creación de la Comisión para el Mercado Financiero.

Es interesante, a nuestro juicio, citar la sentencia del Tribunal Constitucional chileno que se pronunció sobre esta ley, y en la cual se establece que la CMF es parte de la Administración del Estado. En el considerando Cuadragésimo séptimo de esa sentencia, el TC señala que “(...) el estatuto jurídico de un servicio público es el conjunto de normas

¹⁴⁵ Boletín 9015-05 que Crea la Comisión Nacional de Valores.

¹⁴⁶ Mensaje N° 011-361, de S.E El presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que crea la Comisión de Valores y Seguros, Santiago, 2 de Julio de 2013, p. 5

¹⁴⁷ Algunas opiniones de especialistas, revelan la necesidad de contar con un nuevo diseño institucional. Por ejemplo: “Para Raphael Bergoeing, ex superintendente de Bancos, uno de los mayores problemas de la regulación del sistema es el atraso respecto del resto del mundo. “En el país hemos restringido avances regulatorios, desde hace bastante rato, por criterios contables de la Dipres”, enfatizó. A la vez, comentó que “todavía estamos siendo gobernados intelectualmente por una parte de la industria que tiene mucha claridad de lo que fue la crisis del 82 y 83 y, por lo tanto, tenemos una regulación que funciona muy bien cuando vivimos una crisis, pero no se piensa en el día a día”. Por último, el presidente de la Bolsa de Comercio, Juan Andrés Camus, celebró la intención de integrar los organismos regulatorios, pero advirtió que bancos, emisores y AFP administran riesgos totalmente distintos y requieren de una especialización, por lo que recomendó mantener el funcionamiento de cada área de forma independiente” Diario El Pulso [en línea] <<http://www.pulso.cl/noticia/empresa---mercado/empresa/2016/12/11-96807-9-una-vez-aprobada-comision-de-mercado-financiero-por-tc-hacienda-enviaria-ley-de.shtm>> [consulta: 30 abril 2017].

constitucionales, legales y reglamentarias que lo regulan y que pueden ser definidas por el legislador, remitiendo a normas comunes a los organismos de la Administración o estableciendo normativas especiales, totales o parciales.

En este sentido, el artículo 2° del proyecto en examen –para la Comisión para el Mercado Financiero– buscaba establecer un estatuto jurídico especial y restringido respecto a los demás organismos de la Administración del Estado, pues lista las leyes que se le aplican y, además, señala que se le aplican supletoriamente¹⁴⁸.

En materia de Energía, la institucionalidad la encabeza el Ministerio de Energía, contemplando la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), la Comisión Nacional de Energía (CNE) y la Comisión Chilena de Energía Nuclear (COCHEN). La Comisión Nacional de Energía reviste una notable importancia, pues en este rubro existe una división entre los segmentos de generación, transmisión y distribución de energía. A partir de esa segmentación se cuenta la existencia de una institucionalidad que opera en esa estructura.

En ese mercado, un diseño interesante de destacar, en esta institucionalidad eléctrica, es el Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional. Está contemplado en la Ley N° 20.936, publicada el 20 de Julio de 2016 y que establece un nuevo sistema de Transmisión Eléctrica.

Este órgano es el continuador legal de los llamados CDEC SIC y CDEC SING. La generación de este órgano está en manos de un comité especial de designaciones, integrado por el Secretario Nacional de la Comisión Nacional de Energía; el Presidente del TDLC, el Presidente del panel de expertos de la Ley Eléctrica y el Presidente del Consejo de Alta Dirección Pública.

En materia de Libre Competencia, la institucionalidad chilena está conformada por un diseño tripartito: Fiscalía Nacional Económica (FNE), Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y Excelentísima Corte Suprema, que es el tribunal que conoce del recurso de revisión respecto de las sentencias del TDLC.

¹⁴⁸ Tribunal Constitucional, Rol 3312-17, Considerando 47°, p. 118.

El sistema de protección de Libre Competencia en Chile, y su diseño de agencias, FNE y TDLC, supone particularidades que no han estado ajenas del debate doctrinario nacional¹⁴⁹ y que, hasta cierto punto, recoge la discusión que los autores en Estados Unidos han efectuado acerca del rol de agencias y Cortes. En Estados Unidos, hay dos agencias federales separadas que tienen la misión de ejecutar el “*enforcement*” de las leyes de protección de libre competencia: por una parte la División Antitrust del Departamento de Justicia (*DOJ*) y por otra la *Federal Trade Commission* (FTC).¹⁵⁰ La primera, liderada por un Fiscal General, de designación presidencial, y que investiga conductas en todo el territorio de los estados Unidos, y que puedan violar la *Sherman Act*, *Robinson – Patman Act* o *Clayton Act*. Esta división también comparte responsabilidades con la FTC para los efectos de revisión de operaciones de *mergers*, bajo la *Hart-Scott-Rodino Act*¹⁵¹. La segunda, FTC, es una agencia independiente compuesta de cinco comisionados, y que puede adoptar decisiones por la mayoría de votos entre ellos. Aun cuando los integrantes de la FTC son designados por el Presidente, con la confirmación del senado, su periodo de siete años se superpone uno con otro. Por su estatuto interno, no más de tres de ellos puede pertenecer al mismo partido político, y el Presidente solo podría hacerlos cesar en su cargo solo por “ineficiencia, negligencia en el cumplimiento de deberes o por un crimen cometido durante su periodo”¹⁵².

En materia de protección de consumidores, el panorama chileno resulta más desalentador. El sistema de protección de consumidores en Chile se identifica con una entidad llamada Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) Una reforma a la Ley 19.496, en actual tramitación a la fecha de este trabajo, y contenido en el Boletín N° 9369-03, establece como uno de los rasgos esenciales de la reforma, la posibilidad de que “se dote al SERNAC de facultades que le permitan cumplir su cometido de manera eficaz, en línea con lo que ocurre con otros órganos de la Administración que protegen los derechos ciudadanos

¹⁴⁹ MONTT, S. 2011. El Tribunal de defensa de la Libre Competencia como regulador del comercio. RegCom, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹⁵⁰ Sobre este punto, agradezco muy especialmente las valiosas orientaciones del profesor de Washington College of Law, American University, Jonathan Baker, durante una de las estadías de investigación para la redacción de esta tesis, durante febrero de 2015.

¹⁵¹ SAGERS, C. 2011. Antitrust. New York, Wolters Kluwer Law & Business, pp. 332-333.

¹⁵² Ob. cit. p. 335.

a nivel transversal en los mercados (como la Fiscalía Nacional Económica) y con aquellos que actúan en mercados regulados (como es el caso de las diversas superintendencias)”.

Recientemente, el Tribunal Constitucional, en Sentencia N° 4012-2017, de 18 de enero de 2018, se ha pronunciado, para los efectos del control previo de constitucionalidad del proyecto de ley, respecto de ciertas competencias específicas del organismo.

4. Conclusiones de este capítulo

El estudio de las agencias reguladoras y supervisoras es vasto y amplio. La literatura es muy abundante e interdisciplinaria. Un examen inicial de ella, llevado a cabo en este capítulo, arroja que la dispersión de enfoques sobre estas entidades obedece también a las áreas geográficas en las cuales se elaboran los estudios que tratan de estos órganos, lo cual hace depender estos enfoques de la cultura jurídica de cada estado.

De este modo, cada diseño institucional representa, en alguna medida, una manifestación del contexto jurídico en que fue originalmente creado y, por tanto, su aplicación e implementación supone también ciertos riesgos de “shock cultural” en el sistema en el cual se pretenda implementar.

De igual forma, este capítulo da cuenta de la pluralidad de denominaciones sobre el concepto de agencias, la cual se debe a la gran expansión global de las mismas durante los últimos veinte años. Prueba de ello, es que, en la doctrina fundamentalmente europea, se emplea la expresión “*agencification*”¹⁵³ para describir este fenómeno.

El examen de la literatura y la vasta pluralidad de conceptos sobre agencias, revela una considerable dificultad para optar por una noción específica. Sin embargo, a partir del análisis efectuado en este capítulo, considero que una noción acertada es la que las concibe como “órganos de derecho público, que tienen alguna capacidad de decisión autónoma

¹⁵³ Por ejemplo, documentos de la OECD que emplean desde principios de la década 2000 la expresión. Así, BEBLAVI. M. Understanding the waves of agencification and the governance problems they have raised in Central and Eastern European Countries, Paris, OECD, Publications Service, 2002.

conforme a su estatuto de gestión, estructuralmente desagregados de otras organizaciones o unidades dentro de un departamento específico, que se encuentran formalmente al menos bajo el control de algunos ministerio, teniendo alguna expectativa de continuidad en el tiempo y acceso a recursos personales y financieros”¹⁵⁴.

Entre los problemas que se detectan al analizar el tópico de agencias reguladoras, debe tomarse en consideración aquellos que se refieren a la creación o reforma de ellas, o bien a los que tratan su organización interna. En el primer caso, hemos establecido que el fundamento teórico de esa creación o reforma está dado por la aplicación del problema de agencia (modelo agente/principal), y los asuntos sobre diseño interno se fundan en aspectos jurídicos y cuestiones de teoría organizacional.

Dentro de este marco, parece ser que la respuesta jurídica que busca solucionar el problema del modelo adecuado de agencia, debiera ser construida conforme al funcionamiento específico de mercados, atendiendo a las peculiaridades de cada uno.

Conforme a las consideraciones expuestas y a la literatura revisada, estimamos que el “modelo de agencias” es un género, y que el “diseño” es la especie. La cuestión sobre el modelo de agencias ha sido tratada en la doctrina, en especial por la española. El profesor José Esteve Pardo emplea la expresión “modelo de agencias” respecto del tratamiento jurídico del llamado “elemento subjetivo de la regulación,” el cual comprende autoridades reguladoras, operadores y usuarios.

El diseño institucional en el Derecho chileno se vuelto una materia relevante, pues según enseña el profesor Luis Cordero, en nuestro país “en las últimas décadas, las respuestas para abordar las soluciones de política pública han sido esencialmente institucionales”. Estas soluciones, afirma Cordero, tampoco han estado ajenas a la crítica y a la sospecha, por cuanto la cuestión del diseño no solo envuelve aspectos de técnica, sino también de legitimidad política¹⁵⁵.

¹⁵⁴ VERHOEST, K. et al. 2010. *Autonomy and Control of State Agencies*. Londres, Editorial Palgrave MacMillan, pp.17 y ss.

¹⁵⁵ CORDERO, L. 2016. El diseño institucional importa. *La Segunda*, 8 de agosto de 2016, p. 11.

Asimismo, en este primer capítulo se comienza a identificar la idea que, en lo general, la doctrina nacional y comparada enseña que existe una relación directa entre el tipo de diseño institucional que asume una agencia y el desenvolvimiento de la misma.

CAPÍTULO SEGUNDO

¿CÓMO EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PUEDE CONTRIBUIR A LA CONFIGURACIÓN DE UN MODELO DE AGENCIAS?

1. Cuestiones previas

A partir del examen de la literatura sobre las relaciones entre Derecho y Economía, como también del estudio sobre la estructura de órganos reguladores en Chile, la tesis pretende sostener que es posible construir una perspectiva teórica sobre modelos de agencias, sustentada en categorías conceptuales del Análisis Económico del Derecho (en adelante AED). Este capítulo intentará delinear cuales son los fundamentos centrales de esa perspectiva.

1.1. Primera cuestión

Como primera cuestión, creo posible postular que existe una buena oportunidad para plantear una visión que se funde en un AED aplicado a diseño institucional de agencias reguladoras. A 58 años de la publicación de “The Problem of Social Cost” de Ronald Coase¹⁵⁶, y posteriormente de una buena parte de los textos de los llamados “Padres

¹⁵⁶ COASE, R. 1960. The problem of social cost. The Journal of Law and Economics 3: pp. 1-44.

Fundadores”¹⁵⁷ del AED, se puede afirmar que existe una arquitectura conceptual, arraigada en las relaciones que existen entre el Derecho y la Economía, recogida en la práctica regulatoria, en algunas fuentes legislativas, y que paulatinamente ha influido en el modo de actuar del Estado en relación a soluciones institucionales.

Así lo ha entendido el profesor Gabriel Domenech, quien afirma que “(...) hasta los más cáusticos críticos del AED reconocen que este puede tener alguna utilidad. Hay conceptos, ideas y argumentos básicos procedentes de la teoría económica –externalidades, costes de transacción, información asimétrica, dilema del prisionero, coste de oportunidad, etc.–, que suenan constantemente en el debate general y que cualquier jurista competente debería incorporar a su “caja de herramientas”, listos para utilizar cuando se tercie, aunque sólo sea para comprender una buena y creciente parte del discurso público”¹⁵⁸.

Por otra parte, el instrumento jurídico de implementación de la regulación económica, por parte del Estado, es el Derecho Administrativo, ha ido permeando alguna de estas categorías conceptuales.

Tales aproximaciones provienen de cierta confluencia entre Derecho y Economía que se ha vertido paulatinamente en la teoría jurídica regulatoria. Entre estas construcciones conceptuales están, además de aquellas reseñadas por Domenech, por ejemplo, la elección racional, análisis costo-beneficio, eficiencia y paternalismo. Algunas de estas categorías conceptuales han sido incorporadas al proceso de diseño de regulaciones, su evaluación y participación ciudadana en el Derecho Comparado. Por ello, es conveniente reseñar de qué forma ese andamiaje conceptual pueden ser útil para fundar la propuesta de este texto.

¹⁵⁷ PARISI, F. y ROWLEY, C. (Edits.) 2005. *The Origins of Law and Economics. Essays by the Founding Fathers*. London, Edward Elgar.

¹⁵⁸ DOMENECH, G. 2014. Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho. *Revista de Administración Pública*, Madrid (195): p.119.

1.2. Segunda cuestión

Como segunda cuestión, creo conveniente establecer la conveniencia que estos conceptos de AED –aplicados a diseño institucional– sean explicitados en normas jurídicas. Algunas de ellos son propios del estilo que caracteriza a las recomendaciones que emanan de entidades internacionales como la OECD. Sin perjuicio de ello, un esfuerzo de sistematización de ese lenguaje puede configurar, al menos en la doctrina, los fundamentos para un análisis jurídico económico de diseños institucionales. En esta misma línea, el Informe OECD 2016 titulado “Regulatory Policy in Chile”, ha recomendado que nuestro país “debe perseguir una mejora regulatoria a través de la adopción de una política regulatoria general formal, explícita, vinculante y consistente, y sus instrumentos, con objetivos identificados y una estrategia de comunicaciones clara”¹⁵⁹.

La explicitación de esa política supone, como lo indica la recomendación del Informe, definir el lenguaje sobre el cual se genere ese conjunto de contenidos. En nuestra opinión, el lenguaje más adecuado para construir, fundar y sostener esa política regulatoria general, es el del Análisis Económico del Derecho, el cual es coherente con el estilo que exhibe el informe referido y exhibe un sustrato jurídico definido. Sin embargo, la pretensión de una elaboración doctrinaria –desde el punto de vista del Derecho– debe ir más allá de una mera apreciación favorable o crítica hacia el estilo propio de una determinada recomendación internacional, entendiendo ésta como un buen insumo del análisis, pero no su objeto en sí misma¹⁶⁰.

Un ejemplo muy reciente de explicitación directa en sentencias judiciales, que señalan como fuente directa el AED, se encuentra en el fallo 160-2017 del Tribunal de

¹⁵⁹ OECD. 2016, Regulatory Policy in Chile: Government Capacity to Ensure High-Quality Regulation, OECD Reviews of Regulatory Reform, OECD Publishing, Paris [en línea] <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264254596-en>> [consulta: 22 marzo 2017].

¹⁶⁰ Así, por ejemplo, en la doctrina de Estados Unidos algunos autores ya han propuesto un enfoque de “*Law and Economics of Administrative Law*”, y no solamente a partir de la mera convicción de que el AED sea el monóculo de la eficiencia para cualquier realidad jurídica. Es que precisamente aquí, en el diseño de agencias, es el ambiente en el que en la actualidad podría caber al AED y su entramado conceptual, un rol de singular relevancia en esta época.

Defensa de la Libre Competencia, que resolvió acoger el requerimiento por colusión, presentado por la Fiscalía Nacional Económica en contra de empresas CMPC y SCA¹⁶¹.

Como ya se ha indicado, es necesario reafirmar que la terminología que se emplea en el vasto mundo teórico de la regulación es interdisciplinaria. En materias regulatorias confluyen aproximaciones que se originan en la Ciencia Política, el Derecho, la Economía, la Sociología, Políticas Públicas y también en la Psicología. Desde luego, se trata originariamente de un lenguaje microeconómico - pero que con la complejidad y evolución de los enfoques y contenidos de múltiples problemas que son objeto de la regulación – cuya expansión ha sido dramática¹⁶².

Esta expansión, a su vez, genera un doble efecto: por una parte, la extensión y difusión de los problemas regulatorios en múltiples foros, núcleos de pensamiento y práctica profesional; y por otra, la creciente dispersión conceptual que se manifiesta al momento de

¹⁶¹ Sentencia Rol 160-2017, TDLC [en línea] <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_160_2017_.pdf> [consulta: 30 septiembre 2016]. En parte de la prevención de los Ministros Javier Tapia y Jaime Arancibia, señalan por ejemplo que “(...) **la normativa sobre libre competencia es parte de la regulación económica, que consiste en asegurar instancias de interacción eficiente entre los partícipes de una actividad de interés público**”, y también cuando afirman que “ la perspectiva económica corrobora la conclusión dogmática anterior. **El análisis económico del derecho pone el acento en la posibilidad de cometer errores al momento de juzgar una conducta y en su minimización** (véase, por ejemplo, Richard A. Posner, “An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration”, 2 *Journal of Legal Studies* 399, 400 [1973]). Estos errores pueden ser clasificados en dos. El error Tipo I (o “falso positivo” o sobre-inclusión) implica, en términos probatorios, dar por probado aquello que no es efectivo, imponiendo al sistema un costo de resultar sobre-inclusivo al condenar prácticas lícitas. El error Tipo II (o “falso negativo” o de baja inclusión), por el contrario, implica no dar por acreditado aquello que en realidad ocurrió, asumiendo un costo de resultar infra-inclusivo por condonar prácticas que en realidad son ilícitas. Este modo de análisis es típico de la libre competencia a partir del reconocido trabajo de Frank H. Easterbrook, “The Limits of Antitrust” (63 *Texas Law Review*, 1984, p. 9-14. Véase también C. Frederick Beckner III y Steven C. Salop, “Decision Theory and Antitrust Rules”, 67 *Antitrust Law Journal* 41, 1999, en especial pp. 45-49). Desde esta perspectiva, un sistema óptimo debiera tender a minimizar tanto los costos resultantes de condenar prácticas lícitas como los de condonar prácticas ilícitas.

¹⁶² SHEPPARD, S. 2012 (Edit.) *Bouvier Law Dictionary Desk Edition*, Vol. II, Frederick, Wolters Kluwer, p. 2357. En la misma línea lógica de conceptos similares, este texto indica, en su parte pertinente: “Regulation (Regulate or Reg.) The rules issued by agencies, or the rules governing any conduct. Regulation, in the United States, usually refers to the issuance of rules by the agencies of the executive branch, according to the legislative power delegates to those agencies by a legislature. In the federal government, such power is delegated by the Congress, which has established broad legislative guidelines to be interpreted by the President and the Department of agency to which authority is delegated. The legal sufficiency, authority and applicability of such regulations is the field of Administrative Law. Administrative regulations must be published or otherwise distributed in such manner that the public or those regulated have notice of them, a process in the Federal Register and the Code of Federal Regulations and that is subject to review under the administrative Procedures Act. State regulations are usually published in a state regulatory code. Increasingly such regulations are distributed and published only via the Internet. A valid state regulation must accord with the constitution of its state as well as the federal constitution”

celebrar acuerdos o convenciones respecto de determinadas materias que requieran fijación legal o administrativa.

De este modo, el Derecho debe asumir la existencia de ese caudal terminológico que caracteriza la práctica regulatoria, e incorporarlo o adaptarlo a las categorías jurídicas básicas. Por consiguiente, el lenguaje cobra importancia en la configuración de la política regulatoria pues como indica el profesor Vaquer, existen diversos afluentes que suministran conceptos a esta configuración¹⁶³.

Julia Black (2002) considera que la cuestión lingüística revela un problema serio, pues el riesgo de implantar, por ejemplo, la concepción anglosajona sobre la regulación en otros contextos culturales podrá advertirse en el momento en que no exista un paralelismo o una opción de trasplante terminológico simétrico.¹⁶⁴ Se aprecia entonces que, esta dificultad que pone de relieve Black, es una de las causas por las cuales el lenguaje de la regulación suele tener origen anglosajón, y sus categorías sufren, al momento del trasplante, un verdadero “*shock*” con la cultura en la cual se busca implantar. En esa misma lógica, la explicitación de ciertas bases jurídicas configuradas sobre ese lenguaje, permite encauzar la discrecionalidad propia de una autoridad dotada de potestades, y generar incentivos para controlar, si los hubiere, cierto voluntarismo regulatorio, y en último término, conteniendo cualquier atisbo de arbitrariedad.

1.3. Tercera cuestión

El análisis económico de Derecho provee de insumos conceptuales a la política regulatoria. Esta denominación proviene de la expresión inglesa “*regulatory policy*”¹⁶⁵, a

¹⁶³ VAQUER, M. 2011. El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid (186): 91-135.

¹⁶⁴ BLACK, J. 2002. *Critical Reflections on Regulation*. London, Centre of Analysis of Risk and Regulation at the London School of Economics and Political Science, p.2

¹⁶⁵ La versión original propuesta por la OECD es: “Regulatory policy is about achieving government's objectives through the use of regulations, laws, and other instruments to deliver better economic and social outcomes and thus enhance the life of citizens and business” [en línea] <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/>> [consulta: 18 mayo 2017].

partir de la cual se derivan variadas acepciones. La expresión “política” que se emplea para esta noción está más vinculada a la palabra “*policy*” que “*Politics*”¹⁶⁶⁻¹⁶⁷ y se caracteriza por su orientación a problemas, interdisciplinariedad y resguardo de valores¹⁶⁸.

Desde luego, una noción integral sobre política regulatoria debe hacerse cargo que el concepto “regulación” exhibe una pluralidad evidente, que puede colisionar con diversas culturas jurídicas y que esta dispersión caracteriza los intentos por diseñar los variados esquemas comprensivos de su contenido¹⁶⁹. En Estados Unidos esta dispersión conceptual

¹⁶⁶ AMAN, A. 1989. Administrative Law in a Global era: Progress, deregulatory change and the rise of Administrative Presidency. Cornell Law Review 7: pp. 1101-1247. La frase es: “Law made by administrative agencies is borne of politics”.

¹⁶⁷ DELEON, P. The historical roots of the field; En: MORAN, M.; REIN, M.; GOODIN, R. (Edits.) 2006. The Oxford Handbook of Public Policy, Oxford, Oxford University Press, p.39. A partir de una revisión básica de la literatura, y siguiendo la argumentación de Deleon (2006), se aprecia que la disciplina de “*public policy*” o “políticas públicas” –dentro de la cual se puede incluir a la Política Regulatoria– se caracteriza por estar explícitamente orientada a los problemas, abordando su contenido e intentando formular recomendaciones para estructurar soluciones. En el intento por construir esas respuestas, estos estudios de “*public policy*” son claramente interdisciplinarios, tanto en sus enfoques intelectuales como prácticos. Complementando esta lógica, cabe señalar que estos análisis, por muy técnicos que parezcan, no desatienden ciertos valores, como el fortalecimiento de la democracia o la dignidad humana.

¹⁶⁸ En esta finalidad pública de la política regulatoria, bien cabe aplicar en este tiempo una antigua referencia de WEBER, A. 1960. Compendio de Economía Política. Barcelona, Editorial Labor; p. 249, la cual señala: “Donde más vivamente se mostró esta necesidad fue donde se trataba de proteger de tal modo a los débiles económicamente que les fuera posible actuar como miembros útiles en el marco de la Economía nacional. Así sucedió antes de la primera guerra con los numerosos medios de la política y beneficencia social. No se trataba solamente de los obreros asalariados del campo y la ciudad, sino que la protección de la clase media, campesinos y artesanos, principalmente, corresponde a los fines de esta política”.

¹⁶⁹ MILL, J. 1943. Principios de Economía Política. México D.F., Fondo de Cultura Económica, p. 928. La cita es: “(...) ningún asunto ha sido objeto de más vivas discusiones en la época actual; no obstante, la controversia ha girado más bien en torno a ciertos puntos escogidos y solo se ha tocado ligeramente el resto problema. En realidad, aquellos que se han ocupado de un aspecto determinado de la intervención gubernamental, tales como la educación oficial (espiritual o secular), la regulación de las horas de trabajo, el cuidado de los pobres, etc., se han extendido a menudo en argumentos de carácter general de una amplitud muy superior a la aplicación especial que de ellos se hacía y han mostrado una inclinación muy marcada en contra de que se toque a esas cosas o en favor de ingerirse decididamente en ellas, pero rara vez han declarado o a lo que parece han decidido hasta que punto llevarían uno u otro principio”.

es evidente,¹⁷⁰ como también se aprecia en la doctrina nacional¹⁷¹ y europea¹⁷² en las que si subyace la distinción entre regulaciones económicas y sociales¹⁷³.

¹⁷⁰ MITNICK, B. 1980. *The Political Economy of Regulation. Creating, designing and removing regulatory forms.* New York, Columbia University Press, pp. 5-20. Barry Mitnick proponía un esquema de análisis para comprender el contenido de esta noción que, según su criterio, se integraba de tres partes. En primer lugar, presentaba el problema de las definiciones; en segundo lugar, las perspectivas sobre la regulación y; en tercer lugar, los problemas que ésta presenta (establecimiento, cambio, administración y *enforcement*). Considerando este esquema, Mitnick entendía la regulación conforme a tres propuestas de contenidos: (a) la restricción intencional de la elección que hace un sujeto de una actividad, efectuada por una entidad que directamente no es parte o no está involucrada en esa actividad; (b) la regulación como una decisión, de acuerdo a una regla, y; (c) la regulación como la decisión administrativa de carácter público, respecto de una actividad privada en relación a una regla prescrita en defensa del interés público. Respecto de estas perspectivas, Mitnick sostenía que la regulación debe ser entendida como un proceso, sea este de dirección, de regularización, de corrección, de creación o de coerción.

¹⁷¹ FERRADA, J. 2003. Los órganos reguladores de actividades económicas relevantes: Una visión panorámica. *Revista Chilena de Derecho* 30(2): p. 277. Ferrada, al establecer que “(...) el concepto de regulación que se utiliza generalmente en el ámbito económico se refiere al conjunto de potestades-actividades que desarrolla el estado en la ordenación y disciplina de los diversos sectores de la economía, lo que excede con mucho el poder jurídico meramente reglamentario o normativo. En este sentido, la función reguladora del Estado en materia económica se expresa formalmente en la habilitación a los órganos de la administración del estado de un conjunto de potestades más o menos amplias de intervención y gestión de los diversos sectores, dentro de las que se destacan las directivas, resolutivas, fiscalizadoras, sancionadoras y consultivas, en términos de mercado y velando por los intereses públicos comprometidos.” El profesor Ferrada comprende, a mi entender, esa función de ordenación y disciplina, como el objetivo último de la técnica regulatoria, ligándola a la idea de “*enforcement*”. OLIVARES, A. 2014. Libre Mercado y regulación: la experiencia en el sector eléctrico español. *Revista Chilena de Derecho* (41)1: p. 210. Para este autor, asumiendo una concepción binaria, la regulación debe entenderse en dos sentidos: (1) Por una parte “como construcción del Derecho europeo continental está referida a toda actividad general de elaboración de reglas jurídicas destinadas a proporcionar un estatuto jurídico(...)”; (2) Por otra, como un concepto propio de los años 80, proveniente del derecho anglosajón en que “(...) la actividad reguladora más que a la elaboración de normas está orientada a la labor de vigilancia, inspección y control, que ahora no recae directamente en la Administración general del Estado, sino en organismos técnicos independientes, que supervigilan sectores económicos concretos en un entorno liberalizado de mercado”. También cree este autor que: “(...) la regulación se impone como instrumento de intervención en aquellos Estados que promueven la liberalización de las *public utilities*. La vigilancia y control del correcto funcionamiento de mercados competitivos pasa a manos de “regulatory agencies”, organismos de la administración de carácter independiente y eminentemente técnico”.

¹⁷² CABALLERO, R. 2011 *Las técnicas de regulación para la competencia en el sector energético en general y en el de los derivados del petróleo en particular.* Presentación en Seminario, Programa de Doctorado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, martes 6 de diciembre de 2011. El profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, Rafael Caballero, quien visitó el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile, durante el mes de diciembre de 2011, propone un análisis que se funda en la relación que existe entre la regulación y la competencia en los mercados, distinguiendo para ello, las técnicas de regulación para la competencia, técnicas de regulación de la competencia y técnicas de regulación contra la competencia. También, MONTERO, J. 2014. La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico. *Revista Digital de Derecho Administrativo* (12): pp. 23-44. Montero considera que la regulación es “(...) la actividad de la administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a propósitos de interés general objetivamente determinadas según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la administración”. También, RODRIGUEZ, M. 2015. *Curso de Derecho administrativo Iberoamericano.* Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 560, sostiene que es “(...) aquella técnica de intervención del Estado mediante la cual se dicta y/o establecen medidas de ordenación de las actividades económicas para conseguir objetivos de interés público. Las medidas mediante las cuales se manifiesta la regulación sobre las actividades económicas adoptan diversas formas jurídicas, en tal sentido pueden tener

Puede afirmarse que los rasgos comunes de este concepto se recogen la propuesta de Julia Black, cuando afirma que se trata del “permanente y enfocado intento por alterar el comportamiento de otros de acuerdo a estándares o propósitos definidos, con la intención de producir uno o más efectos ampliamente identificados, los cuales pueden involucrar mecanismos de fijación de estándares, recolección de información o modificación de conductas”¹⁷⁴. Esta noción retrotrae a la clásica y tantas veces citada definición de Selznick, que la entiende como “el sostenido y enfocado control ejercido por una agencia pública sobre actividades que son valoradas por la comunidad.”¹⁷⁵

Finalmente, para los efectos de esta tesis, en nuestra opinión creemos que la Política Regulatoria puede concebirse como un conjunto de principios, normas y diseños institucionales que se ocupan de la generación de reglas aplicadas a la conducta de agentes, individuales o colectivos, en el desarrollo de sus conductas, ya sea en mercados o en otras áreas sociales relevantes, como también la supervisión de las interacciones entre esos agentes, realizada a través de técnicas de intervención, implementadas por entidades técnicas, más o menos independientes.

carácter normativo, comprender funciones de supervisión y fiscalización, potestades de sanción e incluso la facultad de resolver controversias con los sujetos regulados. Tal es el caso de la regulación sectorial de las diferentes actividades económicas, como sucede con la regulación de la industria farmacéutica, de la minería, el transporte, la pesca, la agricultura, el turismo, la actividad bancaria, de los seguros, del mercado de valores, etc., mediante la cual se establecen condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente, sostenibilidad de los recursos naturales explotados, defensa de los consumidores y usuarios, entre otros intereses públicos tutelados, que los operadores económicos deben observar en el desarrollo de sus actividades”.

¹⁷³ GUASCH, J. L. y SPILLER, P. 1999. *Managing the regulatory Process: Design, concepts, issues and the Latin America and Caribbean Story*. Washington D.C. The World Bank, p. 3. Guasch y Spiller proponen una clasificación sostenida hasta hoy: existen regulaciones económicas, regulaciones sociales y procesos regulatorios. Por la primera, entienden aquellas que consisten en restricciones de precios, cantidades y condiciones de entrada y salida para industrias específicas. Por su parte, las regulaciones sociales se refieren a aquellas que afectan a un amplio espectro de industrias y que típicamente se abocan a asuntos ambientales, de salud pública y seguridad. Finalmente, el proceso regulatorio se refiere a la administración por parte del gobierno de diferentes operaciones del sector público y privado, tales como los requerimientos de documentos y los costos administrativos en que incurren tanto productores como consumidores. De ello, entonces se desprende que la regulación no solo implica cuestiones sustantivas, sino también asuntos procedimentales administrativos y procesales propiamente tales.

¹⁷⁴ BLACK, J. 2002 *Critical Reflections on Regulation*. Londres, Centre of Analysis of Risk and Regulation at the London School of Economics and Political Science, p. 20.

¹⁷⁵ SELZNICK; P. *Focusing Organisational Research on Regulation*. En: Noll, R. (Ed.) 1985, *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, p. 363.

2. Hacia una propuesta de aplicación conceptual para el diseño de agencias

2.1. Lo general

La revisión de la literatura sobre Análisis Económico del Derecho permite configurar un listado de varios conceptos o categorías que pueden ser considerados obligatorias en su estudio.¹⁷⁶ En este sentido, se constata diversidad de textos que han propuesto esta aplicación a principios o instituciones, por lo que existen fuentes que permitan sustentar una aproximación a la propuesta. Sin embargo, el vasto campo de realidades jurídicas abre un horizonte amplio para intentar nuevas aplicaciones, por lo que se trata de un trabajo en progreso, acerca del cual la doctrina jurídica española revela su estado.

Vaquero, por ejemplo, afirma que “(...) la ciencia del Derecho Administrativo español parece todavía inconsciente de su economicidad. No me refiero aquí al Derecho Administrativo económico como rama o sector especial del Derecho Administrativo, que ha merecido numerosas y valiosas aportaciones en las últimas décadas, sino a la consideración

¹⁷⁶ Una revisión general por índices de textos sobre Análisis Económico del Derecho. Por ejemplo, entre varios: Cooter R. & Ulen, T. 2016. Derecho y Economía, Fondo Cultura Económica, México, (3ª Ed. Español): Introducción al Derecho y la economía; revisión breve de la teoría microeconómica; teoría económica de la propiedad; teoría económica de los ilícitos culposos; economía de la responsabilidad de los ilícitos culposos; teoría económica del derecho de los contratos; teoría económica del proceso legal; teoría económica del delito y el castigo; FARNSWORTH, W. 2007 The Legal Analyst. A toolkit for thinking about the law. The University of Chicago Press, Chicago: Parte I: Incentivos. Idea de eficiencia; pensando en el margen; costo administrativo, rentas, teorema de Coase; Parte II: Trust, cooperación y problemas de jugadores múltiples: Problema de Agencia; dilema del prisionero; bienes públicos. Un trabajo del profesor Paul M. Johnson, llamado “Glosario de Política Económica”, identifica, entre otros, los siguientes conceptos: Adquisición; Activismo judicial; Agencias; Agencia (problema de); Ahorro; Arancel; asignación barreras de entrada; bienes; bienes públicos bienestar; burocracia; Bienes complementarios; Bienes sustitutivos; capitalismo; capital humano; captura de agencias; cartel; ceteris paribus; *checks and balances*; competencia; contratos; costo de oportunidad; costo-beneficio (análisis); costos de transacción; crecimiento económico; daños; derechos de propiedad; dinero; elección racional; eficiencia; Elasticidad; empresa; escasez; estado de bienestar; externalidades; *free rider*; igualdad; descuento (tasa); impuestos; incentivos; intercambio; grupos de interés; incumbentes; inversión; revisión judicial; Laissez faire; liberalismo; microeconomía; macroeconomía; marginal (análisis, ingreso, costo); mercado (perfecto, fallas; sistema; relevante, economía de); política monetaria; monopolio; monopsonio; operaciones de mercado abierto; optimo; modelos; paternalismo; recesión; recursos; regulación; renta; *rent seeker*; socialismo; utilidades; proteccionismo; sector público; Rational choice (elección racional); recesión; superávit; teoría de sistemas; utilidad; ventajas absolutas; ventajas comparativas [en línea <<http://www.auburn.edu/~johnspm/gloss/>> [consulta: 11 junio 2017]. En la doctrina argentina, COLOMA, G. 2006. Análisis Económico del Derecho privado y Regulatorio Ciudad Argentina, Buenos Aires. Coloma cree que el listado de conceptos que debe considerarse como ineludibles en el AED son: Mercados competitivos; competencia y eficiencia; poder de mercado; interacción estratégica; juegos dinámicos; externalidades reales; bienes públicos; incertidumbre y riesgo; información asimétrica.

cabal del Derecho Administrativo desde una perspectiva económica, desde la que valorar su eficiencia en el empleo y en la asignación de recursos y su eficacia al servicio de los intereses generales. Expresado más sencillamente, no se trata aquí del Derecho Administrativo de la economía, sino de la economía del Derecho Administrativo¹⁷⁷ (subrayados nuestros). Así, por ejemplo, en nuestro medio, instituciones básicas del Derecho Administrativo, como la falta de servicio, han sido examinadas a la luz de conceptos del Análisis Económico del Derecho¹⁷⁸. También a nivel nacional, el Contralor General de la República ha sostenido que el principio de legalidad contendría elementos de eficacia, eficiencia y economicidad¹⁷⁹.

El problema de la aplicación conceptual no se funda sólo en el efecto que ha generado la expansividad del Derecho hacia otras ciencias o técnicas sociales. Es decir, por una parte, el problema puede entenderse en el sentido que el Derecho se expande hacia otras disciplinas, o bien que ciencias distintas, como la Economía o la Sociología, se aproximen al Derecho.

Es conveniente anticipar que la aplicación de conceptos económicos a la resolución de problemas jurídicos no es una bala de plata, pues, desde luego que su extensión podrá ser eficaz en algunos rubros, y no en otros¹⁸⁰.

Es necesario entonces, hacer esta prevención, para no caer en la tentación de que el lector pudiera pensar que esta propuesta de aplicación obedece a una cuestión de fatua sofisticación o bien a un afán meramente ideológico¹⁸¹.

¹⁷⁷ VAQUER, M. 2011. El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid (186): p. 106.

¹⁷⁸ DOMENECH, G. La falta de servicio desde el análisis económico del Derecho. En LETELIER, R. 2012. (Coordinador) *La falta de Servicio*. Santiago, Legal Publishing/ Universidad Alberto Hurtado.

¹⁷⁹ BERMUDEZ, J. Entrevista en programa Hablemos en Off, Radio Duna, jueves 29 de diciembre de 2016 [en línea] <<http://www.duna.cl/programa/hablemos-en-off/2016/12/29/jorge-bermudez-en-muchos-sentidos-nuestro-estado-esta-afirmado-con-alfileres/>> [consulta: 18 enero 2017], que expresa: “Dentro del concepto de legalidad, no solo hay que entender el concepto de legalidad en un sentido formal, sino que también tenemos que entender que entran aquí elementos de eficacia, eficiencia y economicidad. Eso lo hemos dicho en todos los tonos, eso está también dentro del concepto de legalidad”.

¹⁸⁰ Por ejemplo, MARTINEZ, C. 2014. Insuficiencias del análisis económico como base para una teoría de la adjudicación. *Revista Chilena de Derecho*, Vol.41, N°3. Sin embargo, la prevención de los Ministros Tapia y Arancibia en el reciente fallo Rol 160-2017 del TDLC, “Caso Colusión del papel tissue” contradice el argumento de Martínez.

¹⁸¹ BAKER, E. 1975. The Ideology of Economic Analysis of Law. *Philosophy and Public Affairs* 5(1): pp. 3-48.

El asunto tiene, ciertamente sus inconvenientes, los cuales ya han sido bien explicados por Vaquer. Este autor afirma que “(...) el mayor riesgo de la apertura de la ciencia del Derecho a las ciencias sociales en una cultura jurídica globalizada es el de caer de forma acrítica en un sincretismo que acumule en aluvión tal cantidad de sedimentos de los diferentes afluentes abiertos (la economía, la sociología, la ciencia política; la doctrina francesa, alemana, italiana, norteamericana) que enturbie las aguas, complique el cauce con meandros sin fin o incluso lo ciegue por saturación. Es necesario abrirse a las ciencias y doctrinas vecinas, sin duda, pero también es preciso hacer una importante labor de depuración metodológica de los aportes recibidos para poder integrarlos sin violencia en el sistema”¹⁸² (subrayado es nuestro).

En mi opinión, Vaquer acierta en este párrafo, pues ninguna propuesta de aplicación conceptual puede limitarse a un simple trasplante de contenidos que violente la propia identidad de una disciplina, o en este caso de ciertos modelos institucionales. Toda propuesta de esta naturaleza tendrá siempre un carácter instrumental, que contribuya a dotar de insumos sustantivos que permitan una mejor comprensión de realidades.

Adicionalmente, considero que en la aplicación de conceptos gestados en la perspectiva del AED hay también una cuestión de principios. En otra ocasión he tenido oportunidad de explicar tres etapas en la evolución del AED: una fundacional, otra de consolidación y otra en que se produce el criticismo originado en el cuestionamiento de elección racional, que configura el enfoque conductual de la economía, o *Behavioral Economics*.¹⁸³

El propio Posner, quizás uno de los representantes más nítidos de la etapa de consolidación del AED (en los años 80 y 90), ha reformado su apreciación sobre ciertos paradigmas fundacionales de esta tendencia, especialmente luego de la crisis 2007, habiéndose declarado, hace 9 años atrás, un keynesiano¹⁸⁴. Adicionalmente, la avasalladora

¹⁸² VAQUER, M. 2011. Ob. cit. p.130.

¹⁸³ MARMOLEJO, C. 2015. Elementos de Derecho y Regulación Económica. Valparaíso, Editorial Edeval, pp. 56-73

¹⁸⁴ POSNER, R. 2009. How I became keynesian. The New Republic, 22 septiembre 2009 [en línea] <<https://newrepublic.com/article/69601/how-i-became-keynesian>> [consulta: 28 marzo 2017]. En español, hay una versión en POSNER, R. 2010. Cómo me convertí en keynesiano. Segundas reflexiones en medio de una crisis. Revista de Economía Institucional 12(22): pp. 293–305.

difusión de la perspectiva conductual, tanto en los foros académicos, como en la discusión de políticas públicas –que se ha visto reforzada con el Premio Nobel de Economía 2017 para Richard Thaler– parece inundar con ímpetu y pasión diversos escenarios de debate tanto político como institucional, y por cierto la apreciación y tratamiento de las instituciones jurídicas tradicionales.

Sin embargo, considerando el abundante material bibliográfico que da cuenta de una creciente producción derivada de investigación interdisciplinaria, novedosa y atractiva, parece ser esta una concepción algo sobrevalorada¹⁸⁵ y que aún no posee la fuerza para sustituir de manera adecuada el viejo paradigma de la elección racional.

De esta forma, y particularmente en un escenario posterior a la crisis de 2007, pienso que deben reconocerse algunas objeciones planteadas a una concepción exageradamente desreguladora de las actividades económicas, pero también haciéndose cargo que ello no puede suponer un abordaje completo a las naves de la economía conductual.

En este contexto, que en ocasiones suele ser apreciado coyunturalmente como binario (elección racional / behavioral) creo vislumbrar algún espacio para construir una propuesta que, por un lado pueda recoger la arquitectura conceptual canónica del AED, y por otra, cierta proyección hacia una concepción de la economía de mercado que resulte más cercana, más próxima o empática con las cuestiones más sustanciales del bienestar social. Es lo que intentaré explicar en las páginas siguientes.

2.2. Hacia un AED actual

Como ya se ha indicado, el enfoque fundacional e institucionalista del AED fue predominante durante la década 70, 80 y parte de los 90. Los presupuestos y autores –que podrían llamarse fundacionales– estructuraron buena parte de la literatura prevalente en ese periodo. Sin embargo, la evolución política, social y económica que ha experimentado el mundo particularmente luego de la gran crisis de 2007, ha incorporado nuevos temas o

¹⁸⁵ Conuerdo con opinión del profesor Diego Pardow en este sentido, vertida en seminario doctoral de 13 de Julio de 2017.

preocupaciones a la literatura canónica sobre este enfoque. De este modo, un AED actual debe hacerse cargo de esas nuevas preocupaciones o desafíos, sin renunciar a su estructura conceptual tradicional.

Por ello, creo que una actualización del AED puede transitar por los carriles de la propuesta denominada I.C.E (*Institutions, Competition and Entrepreneurship*)¹⁸⁶. Una perspectiva actual del AED, que sea funcional a la construcción de diseños institucionales futuros, debe tomar en consideración que los fundamentos de la economía de mercado y la prosperidad que ella puede generar, son también bases sociales, en el entendido que éstas tienen necesariamente implicancias jurídicas. Los pilares de esa construcción, según Norman, son las instituciones, la Competencia y el emprendimiento.

Las primeras, implican la promoción de un cierto orden jurídico, restringen el poder excesivo y buscan proteger las libertades básicas de los ciudadanos. Incluso, afirma Norman, “son repositorios de sabiduría humana y conocimiento, encarnando la experiencia colectiva de generaciones previas, experiencia que puede y frecuentemente podría sobrepasar los conocimientos de quienes las reformarían”¹⁸⁷.

La característica de estas instituciones, según explica Norman, es que al formar parte del triángulo “individuos”, “estado” e “instituciones”, habría que observarlas en dos sentidos: uno, más bien estático, y otro mucho más dinámico, siendo este último el que permite contemplarlas como entidades activas de esta relación, pero también imponiéndose entre ellas la debida revisión y autodisciplina que todo esquema de responsabilidad exige.

A partir de este análisis que formula Norman, me parece posible fundar una mejor comprensión de diseños institucionales actuales. Ello, porque en una concepción más cercana a los “padres fundadores” del análisis económico del Derecho, el rol institucional parecía circunscribirse preferentemente a un arreglo determinado por la ley, para facilitar el intercambio de bienes o servicios, lograr el respeto al cumplimiento de los contratos, la

¹⁸⁶ NORMAN, J. 2008. *Compassionate Economics. The social foundations of economic prosperity*. University of Buckingham Press–Policy Exchange, London, pp.62 y ss.

¹⁸⁷ Ob. cit. pp.62 y ss.

protección de los derechos de propiedad, o bien custodiar el acceso a los mecanismos de acceso a la justicia.

Entendemos ese rol, en la actualidad, como un “mínimo garantizado” para las instituciones, la cuales pueden hacer un poco más – incluso informalmente – por mejorar el funcionamiento de los mercados, optimizar los niveles de competencia y dar señales de estímulo a quienes emprenden actividades económicas. Es lo que Norman denomina “la importancia de las normas intangibles” que desarrollan estas instituciones.

Particularmente llama la atención la forma en que Norman plantea un contrapunto que puede resultar funcional para una explicación como la que se pretende en esta tesis: “el mundo de la economía convencional es árido, impersonal y atemporal. El mundo institucional, aun cuando es fantásticamente diverso, sumamente poblado e inmensamente influido por el pasado.” Este mundo institucional parece ser un buen aliado, en mi parecer, para una explicación plausible desde el AED hacia diseño institucional.

En cuanto al rol de la competencia, Norman plantea que no cabe duda que la relación entre mercados y aquella resulta absolutamente vital para una sociedad que quiere alcanzar mejores condiciones de vida; no solo en razón de su rol en la asignación de recursos o la generación de riqueza, sino porque la lógica de la competencia genera precios más bajos, y permite el acceso a nuevos entrantes. Además, señala este autor, que finalmente los mercados deben ser comprendidos como herramientas de comunicación e intercambio.

Desde luego, esta visión tradicional hay que situarla en perspectiva, según recomienda este autor británico. Norman advierte que, el hecho de comprender la competencia como una cuestión estática (modelo de competencia perfecta), consiste en asumir una categoría conceptual en que pareciera que el orden de las cosas está fijo y determinado, y por tanto se trata a las personas como meros agentes económicos o simples recipientes pasivos, y no como fuerzas dinámicas de cambio.¹⁸⁸ En esta misma lógica, parece ser que cuando los economistas y los políticos asumen esta perspectiva estática, se inhiben de la posibilidad de mirar los mercados como procesos evolutivos que cambian con el

¹⁸⁸ NORMAN, J. 2008. *Compassionate Economics. The social foundations of economic prosperity*. London, University of Buckingham Press–Policy Exchange, p.64.

tiempo. La pregunta, según Norman, no es “¿cómo podemos entender lo que pasó? “sino ‘cómo un determinado estado de cosas puede mejorar’ o ‘de qué forma el gobierno puede ayudar’”.

A partir de la lectura de los argumentos expuestos por Norman, pareciera concluirse que una adecuada comprensión (post crisis financiera) de los conceptos y fundamentos del AED, aplicados a diseño institucional, pueden permitir una mejor aproximación a la noción de bienestar.

Esta explicación es coherente con lo que afirman Louis Kaplow y Steven Shavell cuando explican que en el análisis económico que se emplea para evaluar políticas públicas, hay dos pasos involucrados: (i) el primero, consiste en determinar los efectos de una decisión, vale decir, aplicar análisis positivo, para esos efectos de determinada política que entraran a la evaluación. (ii) el segundo paso consiste en evaluar los efectos de una determinada política, en orden a determinar su conveniencia social, lo que implica análisis normativo¹⁸⁹.

En esta descripción de Kaplow y Shavell, cabe resaltar la necesaria integración del enfoque positivo (el cual es básicamente descriptivo) y el enfoque normativo (el que se caracteriza por ser prescriptivo). Una especie de este razonamiento normativo, que se refiere al “deber ser” o “lo que puede ocurrir” es el llamado enfoque prospectivo, el cual reconoce una vasta utilización en el análisis de mercados, sobre todo en el caso de las agencias de competencia (por ejemplo, al estudiar los efectos que provoca la autorización o denegación de una determinada operación de concentración).

Los mercados parecen estar permanentemente evolucionando, en tránsito, e incluso semi-caóticos, afirma Norman. Por ello, no habría una solución única para sus fallas, sino que habrá que analizar éstas de modo particular. A partir de esta constatación, es que resulta necesario agregar la explicación del profesor Klaus Mathis que, para los efectos de esta tesis, podríamos denominar como un “(...) institucionalismo matizado de Law and Economics”.

¹⁸⁹ KAPLOW, L. y SHAVELL, S. 2002. *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Harvard University Press, p.16.

En un interesante trabajo¹⁹⁰ del año 2014, el profesor Mathis sostiene que las teorías microeconómicas en las que se funda el AED no sólo han influido, sino que han enriquecido la jurisprudencia y la cultura del Derecho Administrativo en Alemania y en Suiza. Sostiene este autor que, tanto la teoría económica sobre la burocracia, como la teoría de costos de transacción, han generado efectos en ciertas aproximaciones al Derecho Administrativo, tales como la llamada *New Public Management*¹⁹¹, sobre la cual discutiremos en el capítulo siguiente.

2.2.1. ¿Qué ocurre con la noción de bienestar?

Según Kaplow y Shavell, el rasgo distintivo del enfoque de economía de bienestar (*welfare economics*) es que las políticas públicas son evaluadas exclusivamente en términos relativos a esa condición que experimentan los individuos. Así, afirman estos autores, aquello que es relevante para el bienestar (*well being*) de las personas es relevante bajo la economía del bienestar (*welfare economics*). Se aprecia aquí como estos autores consideran la difícil distinción entre las expresiones “*welfare*” y “*well-being*” en términos de establecer la extensión de contenidos de ambas nociones. Cuando existe incertidumbre acerca de eventos futuros, entonces los economistas usan un criterio *ex ante* para la determinación del bienestar, cual es “utilidad esperada”. La noción de “bienestar”, empleada por los economistas, incorpora según Kaplow y Shavell, en un sentido amplio y positivo, todo aquello que un individuo pueda valorar; bienes o servicios que pueda consumir, prestaciones sociales o ambientales, nociones de cumplimiento y empatía por los demás¹⁹².

¹⁹⁰ MATHIS, K. Cultures of Administrative Law in Europe: From Weberian Bureaucracy to “Law and Economics”. En: MATHIS, K. (Edit.) 2014. Law and Economics in Europe: Foundations and Applications, Heidelberg, Springer, p. 149.

¹⁹¹ El paradigma de Nueva Gerencia Pública (NPM), la perspectiva general de las organizaciones públicas las entiende como entidades proveedoras de servicios, identificadas con un comportamiento oportunista y estratégico de los funcionarios públicos, que debe ser vigilado a través de mecanismos de control asociados a su desempeño. El modo de solución de los problemas públicos en este paradigma, comprende la desregulación, la competencia de los sectores público y privado, y la implementación de incentivos de desempeño. Finalmente, el rol de los ciudadanos para esta doctrina los sitúa en una posición de consumidores que hacen elecciones racionales entre diferentes proveedores de servicios.

¹⁹² En el análisis de Amartya Sen, la expresión es “sympathy”.

Del mismo modo, un bienestar individual también se puede determinar en un sentido negativo, esto es en términos de daños a la propiedad de otro, costos e inconvenientes, o cualquier otra conducta que pueda generar un disgusto. Aclaran estos autores que esta dimensión del bienestar no está restringida a un disfrute hedonístico o materialista, o a alguna clase de placeres o dolores. También, señalan Kaplow y Shavell, que el concepto de bienestar, proyectado a contextos de incertidumbre, también puede incorporar el valor de protección contra riesgos, por lo que, en consecuencia, el bienestar es generalmente incrementado por la disponibilidad de seguros u otros modos de compensación¹⁹³.

2.2.2. Costo–Beneficio y eficiencia

La metodología denominada “análisis costo-beneficio” es una de las materias fundamentales para la adecuada comprensión del Derecho y la Economía, aunque lentamente haya ido cobrando importancia en la doctrina jurídica nacional.

Es la llamada “álgebra política”, empleando una expresión de Sunstein¹⁹⁴, que incluso denomina a una de las etapas de la evolución del Administrative State, en la doctrina estadounidense¹⁹⁵.

¹⁹³ KAPLOW, L. y SHAVELL, S. 2002. *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Harvard University Press; p. 24. La noción de bienestar social propuesta en el texto por los autores, puede ser expresada formalmente. Donde habrá N individuos, y la utilidad de bienestar del primero será representada como una U1, la segunda como U2 y así sucesivamente. Se deja a X constante para una descripción detallada de una situación dada, interpretada como un estado en que puede imponerse bajo un régimen (en este caso, normativo) específico. Así, la fórmula es: $W(x) = F(U1(x), U2(x), \dots, Un(x))$.

¹⁹⁴ SUNSTEIN, C. 2014. *Valuing Life. Humanizing the Regulatory State*. Chicago, The University of Chicago Press, p.3 La cita es: “In 1981, President Ronald Reagan, emphasizing the need for some kind of political algebra, made cost-benefit analysis central to OIRA’s mission, and both Republican and Democratic Administrations have armed the central approach”.

¹⁹⁵ Estas etapas son: a) La primera denominada “antecedentes ingleses”, la cual se fundaría en los orígenes del Derecho Administrativo de los Estados Unidos en el *Common Law* de las cortes Inglesas y las decisiones de funcionarios de la Corona; b) La segunda, denominada “la experiencia Americana,” situada por los autores entre 1775 a 1875, se identifica con hechos fundamentales como la independencia de Estados Unidos en 1776, y el mismo año año, la publicación de “La Riqueza de las Naciones” de Adam Smith, contexto que coincidiría con el desmantelamiento del sistema británico de control mercantilista de la época; c) En tercer lugar, una etapa que denominan “El aumento de la regulación administrativa y el modelo tradicional del Derecho administrativo”, y que abarca desde 1875 a 1930. Destacan en esta fase la creación de la primera gran agencia regulatoria federal, denominada *Interstate Commerce Commission* (ICC) que subsistió hasta 1995. También sitúan en esta época, la creación de la Federal Trade Commission (FTC) en 1914; d) En cuarto lugar, la etapa denominada “*The New Deal and beyond*”, situada entre 1932 a 1945, caracterizada por la figura del Presidente Franklin Delano Roosevelt y su obra normativa, después de la crisis de 1929 y la Segunda Guerra Mundial. Es

Como apunta Veljanoski, “(...) los economistas reúnen su preocupación por costos, beneficios e incentivos en el concepto de eficiencia económica o maximización de bienestar”¹⁹⁶. Hay numerosos artículos jurídicos que discuten la aplicación de esta metodología en la generación de leyes y regulaciones, los cuales están escritos tanto desde la perspectiva de la economía neoclásica, como desde las últimas concepciones sobre Economía conductual¹⁹⁷.

Una explicación introductoria sobre el análisis costo-beneficio indica que, en general, la teoría económica –particularmente la neo clásica– se ha fundado en la noción de la racionalidad individual; es decir, que los individuos toman decisiones sobre la comparación de beneficios y costos. La idea central del análisis costo-beneficio, extendido a la generación de decisiones de política pública, consiste en reemplazar las opciones de beneficios y costos privados por costos y beneficios sociales. Esto es, aplicar esta metodología a una decisión de política pública en que esté involucrado el uso de recursos público¹⁹⁸. Ya en 1990, Cass Sunstein afirmaba que “(...) cualquier norma que no produzca un beneficio neto para la

tal la relevancia que los autores asignan a esta etapa que merece ser tratada en un apartado específico en el texto de la tesis; e) Una quinta etapa se denomina “*The Administrative Procedure Act and the maturation of the traditional Model of Administrative Law*”, y que los autores citados sitúan entre 1945 a 1962, coincidiendo su inicio con la publicación de la ley de procedimientos administrativos, denominada APA (*Administrative Procedure Act*); f) la sexta etapa es llamada “*The Rights revolution, critique of Administrative process and Administrative substance, and “public interest” administrative Law*”. Señalan estos autores que “la regulación en este período se diferenció sustancial e institucionalmente de aquella de los años 30. El propósito de las nuevas instituciones no fue principalmente estabilizar la economía o generar precios o controles de entrada para establecer la confianza en los negocios. Esta “*rights revolution*” ocurrió en una etapa de relativa prosperidad. Los objetivos básicos fueron proteger la salud pública y la seguridad, de riesgos de varias clases –en el trabajo, en el aire, el agua, o en consumo masivo de productos– y para contrarrestar la discriminación contra los grupos desprotegidos”; g) la séptima etapa de esta evolución se denomina “*Presidential Administration and the Cost-Benefit State*” y que se inicia desde 1980 hasta el presente. Hay interesantes trabajos sobre esta etapa/fase/evolución en el Derecho de los Estados Unidos. SUNSTEIN, C. 1996. *The Cost-Benefit State*, University of Chicago, Working Papers in Law and Economics [en línea] <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1497&context=law_and_economics> [consulta: 11 octubre 2017]. Posteriormente, del mismo autor, 2002. *The Cost-Benefit State. The future of Regulatory Protection*. Chicago, American Bar Association.

¹⁹⁶ VELJANOVSKI, C. 2006. *The Economics of Law*, London, The Institute of Economic Affairs, p.105

¹⁹⁷ ADLER, M. y POSNER, E. 1999. *Rethinking Cost- Benefit Analysis*. John M. Olin Law and Economics Working paper (72) [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=164902> [consulta: 13 agosto 2017]. SUNSTEIN, Cass. *Cognition and Cost –Benefit Analysis*. John M.Olin Law and Economics Working paper (85) [en línea] <http://www.law.uchicago.edu/files/files/85.CRS_CBA_.pdf> [consulta: 11 enero 2018]. En la página 2 de este artículo, el profesor Cass Sunstein señala: “In this essay I offer support for cost-benefit analysis, not from the standpoint of conventional economics, but on grounds associated with cognitive psychology and behavioral economics. My basic suggestion is that cost-benefit analysis is best defended as a means of overcoming predictable problems in individual and social cognition”.

¹⁹⁸ BRENT, R. 2006. *Applied Cost–Benefit Analysis*. Cheltenham, Edward Elgar, p.3.

sociedad puede describirse como autodestructiva si su propósito se describe como la mejora del mundo. Pero si el propósito del estatuto es beneficiar a un grupo o segmento particular de la sociedad, y ese propósito se logra, entonces el estatuto no es autodestructivo en absoluto”¹⁹⁹.

En general, una revisión de la literatura lleva a coincidir con la opinión de Carrigan y Shapiro (2017) cuando sostienen que “(...) el análisis costo-beneficio ha sido una parte integral del proceso regulatorio en los Estados Unidos por más de tres décadas. Durante este período, ha estado sujeto a crítica desde todo el espectro ideológico. Quienes lo apoyan han alimentado la convicción de que ha llevado a políticas más efectivas, mientras que los oponentes lo han acusado de desarmar las políticas de salud públicas en nombre de la eficiencia económica. Ambas partes coinciden en una crítica; que el análisis costo-beneficio es usado frecuentemente para justificar decisiones ya implementadas en lugar de informar esas decisiones”²⁰⁰.

En cuanto a normas jurídicas que suelen citarse, como ejemplos de su aplicación, debe destacarse en el Derecho de los Estados Unidos, la Orden Ejecutiva N° 12.291 de 17 de febrero de 1981, la cual contiene elementos fundamentales sobre este análisis. En efecto, esta norma contiene una definición de “Reglas mayores” (llamada posteriormente por la O.E. 12.866 como “acción regulatoria significativa”) y califica como tales a aquellas que pueden provocar un impacto potencial anual en la economía equivalente a US 100 millones o más; aquellas que generen un mayor incremento en costos o en los precios para consumidores, empresas individuales, el estado federal, o agencias administrativas locales, en áreas geográficas o similares. Por último, también se considera como reglas mayores, aquellas que generen efectos adversos significativos en la competencia, el empleo, la inversión, la productividad, la innovación o la capacidad de las empresas situadas en Estados Unidos para competir con agentes extranjeros. En este sentido, la orden Ejecutiva contempla la aplicación del análisis costo-beneficio y la aplicación de Análisis de Impacto regulatorio²⁰¹.

¹⁹⁹ SUNSTEIN, C. 1990. Paradoxes of Regulatory State. The University of Chicago Law Review 57: p.412.

²⁰⁰ CARRIGAN, C. y SHAPIRO, S. 2017. What’s wrong with the back of the envelope. A call for simple (and timely) cost-benefit analysis. Regulation & Governance 11: pp. 203-212.

²⁰¹ Los llamados “requisitos generales” establecidos por la Orden se explicitan así: “**Secc. 2. General Requirements.** In promulgating new regulations, reviewing existing regulations, and developing legislative proposals concerning regulation, all agencies, to the extent permitted by law, shall adhere to the following requirements: (a) Administrative decisions shall be based on adequate information concerning the need for and

La potencialidad de aplicación de esta metodología puede abarcar diferentes áreas; en Chile, hay algunas iniciativas jurisprudenciales que lo mencionan en materia ambiental, y en algunas causas civiles ²⁰² recientes que han recepcionado algún desarrollo de esta herramienta, según da cuenta un trabajo del profesor Matías Guilloff²⁰³.

Sin embargo, como ya se ha indicado, mayoritariamente es en la doctrina de Estados Unidos, donde es posible encontrar un grupo de autores relevantes que han estudiado acuciosamente esta materia. Valga destacar los trabajos, entre otros, de Richard Revesz

consequences of proposed government action; (b) Regulatory action shall not be undertaken unless the potential benefits to society for the regulation outweigh the potential costs to society; (c) Regulatory objectives shall be chosen to maximize the net benefits to society; (d) Among alternative approaches to any given regulatory objective, the alternative involving the least net cost to society shall be chosen; and (e) Agencies shall set regulatory priorities with the aim of maximizing the aggregate net benefits to society, taking into account the condition of the particular industries affected by regulations, the condition of the national economy, and other regulatory actions contemplated for the future.

²⁰² Causa N° 1119/2015 (Casación); Resolución N° 154.702, Corte Suprema, tercera Sala (Constitucional) de 30 de septiembre de 2015. En el considerando 68, la Excm. Corte Suprema sostiene que: “Que, al respecto, este Tribunal debe reiterar que la argumentación precedente del MMA no se encuentra contenida en el expediente del proceso de revisión de la norma de MP10 ni tampoco se describe o explica la utilización que se le dio a lo contenido en el expediente correspondiente a la norma de MP2,5. Tampoco se refiere el AGIES al destino de los recursos supuestamente liberados por la derogación de la norma de MP10 anual, necesarios para comprobar si efectivamente se altera la relación costo-beneficio. Con ocasión de la audiencia pública de expertos de 8 de mayo de 2014, ya citada, los expertos que participaron en la revisión de la norma impugnada afirmaron que dichos recursos serían destinados al control del MP2,5, donde producirían beneficios mucho mayores que su uso actual, lo que no es posible contrastar con la información contenida en los expedientes administrativos, sus respectivos AGIES ni en el decreto supremo. Esta ausencia no permite dar por fundado, en este punto, la decisión materia de esta causa. También, la Corte de Apelaciones de Santiago, en Causa N° 6140/2016, Civil, Resolución N° 749.999, de 26 de Julio de 2016, explica que: “Segundo: En la referida sentencia, se estimaron concurrentes los presupuestos establecidos en el artículo 9 de la Ley N° 19.886, considerando que esa norma resulta imperativa en el evento de resultar más conveniente para los intereses de la entidad licitante la deserción del proceso, conveniencia que, en el caso, deriva de contar con la disponibilidad de recursos suficientes que le permitirían financiar la contratación de especialistas en el área de cirugías de vitrectomías, que había sido el objeto de la convocatoria de la licitación y teniendo en consideración que existía la posibilidad cierta de contratar esos mismos especialistas por la vía de la contratación de honorarios a suma alzada con cargo a la glosa presupuestaria del subtítulo 21, a lo que se une la relación costo beneficio que realizó la entidad, de lo cual resultaba que era más económico y ventajoso para sus intereses éste último tipo de contratación, sin que correspondiera entrar a considerar ni calificar previamente la etapa en que se encontrare dicho procedimiento, pues la norma legal que la regula no hace tal distinción. Por tales razones, el Tribunal especializado determinó que la omisión de la evaluación de las ofertas-ilegalidad acusada por el reclamante no pugna con la declaración de desierto del proceso.

²⁰³ GUILLOFF, M. 2014. Análisis Costo beneficio judicial/ Análisis costo Beneficio Administrativo. Comentarios al fallo de las ciclovías en Rancagua. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Comentarios de Jurisprudencia 21(1): pp. 523-533.

(NYU);²⁰⁴ Eric Posner (U. Chicago);²⁰⁵ Stuart Shapiro (Rutgers); ²⁰⁶ y Cass Sunstein (U. Harvard)²⁰⁷.

Uno de los puntos centrales de aplicación del análisis costo beneficio, y que resulta crucial para su aplicación por las agencias, es la dificultad para cuantificar beneficios y costos, el cual es un proceso que en general, en el gobierno de los Estados Unidos, lleva a cabo la OIRA (*Office of Information and Regulatory Affairs*) situada en el gobierno de ese país, y que se rige por criterios específicos. Algunos de estos criterios son la valuación de los riesgos estadísticos de mortalidad; beneficios colaterales de la regulación; transacciones de riesgo; márgenes amplios (que se generan cuando las agencias no pueden especificar los beneficios o costos y admiten que, en algún punto, éstos caerán dentro de márgenes amplios); tasas de descuento, o bien, beneficios cuya cuantificación es difícil o imposible, como la dignidad humana, entre otros²⁰⁸.

Al ser este uno –entre varios– de los problemas de alta complejidad que presenta el análisis costo-beneficio, surge la pregunta acerca de cómo resolverlo, sobre todo, atendiendo un contexto de enseñanza del Derecho continental, ajeno a la formación académica de abogados en métodos cuantitativos.

En su trabajo “Quantifying Regulatory Benefits”, el profesor Richard Revesz enseña que la solución para este problema se estructura sobre un método llamado “análisis del punto de equilibrio”. (*breakeven analysis*). El ejemplo que plantea Revesz es que “(...)

²⁰⁴ REVESZ, R. 2017. Cost-Benefit Analysis and the Structure of the Administrative State: The Case of Financial Services Regulation [en línea] <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2733713##> [consulta: 9 noviembre 2017]. El texto es: “The independent agencies that have primary responsibility for financial regulation lack the capability to conduct cost-benefit analyses of the quality that is commonplace in the Executive Branch, in part as a result of the role of the Office of Information and Regulatory Affairs”.

²⁰⁵ POSNER, E. Y SUNSTEIN, C. 2017. Moral Commitments in Cost-Benefit Analysis. Coase-Sandor Institute for Law and Economics. Working Paper (802); Public Law and Legal Theory Working paper (620). Destaco además sus trabajos, “Rethinking CBA” 1999; luego, con J. Adler, “New Foundations of CBA” (2006). Y sus trabajos post crisis financiera, sobre CBA son: “BCA for financia” 2013; “BCA Responses” 2015 y “BCA for judicial role” 2017. Una particularidad de Eric Posner es que, en conjunto con Cass Sunstein, en abril de 2017, publicaron un interesante trabajo titulado “Moral Commitments in Cost-Benefit Analysis”.

²⁰⁶ SHAPIRO, S. 2010. The evolution of Cost-Benefit Analysis US. regulatory decision making. Jerusalem Papers in Regulation & Governance. Working Paper (5): 1-22.

²⁰⁷ SUNSTEIN, C. 2005. Cost and Benefit Analysis of Environment. *Ethics*, 11(2): pp. 351-385. También, destaco su famoso “Cognition”, *Journal of Legal Studies*, 29 (2000); por cierto, “The Cost-Benefit State: The future of regulatory (...)” (2003); “Financial regulation and CBA” (2015).

²⁰⁸ SUNSTEIN, C. 2014. El verdadero mundo del costo – beneficio. Treinta y seis preguntas (y casi la misma cantidad de respuestas). *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo* 3(1): p.19.

si los beneficios cuantificados de una regulación son menores que los costos cuantificados, pero algunos de esos beneficios adicionales no son cuantificables. ¿Sobre qué base podría una agencia decir que los beneficios no cuantificables hacen que la regulación se justifique bajo un estándar de costo-beneficio? Por el contrario, ¿sobre qué bases podría decirse que los beneficios no cuantificables no proporcionan tal justificación? Por ejemplo, si los beneficios anuales cuantificados de una posible reglamentación ambiental son de 4.000 millones de dólares como resultado de una reducción de la mortalidad, los costos anuales cuantificados son de 5.000 millones de dólares y los beneficios de una morbilidad reducida son no cuantificables”.

En síntesis, señala Revesz, “(...) el análisis de punto de equilibrio es una técnica útil para agregar estructura al análisis costo-beneficio, cuando la agencia reguladora no ha cuantificado una categoría de beneficios. Pero es una segunda mejor técnica. Lo máximo que puede aspirar a hacer es crear límites superiores e inferiores que proporcionen una guía útil para la evaluación de un beneficio”²⁰⁹.

Por su parte, el autor John D. Graham, quien fuera Director de la OIRA del gobierno de los Estados Unidos entre los años 2001 a 2006, en un trabajo titulado “*Saving Lives through Administrative Law and Economics*” ha desarrollado una evolución del análisis costo –beneficio estableciendo tres etapas : una primera fase llamada “*welfarism*”; una segunda denominada “*the Pareto Criterion*”; una tercera llamada “*Kaldor-Hicks efficiency*” y finalmente, la versión actual o contemporánea de la metodología, que se aplica en nuestros días.

Respecto de la fase llamada Pareto –también conocida como Pareto óptimo–, Graham afirma que, en materia regulatoria, este principio constituye una piedra angular, y que aplicado a una regla, consiste en que “(...) una regulación debe ser promulgada si al menos una persona mejoraría su posición y ninguna empeoraría...y cuando se aplica dicho criterio, asumiendo que las preferencias individuales se basan en información completa acerca de

²⁰⁹ REVESZ, R. 2014. Quantifying Regulatory Benefits. California Law Review 102: p. 1423. Agradezco al profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Pablo Méndez, su explicación sobre este punto y el tratamiento que Revesz efectúa.

consecuencias posibles y conocidas de esa regulación”²¹⁰. El paso siguiente en esta evolución es identificado por Graham con el principio de eficiencia llamado “Kaldor-Hicks”, el cual surge como una revisión del principio de Pareto y que se manifiesta en que “una regulación es considerada eficiente, y por tanto deseable, si aquellos individuos quienes se benefician de esa regla, preferirían la regla aun si ellos fueran obligados a compensar totalmente a todos los individuos cuya condición empeoraría por esa regla”²¹¹. Desde este punto de vista, señala Graham, este principio Kaldor-Hicks sería el fundamento normativo del Análisis Costo beneficio, y su implementación supondría la comprensión de dos elementos: a) disposición a pagar o “*willingness to pay*” (*WTP*) dinero como medida del beneficio social; b) disposición a aceptar o “*willingness to accept*” (*WTA*) dinero como medida del costo social. Ello significa que si un individuo espera una regulación que será beneficiosa para él, entonces el *WTP* (disposición a pagar) será positivo. En cambio, si otro individuo proyecta ser dañado por una regulación, su *WTA* será negativo. Finalmente, asevera Graham, las herramientas económicas son usadas para medir los valores de *WTP* y *WTA* para efectos regulatorios, las cuales se han estructurado en torno a la teoría de la elección racional, a partir de transacciones observadas con precios y riesgos conocidos²¹².

2.2.3. Análisis de Impacto Regulatorio

Una de las aplicaciones del principio de eficiencia puede ser la implementación del llamado Análisis de Impacto Regulatorio (RIA - *Regulatory Impact Analysis*)²¹³ en dos sentidos:

- i) Medir el impacto de tanto de regulaciones sustantivas;

²¹⁰GRAHAM, J. 2008. Saving Lives through administrative Law and Economics. University of Pennsylvania Law Review 157: p. 408 [en línea] <<https://www.law.upenn.edu/live/files/110-graham157upalrev3952008pdf>> [consulta: 11 enero 2018].

²¹¹GRAHAM. Ob. cit., p. 410.

²¹² GRAHAM. Ob. cit. p. 412.

²¹³ En Chile, sobre Análisis de Impacto Regulatorio, ver: MOYANO, G. 2013. Incorporación del análisis de impacto regulatorio en los Estados Unidos. Revista de Derecho Económico: pp. 101-124.

- ii) Medir el impacto de regímenes regulatorios²¹⁴.

Respecto del RIA propiamente tal, la Ley N° 21.000 de 23 de febrero de 2017, que crea la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) establece en el marco de las facultades normativas de dicha entidad, la obligación de que las normas dictadas deban estar acompañadas de una evaluación de impacto regulatorio. Así lo indica el artículo 20, N° 3 de la referida ley²¹⁵.

Sobre el particular, conviene destacar ciertos contenidos de esta disposición, en el sentido de que resultan coherentes con la propuesta de este texto. Así, por ejemplo, cuando la norma señala que la normativa que se imparta deberá contener lo siguiente:

i) Fundamentos que hagan necesaria su dictación: La norma legal entiende que parte de la fundamentación de esa decisión está compuesta por: (i) Definición adecuada del problema que se pretende abordar; (ii) Justificación de la intervención regulatoria; (iii) Evaluación del impacto de dicha regulación; (iv) Estudios o informes en que se apoye, en los casos que corresponda o sea posible.

ii) Elaboración de un informe de evaluación de impacto regulatorio correspondiente.

²¹⁴ VAN GENUGTEN, M. Comparing the impact of regulatory regimes. Combining transaction cost economics and Institutional Legal Theory.

²¹⁵ El Art. 20, N° 3 de la Ley N° 21.000 señala: “3. Dictar normas de carácter general, circulares, oficios circulares y otras resoluciones que se requieran. La normativa que se imparta deberá contener los fundamentos que hagan necesaria su dictación, incluyendo una definición adecuada del problema que se pretende abordar, la justificación de la intervención regulatoria, la evaluación del impacto de dicha regulación, así como aquellos estudios o informes en que se apoye, en los casos que corresponda o sea posible. Dicha normativa deberá ser objeto de una consulta pública. Con dicho propósito, antes de la dictación de ésta, se dará a conocer el proyecto de norma en la página web de la Comisión, disponiéndose los mecanismos necesarios para que los interesados puedan formular observaciones a éste. La Comisión, por resolución fundada, podrá excluir de los trámites contemplados en el párrafo anterior aquella normativa que, atendida su urgencia, requiera de aplicación inmediata. Con todo, en dichos casos una vez que se haya dictado la norma, la Comisión deberá elaborar el informe de evaluación de impacto regulatorio correspondiente. Del mismo modo, no se requerirán los trámites contemplados en el párrafo primero del presente numeral cuando la Comisión, por resolución fundada, estime que estos resultan impracticables, innecesarios o contrarios al interés público”.

2.2.4. Behavioral Economics y diseño de agencias

El llamado enfoque de Economía Conductual o *Behavioral Economics* (B.E.) se ha manifestado como una de las fases evolutivas –tanto de la teoría económica como del análisis económico del Derecho– ha construido un aporte atractivo a la teoría y práctica de la regulación económica. A finales de la década de los 90 se generó un movimiento crítico a la teoría de la elección racional, esta última sustentada en su expresión económica, fundamentalmente por el premio Nobel de 1992 Gary S. Becker. Algunos de esos exponentes iniciales en el criticismo fueron el también Premio Nobel de Economía de 1998 y profesor de la Universidad de Harvard, Amartya Sen, el profesor de Derecho Cass Sunstein, y el profesor de la Universidad de Chicago, recientemente también galardonado con el Nobel de la misma disciplina, Richard Thaler. La crítica de Amartya Sen apunta al presupuesto básico de la teoría de la elección racional que explica la conducta de los agentes económicos sobre la base de la maximización del bienestar individual. Tanto Sen como Sunstein proponen la idea de una racionalidad limitada (*bounded rationality*) de los agentes económicos, y la existencia de sesgos que desvirtuarían la concepción de Becker²¹⁶. Estas conclusiones encuentran soporte en la contribución de la Psicología y la Neurociencia a la Economía, situando a estas disciplinas como integrantes de un nuevo paradigma frente a la teoría de la elección racional. La interacción de estas ciencias no solo ha afectado a la Economía, sino también al modo de apreciar el Derecho, generando la corriente denominada “*Behavioral Law and Economics*”. En materia regulatoria, estas contribuciones han significado importantes debates en torno al rol estatal, la libertad de las personas y la formación de sus decisiones, como también en cuanto al protagonismo del Estado respecto de la racionalidad limitada de los ciudadanos. Como se ha indicado, uno de los más destacados exponentes de esta aproximación es Cass Sunstein, quien junto al profesor Richard Thaler han denominado a este enfoque, más protagonista del Estado en materia reguladora, como Paternalismo Libertario (*Libertarian Paternalism*). Así queda plasmado en su difundida obra “*Nudge*.

²¹⁶ JOLLS, C; SUNSTEIN, C. y THALER, R. 1998. A Behavioral Approach to Law and Economics. Stanford Law Review 5: p. 1476 [en línea] <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles> [consulta: 11 enero 2018].

*Improving decisions about health, wealth and happiness*²¹⁷.

Conviene destacar en esta parte del trabajo que el profesor Cass Sunstein se desempeñó como administrador de la OIRA (White House Office of Information and Regulatory Affairs, creada en 1980 en el ámbito de la Paperwork reduction Act)²¹⁸, durante el período 2009 a 2012, y que ha recogido las reflexiones sobre dicha experiencia en un libro titulado “*Simpler. The future of government*”²¹⁹ el cual ha significado una acertada visión del problema práctico en esta cuestión. La difusión de instrumentos al estilo “nudges” se ha vuelto frecuente en diversos países, sin perjuicio que esta aplicación puede en algunos casos implicar un trasplante apresurado, sin un adecuado estudio real de la recepción cultural de estas herramientas, o incluso alguna cuestión de carácter ético, como el propio Sunstein lo ha planteado²²⁰. La OECD, en el documento “The Governance of Regulators” de 2014, ha resaltado la importancia de este enfoque conductual²²¹. Por su parte, una Orden Ejecutiva del gobierno del Presidente Barack Obama, de 15 de Septiembre de 2015 señala que el uso de los aportes de la ciencia conductual puede servir mejor a las personas. Incluso, alguna literatura ha señalado que después de la crisis de 2007, la contribución de *Behavioral Economics* vendría a compensar la falla predictiva en la anticipación del colapso financiero, el cual que se habría producido en razón de una fidelidad obcecada al paradigma central del *homo economicus* racional y maximizador. Así, *Behavioral Economics* sería entonces, una base atractiva para resolver cuestiones prácticas y no sólo una sofisticación interdisciplinaria desafiante del modelo de *Rational choice*²²². Habida consideración de la profusa literatura

²¹⁷ THALER, R. y SUNSTEIN, C. 2008. *Nudge. Improving decisions about health, wealth and Happiness*. New Haven, Yale University Press.

²¹⁸ Algunos análisis sobre la OIRA, en: SITARAM, G. Reforming Regulation: Policies to Counteract Capture and Improve the Regulatory Process. Center for American Progress, Vanderbilt University, 2016 [en línea] <<https://ssrn.com/abstract=2891498>> [consulta: 5 marzo 2017]; TOZZI, J. OIRA’s formative years: The Historical Record of centralized regulatory review preceding OIRA’s founding. *Administrative Law Review*, Volume 63, Special Edition, 2011.

²¹⁹ SUNSTEIN, C. S. 2013. *The future of government*. New York, Simon and Schuster.

²²⁰ SUNSTEIN, C. 2015. The Ethics of Nudging, 32 *Yale J. on Reg.* [en línea] <<http://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol32/iss2/6>> [consulta: 11 junio 2017].

²²¹ OECD. 2014. *The Governance of Regulators*, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing. “the application of behavioural science by regulators has happened for some time and is increasing”.

²²² BERG, L. 2014. Who benefits from behavioural economics?. *Economic Analysis and Policy* 44(2): pp. 221–232. Esta autora afirma: “*Contrary to rational choice theory, behavioural economics demonstrate and explain why free choices often appear not to be in the chooser’s own interests. I think behavioural economics is a pragmatic field wishing to solve real problems in the real world. Accordingly, if suitable and useable, the*

que analiza, desde diversas perspectivas, la influencia de este enfoque en la decisión y la política regulatoria, el análisis de B.E. al problema del diseño institucional de agencias reguladoras puede resultar aún más específico.

Un buen trabajo es el que ha desarrollado Francesc Trillas, de la Universidad Autónoma de Barcelona, quien a mi juicio ha analizado el tópico de conducta de reguladores a partir de B.E. de una manera acertada²²³. En su artículo del año 2016, el profesor Trillas, siguiendo a la literatura económica relevante sobre el tema del rol de los reguladores en el mercado, señala que, en general habría tres razones por las cuales se dificulta la tarea de los reguladores: información asimétrica; la potencial captura regulatoria, y el problema del compromiso real del regulador. A estos factores, señala Trillas, habría que agregar un cuarto, y que es la existencia de sesgos conductuales de los reguladores. Trillas revisa el camino doctrinal desde Joskow, a principios de 1970, hasta lo que él denomina, el modelo o contribución de Cooper y Kovacic, en 2012. Uno de los éxitos que alcanza Trillas en su trabajo, consiste en dimensionar que la aplicación de B.E en el ámbito de agencias regulatorias es bilateral, y no solamente unidireccional. Esto significa que las agencias reguladoras actúan – conforme a la perspectiva de B.E – para suplir las dificultades que genera la racionalidad limitada de agentes; pero también, son los propios reguladores quienes padecen de sesgos y errores de juicio y ponderación, al momento de generar la decisión en la que se les requiere actuar.

Explica esta situación Trillas sosteniendo que “(...) la delegación de decisiones de política económica en agencias independientes compuestas por expertos ha sido un rasgo común en el pasado reciente en varias áreas, tales como los Bancos Centrales o en la

field does not hesitate to borrow insights and approaches from neighbouring disciplines. Many of their favourite mechanisms relate to central sociological phenomena, like the importance of contexts, traditions, norms and significant others. A sociologist, however, will often miss standard sociological references in their literature. This paper discusses this new field, claiming that a turn towards sociology would improve this field, a lot. Finally asking who will ultimately benefit from this new knowledge, the consumer-citizens or the producers and providers?”.

²²³ TRILLAS, F. 2010. Independent regulators: Theory, evidence and reform proposals. IESE Business School, Universidad de Navarra, Working Paper-WP-860 [en línea] <<http://www.emeraldinsight.com/doi/pdfplus/10.1108/14636691311327115>> [consulta 11 enero 2018]; TRILLAS, F. 2016. Behavioral regulatory agencies. Document de Treball, Universitat Autònoma de Barcelona [en línea] <<http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/262435/wpdea1606.pdf?sequence=1>> [consulta: 11 enero 2018].

infraestructura regulatoria d ciertas industrias. Ello, señala Trillas, porque la delegación sería una respuesta al compromiso de estas autoridades y a los problemas de información asimétrica. El supuesto, sostiene este autor, es que estos expertos tienen la voluntad y el conocimiento para implementar cualquier decisión de política pública, y que ello es mejor para la sociedad. Así, continua Trillas, se sabe que B.E. nos enseña que todos los agentes, incluso los expertos, pueden ser vulnerables a sesgos y a brechas de racionalidad completa. También, las preferencias de estos expertos, como las de cualquier persona, son permeables a las contingencias y a los llamados “*framing effects*” y en un modo más general, concluye el autor catalán, que son endógenas y potencialmente volátiles²²⁴.

No se trata de matricular a Chile en la tendencia “*Nudge*” y proponer la creación de “*Nudges Bureaus*”, sino más bien recoger en el trabajo legislativo esas categorías, en armonía con las recomendaciones de la OECD.

De este modo: ¿importa una perspectiva de Behavioral Economics en un contexto de explicación de diseño de agencias? En el punto anterior se ha explicado una versión que podría llamarse “tradicional” acerca de la comprensión del análisis costo-beneficio, explicada por un ex director de la OIRA en el período señalado. La aplicación de estas categorías estructuradas en Behavioral Economics al diseño de agencias es una cuestión debatida. En tal sentido, los profesores James Cooper y William Kovacic han estudiado el punto respecto del diseño de agencias en materia de Libre Competencia²²⁵.

En Chile, parte de la doctrina jurídica ha dejado constancia de cómo un análisis desde la perspectiva conductual puede ser útil para distinguir entre reguladores sistémicos y reguladores conductuales, como es el caso del profesor Diego Pardow. Concretamente, en la página 6, nota N° 24, de su trabajo sobre coordinación de agencias en materia de consumidor, este autor chileno estudia una interesante relación entre fallas de mercado y reacción regulatoria frente a ellas. Así, afirma que se puede distinguir entre “cuatro fallas de mercado que motivarían la regulación financiera: (i) asimetrías de información, (ii) externalidades por riesgos sistémicos, (iii) racionalidad limitada de los consumidores, y (iv)

²²⁴ TRILLAS, F. 2010. Ob. cit. p. 860.

²²⁵ COOPER, J. y KOVACIC, W. 2012. Behavioral Economics and its meaning for Antitrust Agency Decision Making. *Journal of Law and Economics & Policy* 8(4): 779-800.

abuso de poder de mercado. Las primeras dos cubrirían un ámbito similar a la categoría de regulación prudencial, mientras que las dos segundas estarían razonablemente comprendidas dentro de la categoría de regulación de conducta”²²⁶.

Mi impresión, siguiendo a parte de la doctrina chilena (en especial al mismo profesor Diego Pardo) es que la aplicación de *Behavioral Economics* es, en la actualidad, una cuestión sobrevalorada y que, por ahora, en Chile no manifiesta opciones de concreción relevante en materia de diseño institucional.

3. Conclusiones de este capítulo

De acuerdo a lo expuesto en este capítulo, resulta una cuestión bastante asentada que el Análisis Económico del Derecho (AED) es un enfoque que, a casi 60 años de su época fundacional, se ha consolidado como una aproximación útil, válida y eficaz para el estudio de instituciones legales. Es también una cuestión prácticamente no disputada que, la doctrina jurídica especializada, ha reconocido esas características y su influencia en diferentes ramas del Derecho.

Como consecuencia de lo anterior, podemos afirmar que los contenidos propios de esta confluencia entre Derecho y Economía se han vertido paulatinamente en la teoría jurídica regulatoria. En lo concreto, creemos que el Análisis Económico del Derecho provee de insumos conceptuales a la política regulatoria. En nuestra opinión creemos que esta Política Regulatoria puede conceptualizarse como un conjunto de principios, normas y diseños institucionales que se ocupan de la generación de reglas aplicadas a la conducta de agentes, individuales o colectivos, en el desarrollo de sus conductas, ya sea en mercados o en otras áreas sociales relevantes, como también la supervisión de las interacciones entre esos agentes, realizada a través de técnicas de intervención, implementadas por entidades técnicas, más o menos independientes.

²²⁶ PARDOW, D. 2014. Ob. cit. passim.

Instalar esta propuesta de concepto, tiene sentido dado que el estudio del Informe de la OECD, publicado en el año 2016, titulado “Regulatory Policy in Chile”, ha recomendado que nuestro país “(...) debe perseguir una mejora regulatoria a través de la adopción de una política regulatoria general formal, explícita, vinculante y consistente, y sus instrumentos, con objetivos identificados y una estrategia de comunicaciones clara”²²⁷.

En consecuencia, la explicitación de esa política supone, como lo indica la recomendación de dicho Informe, definir el lenguaje sobre el cual se genere ese conjunto de contenidos. En nuestra opinión, el lenguaje más adecuado para construir, fundar y sostener esa política regulatoria general, es el del Análisis Económico del Derecho.

Sin embargo, hay que tener presente que ninguna propuesta de aplicación conceptual puede limitarse a un simple trasplante de contenidos que violente la propia identidad de una disciplina, o en este caso de ciertos modelos institucionales. Toda propuesta de esta naturaleza tendrá siempre un carácter instrumental, que contribuya a dotar de insumos sustantivos que permitan una mejor comprensión de realidades.

²²⁷ OECD. 2016. Regulatory Policy in Chile: Government Capacity to Ensure High-Quality Regulation, OECD Reviews of Regulatory Reform, OECD Publishing, Paris [en línea] <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264254596-en>> [11 enero 2018].

CAPÍTULO TERCERO

BUSCANDO MODELOS Y SOLUCIONES ÓPTIMOS

1. Cuestiones previas

La arquitectura conceptual sobre agencias, fundada en el Análisis Económico del Derecho, supone un objetivo determinado. Esta debe asumir la idea que un estado regulador para el siglo XXI se sustenta en principios democráticos, inspirados en un diseño de políticas respetuosas de la dignidad humana, orientadas al servicio del ciudadano y a la resolución eficaz de sus problemas. Por ello, las demandas por la efectividad y solidez de esas políticas constituyen un imperativo de acción concreta para los gobiernos.

Si los conceptos construyen una perspectiva teórica, pero con vocación de implementación, la búsqueda del modelo más óptimo de agencias supone la necesidad de plantear preguntas e intentar responderlas coherentemente. Toda esta reflexión cobra aún más sentido frente a las observaciones planteadas por el Informe OECD 2016 sobre los desafíos que presenta la infraestructura regulatoria chilena. De este modo, la reflexión teórica destinada a la mejora de un Derecho concreto, supone el intento por plantear soluciones y respuestas a las preguntas que a continuación se plantean.

2. ¿Es posible encontrar un modelo óptimo de agencias?

2.1. Aproximaciones teóricas

La expresión óptimo, de acuerdo al Diccionario de la RAE, tiene su origen en el verbo “optimizar”, que significa “buscar la mejor manera de realizar una actividad”²²⁸. Su

²²⁸ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, vigésimo tercera edición [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=R7YxPPp>> [consulta: 11 enero 2018].

significado directo, de acuerdo al mismo Diccionario es: “(...) sumamente bueno, que no puede ser mejor”²²⁹.

Si el objetivo planteado implicara guiarse sólo por lo literal de las palabras, entonces pareciera que la búsqueda de ese modelo es ardua y costosa. Para enfrentar este problema, pueden plantearse dos enfoques: uno, aquel que se refiere al modelo óptimo propiamente tal, y otro, respecto del modelo que puede generar un mayor grado de calidad o excelencia regulatoria.

En cuanto al modelo óptimo propiamente tal, creo que hay, a su vez, dos maneras de plantear el asunto. Por una parte, la caracterización de una arquitectura organizacional que describa las cualidades, condiciones, estructura y potestades de una agencia ideal, o cercana a ella. Esta construcción tiene la ventaja de proponer un paradigma o un punto de referencia (*benchmark*) a partir del cual se pueden estimar criterios de evaluación o impacto.²³⁰ Por otra parte, se presenta la cuestión acerca de cómo, en la realidad del Derecho, la práctica regulatoria o de políticas públicas, puede encontrarse este modelo óptimo. En relación a este aspecto, me parece conveniente, como buen punto de partida, citar un trabajo de Jakobsen y Thrane (2016)²³¹.

Estos autores analizan el problema sosteniendo que hay estructuras organizacionales que se identifican con diversos paradigmas de gobernanza y pretensiones de innovación. En ese escenario de diversidad en la oferta de diseños, hay que emprender la difícil misión de identificar el más óptimo. Estos paradigmas son tres: el primero se denomina Administración Pública Clásica (*Classic Public Administration* o CPA). El segundo, se llama Nueva Gerencia Pública (*New Public Management* o NPM, y finalmente un tercero, que se designa con la expresión Nueva Gobernanza Pública (*New Public Governance* o NPG).

²²⁹ Ob. cit. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=R7bbor7>> [consulta: 11 enero 2018].

²³⁰ COGLIANESE, C. (2012). Measuring Regulatory Performance. Expert Papers N° 1, OECD [en línea] <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/1_coglianesse%20web.pdf> [consulta: 11 enero 2018].

²³¹ JAKOBSEN, M. y THRANE, C. Public Innovation and Organizational Structure. Searching (in vain) for the optimal design. En: TORFING, J. y TRIANTFILLOU, P. 2016 (Edits.) Enhancing Public Innovation by Transforming Public Governance. Cambridge, Cambridge University Press, p. 270.

Torfin y Triantafillou (2016)²³² ofrecen un detallado análisis de cada uno de esos paradigmas, de los que destacaré sólo los criterios más relevantes. Estos son: una perspectiva general de las organizaciones públicas; modo de solución de los problemas públicos y el rol de los ciudadanos.

En el paradigma de Administración Pública Clásica (CPA), la perspectiva general de las organizaciones públicas comprende a éstas y a sus funcionarios como profesionales a tiempo completo, muy bien entrenados, siguiendo reglas explícitas y buscando concretar una certera vocación por el cumplimiento del deber público. El modo de solución de los problemas públicos, para este paradigma, parte del supuesto de que éstos deben resolverse en un contexto de burocracias públicas, basadas en jerarquía, especialización, reglas explícitas y una autoridad que opera con una racionalidad legal estricta. Finalmente, el rol de los ciudadanos en esta perspectiva, les asigna una posición de titulares de derechos, pero sujetos a la autoridad pública.

Por su parte, en el paradigma de Nueva Gerencia Pública (NPM), la perspectiva general de las organizaciones públicas las entiende como entidades proveedoras de servicios, identificadas con un comportamiento oportunista y estratégico de los funcionarios públicos, que debe ser vigilado a través de mecanismos de control asociados a su desempeño. El modo de solución de los problemas públicos en este paradigma, comprende la desregulación, la competencia de los sectores público y privado, y la implementación de incentivos de desempeño. Finalmente, el rol de los ciudadanos para esta doctrina los sitúa en una posición de consumidores que hacen elecciones racionales entre diferentes proveedores de servicios.

Respecto del paradigma de Nueva Gobernanza Pública (NPG), la perspectiva general de las organizaciones públicas las analiza como entidades que constituyen núcleos de producción, en que la motivación de los funcionarios por el servicio público debe ser mejorada constantemente a través relaciones basadas en la confianza, el liderazgo y la gestión. El modo de solución de los problemas públicos, en esta perspectiva se funda en la colaboración público-privada, a través de redes, asociaciones y relaciones contractuales.

²³² TORFING, J. y TRIANTAFILLOU, P. Enhancing Public Innovation by transforming public governance?. En: TORFING, J. y TRIANTAFILLOU, P. 2016 (Edits.) Enhancing Public Innovation by Transforming Public Governance. Cambridge, Cambridge University Press, p. 13.

Para concluir, la configuración del rol de los ciudadanos en el modelo NPG se traduce en una concepción de individuos activos, involucrados en la co-producción, co-creación y co-gobierno de los servicios públicos²³³.

Una reseña de estos paradigmas no puede omitir la clásica estructura weberiana, en que “la actividad burocrática, por lo menos toda actividad burocrática especializada –y es ésta la específicamente moderna– presupone normalmente un concienzudo aprendizaje profesional. Esto resulta válido tanto para los jefes y empleados modernos de una empresa privada como para los funcionarios públicos”²³⁴. De este modo, señalan, Jakobsen y Thrane, Weber no era, ni hoy lo son sus ideas, enemigas de la innovación en el sector público.

La respuesta de Jakobsen y Thrane (2016) sostiene que resulta muy difícil arribar, en la práctica, a una noción de diseño óptimo. Por ello, estos autores deciden postergar dicha respuesta, tanto por razones empíricas como de principios, y que permitan evaluar o determinar el resultado de la aplicación de ciertos criterios, como en cuanto diseño propiamente tal. Ante ello, los autores proponen cambiar la pregunta y sugerir, más bien la siguiente: ¿de qué forma los funcionarios o integrantes de una determinada institución están habilitados o capacitados para lograr los fines específicos para los cuales la entidad fue creada o reformada, conforme a criterios de eficiencia y calidad?

Tiendo a concordar con la postura de estos autores europeos, en cuanto a la posibilidad de exigirle a un modelo específico un estándar de óptimo definitivo. Más bien, para intentar una respuesta a esta pregunta, me inclino a volver –al menos en esta materia– a las raíces de la versión original del AED, anclado en la teoría de la elección racional (*Rational Choice Theory*).

¿Cuáles son las razones por las cuales estimo conveniente ofrecer un soporte doctrinario anclado en esta teoría para responder esta pregunta? Es lo que pretendo sintetizar a continuación.

i) En un contexto global de abundante predilección por la tendencia de la Economía Conductual (*Behavioral Economics*) pareciera arriesgado y contra corriente

²³³ Ob. cit. p. 14.

²³⁴ WEBER, M. Economía y Sociedad. México D.F., Fondo de Cultura Económica, p. 718.

construir una argumentación, a partir de la vieja y criticada teoría de la elección racional. Ello, porque la Teoría de la Elección Racional ha supuesto durante varias décadas, una de las piedras angulares de la economía neoclásica, en particular a partir de la explicación originaria sustentada por el economista y premio Nobel de 1992, Gary S. Becker.

Como se sabe, esta versión se caracteriza porque sitúa como punto central de la propuesta, la maximización del propio interés (*self-interest maximization*). Para que se produzca efectivamente esta maximización, Becker propone que deben verificarse algunos requisitos: (a) Que el individuo sea capaz de determinar la utilidad de un bien o servicio; (b) Que el sujeto obre sobre la base de un set estable de preferencias y; (c) Que cuente con una cantidad óptima de información y otras variables de entrada en variados mercados.²³⁵ Es esta la expresión de una teoría vastamente aplicada a la formación de decisiones en agentes de mercados. Pero lo cierto es que la Teoría de la Elección Racional ha sido también empleada en diferentes campos de las Ciencias sociales, entre ellos aquellas materias referidas al diseño institucional.

ii) Para la materia que nos ocupa, esta aplicación ha sido estudiada por Pettit (2003), quien sostiene que “la teoría de la elección racional equivale a las ciencias sociales por medios economicistas y ha tenido una marcada influencia entre los que estudian políticas y los que las proyectan, quienes con frecuencia tienen una formación dentro de la disciplina de la economía”²³⁶.

Casi como introducción, Pettit hace presente el reproche que, para algunos teóricos normativos, supone la aplicación de esta teoría, quienes la acusarían de simplista y sectaria, pero que sin embargo aporta elementos interesantes para postular una solución a este problema del diseño óptimo. No obstante, Pettit sostiene que hay tres supuestos

²³⁵ BECKER, G. 1976. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago, The University of Chicago Press. Una referencia permanente a Becker en JOLLS, C., SUNSTEIN, C. y THALER, R. 1998. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. *Stanford Law Review* 50: p. 1476 [en línea] <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/236.pdf> [consulta: 15 diciembre 2017]. Una versión fidedigna del capítulo introductorio [en línea] <http://www.pauldeng.com/pdf/Becker_the%20economic%20approach%20to%20human%20behavior.pdf> [consulta: 13 octubre 2016].

²³⁶ PETTIT, P. El diseño institucional y la elección racional. En: GOODIN, R. 2003. *Teoría del Diseño institucional*. Barcelona, Gredisa Editorial, p.75. La versión original de este trabajo es GOODIN, R. 1996. *The Theory of Institutional Design*. Cambridge, Cambridge University Press.

fundamentales que permiten estructurar la visión que esta teoría propone sobre diseños institucionales: (a) La conducta de los individuos en la sociedad es sensible a las oportunidades y los incentivos que esta disponibles en su determinada posición en esa sociedad; (b) Estas oportunidades o incentivos ligados a esa determinada posición social, pueden ser modificados –o institucionalmente diseñados– de manera tal que se produzca una variación en la conducta de esos sujetos; (c) Existen ciertos criterios de evaluación , relativamente aceptados, para determinar que ciertos patrones agregados de conducta resultan más deseables que otros. Por ello, intentar un diseño institucional, implica el deseo o la voluntad de establecer esos patrones de conducta²³⁷.

iii) Para lograr esa modificación de conducta, Pettit sostiene que deben existir ciertas medidas o instrumentos que logren modificar las oportunidades o incentivos de los agentes individuales y, por tanto, se logre obtener el cambio de conducta esperada. Ellos son las sanciones, y los filtros o selección²³⁸. En el caso de las sanciones, Pettit sostiene que estas consideran a los agentes o individuos (denominémoslos destinatarios de la regulación o sujetos regulados); en cambio, los filtros o mecanismos de selección pueden determinar o agregar a ciertos sujetos o destinatarios de una regulación.

iv) A partir de esta distinción, Pettit sostiene que el diseño institucional debe implementar “(...) los filtros que operan sobre los individuos [y que tengan] el efecto de atraer hacia determinadas tareas a aquellos individuos que tienen más probabilidades de conducirse de una manera que resulta socialmente valiosa”²³⁹. Adicionalmente, Pettit sostiene que también es objetivo del diseño institucional la prevención del daño o la promoción de beneficios, en cuya tarea debe involucrarse tanto a agentes públicos como privados, proponiendo para ello una matriz de interacción entre estos fines y agentes, al modo de un juego simple²⁴⁰.

²³⁷ Ob. cit. p.77.

²³⁸ Ob. cit. p.79.

²³⁹ Ob. cit. p.80.

²⁴⁰ Ob. cit. p.81. Aquí aparece el siguiente cuadro

	Prevención del Daño	Promoción del beneficio
Agentes Privados	Privados/ Prevención	Privados/ promoción
Agentes Públicos	Públicos/ Prevención	Públicos/promoción

En general, las aplicaciones de la teoría de la elección racional tienden a considerar a los individuos –incluidos los reguladores– como sujetos que buscan maximizar su bienestar individual; por tanto, cualquier diseño institucional, y las normas jurídicas que se ocupen de ellos, deben establecer técnicas y mecanismos que consideren esa orientación de la conducta.

3. La segunda mejor alternativa (*Second Best*)

La dificultad que implica la determinación del modelo óptimo lleva a la posibilidad de escoger la segunda mejor alternativa.

El estudio de esta materia tiene su origen en un artículo titulado “*The General Theory of Second Best*”, escrito por los economistas Richard Lipsey y Kelvin Lancaster, en el año 1956.²⁴¹ En síntesis, ese trabajo establece que la obtención de un equilibrio o un óptimo, al modo de Pareto, necesita el cumplimiento de todas las condiciones que determinan ese mismo óptimo. Lo que estos autores plantean es que, si se introduce una restricción a ese equilibrio general, y esa restricción impide el logro de una de esas condiciones paretianas, los otros requerimientos, aunque fueran alcanzables ya no serían deseables. Así, para que pueda cumplirse esa condición habría que separarla de las otras.

La óptima situación finalmente alcanzada puede ser considerada como una segunda mejor optimización, ya que se logra por medio de una restricción que, por definición, mantiene el óptimo de Pareto. Esto es, según los autores, que la mejor manera de abordar el problema de definir el alcance de la teoría de la segunda mejor opción, es considerar el papel de las restricciones en la teoría económica. En el problema económico general de maximización, una función es maximizada sujeta al menos a una restricción²⁴².

²⁴¹ LIPSEY, R. y LANCASTER, K. 1956. *The General Theory of Second Best*. *The Review of Economic Studies* 24(1): pp. 11-32.

²⁴² Ob. cit. p.12.

Si se aplica esta teoría al diseño institucional, el enfoque puede ser apto para analizar los fines de las instituciones y las normas que se han diseñado para alcanzarlos, según da cuenta Talbot (2003)²⁴³.

En general, este autor sostiene que estos problemas de segunda mejor alternativa son básicamente cuestiones de optimización de primera alternativa, a las que se agregan restricciones. En esto, afirma Talbot, el modelo de competencia perfecta es útil para la comprensión general de condiciones, pero es menos útil para el análisis de instituciones sociales. En este sentido, sugiere Talbot, habría dos tipos de modelos para instituciones: uno que sería una versión teórica o idealizada, y el otro una institución real que haya resultado eficaz. Particularmente en este punto, señala el autor, es donde se produce una ventaja, pues “(...) pensar en estos términos consiste en que se vincula el debate acerca de las instituciones políticas con técnicas y teorías de la economía”²⁴⁴.

En mi opinión esta afirmación resulta interesante, pues en ciertos mercados el óptimo teórico podría ser, por ejemplo, una Comisión independiente, pero en el caso específico de algunas actividades económicas, una entidad unipersonal podría generar mayor bienestar social y estándares de protección. Piénsese en el caso de la CNMC (Comisión Nacional de Mercados y Competencia) en España, en que se creó un modelo de agencia que absorbió a seis entidades anteriores, y que hoy presenta serios problemas de integración y coordinación²⁴⁵.

En síntesis, para Talbot, habría dos perspectivas para enfrentar un cambio institucional: (a) Aquella postura que considera una postura conservadora y otra radical. La primera siempre estima que el cambio institucional debe consistir en desviaciones menores

²⁴³ TALBOT, B. Teorías de segunda mejor alternativa y sus implicaciones para el diseño institucional. En: GOODIN, R. 2003. Teoría del Diseño institucional. Barcelona, Gredisa Editorial, p. 121.

²⁴⁴ Ob. cit. p. 122.

²⁴⁵ ORTIZ, S. 2014. Entre regulación y competencia: revisión institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid [en línea] <<http://eprints.ucm.es/28137/1/T35657.pdf>> [consulta: 14 abril 2017]. Cuatro años de la CNMC (I) [en línea] <<https://hayderecho.com/2017/10/15/cuatro-anos-de-cnmc-i/>> [consulta: 14 abril 2017]; Las Mil y una desventuras de la CNMC [en línea] <https://www.fidefundacion.es/Las-mil-y-una-desventuras-de-la-CNMC-Por-Juan-Delgado_a622.html> [consulta: 14 abril 2017]; Frankenstein al servicio de la Competencia? [en línea] <<http://blogs.uab.cat/dretmercantil/2013/06/28/cnmc-frankenstein-al-servicio-de-la-competencia/>> [consulta: 14 abril 2017].

en relación a lo conocido o aquello que está probado en determinados contextos. La segunda plantea que los cambios deben ser a mayor escala y de gran envergadura; (b) La teoría de la segunda mejor alternativa, en definitiva, pueda no ser la opción conservadora o radical. Ello, porque dado que “(...) la desviación con respecto a cualquier condición particular de la institución utilizada como modelo significa que todas las demás condiciones pueden no ser deseables, no resulta claro si la elección óptima consiste en mantenerse tan próximo como sea posible al original, o bien desarrollar una institución completamente distinta”²⁴⁶.

4. La posibilidad del uso de tests

4.1. Razones

El empleo de tests es un recurso útil y conveniente a la hora de adoptar decisiones en materia de políticas públicas. En Chile, el profesor José Francisco García ha señalado la conveniencia del uso de tests, en atención a diversas razones. En primer lugar, García sostiene que éstos son una clase de parámetros o estándares de control que generan diversos beneficios sociales.

Estudiando su uso por el Tribunal Constitucional, el profesor García sostiene que con su empleo “(...) se trata de buscar un control más objetivo por parte de los jueces, cuestión que se consigue generando una metodología de evaluación al momento de efectuar el control. Ello potencia decisiones basadas en razonamientos jurídicos más que el uso desmedido de citas y de argumentos que no tienen conexión los unos con los otros, tan propios de nuestro sistema continental”.

Luego, García considera que el uso de tests, al menos por ese Tribunal, “(...) eleva notoriamente la fundamentación y calidad de las sentencias, elemento clave a la hora de exigir *accountability* a jueces que no gozan de legitimidad democrática directa”. Finalmente, este autor sostiene que el uso de tests “(...) genera niveles de certeza jurídica mayores en la medida en que el legislador, ejecutivo y agencias administrativas, como también los

²⁴⁶ TALBOT, B. Ob. cit. p. 123.

ciudadanos, saben con claridad cómo serán evaluados sus actos *ex ante*. Ello contribuye, además, a disminuir los incentivos de actuaciones arbitrarias del regulador”²⁴⁷. Un ejemplo de ello, según García, es el test de proporcionalidad, el cual se sustenta, citando a Barnes, en un “principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles –ley del mínimo intervencionismo– y 'proporcional' en sentido estricto, es decir, 'ponderada' o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades”²⁴⁸.

4.2. Elementos para la configuración de tests sobre diseño de agencias

4.2.1. Doctrina nacional

En un trabajo del año 2009, García sostenía que “(...) desde la perspectiva regulatoria, un buen diseño institucional regulatorio debe estar estructurado sobre la base de ciertos criterios o principios, que garanticen mínimos de legitimidad, aceptabilidad y conveniencia. La literatura especializada ha propuesto entre ellos: mandato legal (principio de reserva legal); procedimientos justos y participativos (debido proceso); accountability (control y contrapesos); expertise (conocimiento técnico), y eficiencia y eficacia”²⁴⁹. (subrayados nuestros). Y continúa sosteniendo que “(...) una adecuada aproximación al tema de la legitimidad y conveniencia de un sistema regulatorio debiera asumir que se está ante un escenario de matices más que de opciones radicales. Los cinco criterios de legitimidad esbozados por la literatura, mirados en forma aislada y particular, conllevan dificultades innegables. No se bastan a sí mismos, de lo que se desprende que un sistema regulatorio no puede considerarse conveniente o legítimo sobre la base de un solo parámetro”²⁵⁰.

²⁴⁷ GARCIA, J. 2011. El Tribunal Constitucional y el uso de tests: Una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial Económica. *Revista Chilena de Derecho* 38(1): pp. 101-138.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ GARCIA, J. 2009. ¿Inflación de Superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el Derecho Regulatorio. *Revista Actualidad Jurídica* (19): p. 340.

²⁵⁰ *Ibidem*.

Posteriormente, en su trabajo del año 2012, los profesores José Francisco García y Luis Cordero destacan tres características –en este caso aplicadas a entidades autónomas– y que son la neutralidad política, la especialización técnica y la eficacia²⁵¹ (subrayados nuestros).

Respecto de la especialización, Cordero y Tapia, en un trabajo de 2015 han señalado que esta puede ser entendida en dos sentidos: “experticia” y “experiencia”. La experticia sería “(...) un elevado nivel de conocimiento en un área sustantiva específica en razón de su estudio pormenorizado”. Por su parte, la experiencia es tratada por estos autores como “la acumulación de un conocimiento o destreza”. Aplicada a un órgano, afirman Cordero y Tapia, la especialidad debe ser entendida “(...) cuando deba lidiar con un alto número de decisiones en la misma materia, sobre todo si éstas se refieren generalmente a una misma área particular. De aquí que organismos con competencias altamente delimitadas vean fortalecidas sus capacidades para lidiar con ciertos temas específicos. La presencia de este elemento implica que, de manera contraria a la creencia extendida, la sola experticia no es el elemento que necesariamente define a la especialización”²⁵².

4.2.2. Hacia un Test de suficiencia y diseño para agencias reguladoras

a) Cordero / García (2012)

Un test de suficiencia debe contribuir a adoptar la decisión de crear o reformar una agencia determinada. Obedece a la pregunta que plantean Cordero y García en su trabajo del año 2012: “Cuando quiero crear una agencia: ¿qué alternativas tengo?”²⁵³ Por su parte, un test de diseño plantea la forma o la infraestructura jurídica de una determinada entidad. Las alternativas que los autores proponen se dividen en dos partes: a) Modo de estructuración;

²⁵¹ CORDERO, L. y GARCIA, J. 2012. Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias. Santiago, Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales, p. 415-435.

²⁵² CORDERO, L. y TAPIA, J. 2015. La revisión judicial de las decisiones regulatorias. Una mirada institucional. Estudios Públicos (139): p. 24.

²⁵³ CORDERO, L. y GARCIA, J. 2012. Ob. cit. p. 418.

b) Lugar en el sistema administrativo. Respecto del modo, el listado deberá incluir las siguientes alternativas²⁵⁴.

b) Hyman / Kovacic (2014)

Aunque ya se ha hecho una ligera referencia a este punto en el capítulo primero de esta tesis, debe destacarse como un ejemplo de test de diseño el modelo de cinco preguntas que esbozan David Hyman y William Kovacic²⁵⁵. La perspectiva de estos autores se funda en reflexiones teóricas consistentes, pero afianzadas en la extensa trayectoria del profesor Kovacic entre 2006 y 2011 en la Federal Trade Commission²⁵⁶. En síntesis, Hyman y Kovacic plantean que “(...) para formar una nueva agencia pública, se deben responder cinco preguntas institucionales básicas: (1) ¿Cuál será el mandato sustantivo de la agencia?; (2) ¿Dónde se ubicará a la agencia dentro del marco existente de entidades de gobierno?; (3) ¿Cuál será la amplitud de poderes de la agencia? (v.gr. si se tratará de todas las áreas de la economía o bien sectores determinados); (4) ¿De qué forma la agencia ejecutará sus deberes (v.gr. recolección de datos; emisión de reportes; estructurando casos; promulgando reglas; educando consumidores y emprendedores; conduciendo adjudicación administrativa; (5) ¿Cómo debiera ser gobernada esa agencia? (v.gr. por un panel de varios miembros o por un director ejecutivo).

254

Modo de estructuración	Lugar en el sistema administrativo
Órganos de dirección superior colegiada o unipersonal; Órganos consultivos o con facultades de decisión; distinción en función de dirección de la de gestión; Número de órganos internos; Participación ciudadana en el diseño. Autoridad superior: fuente genérica o con requisitos específicos; mecanismo de nombramiento (de confianza, alta dirección pública, nombramiento mixto con el Senado; mecanismo de remoción; mecanismo de control.	(i) Ministerios; (ii) Servicios públicos (amplia gama, desde las universidades hasta Superintendencias); (iii) Autonomías constitucionales; (iv) agencias independientes, (v) personas jurídicas de derecho privado.

²⁵⁵ HYMAN, D. y KOVACIC, W. 2014. Why Who does What Matters: Governmental Design and Agency performance. The George Washington Law Review 82(5): p.1463.

²⁵⁶ Agradezco la opinión, consejos y sugerencias del profesor William Kovacic para este texto, a partir del artículo que en esta parte cito.

5. ¿Existe un modelo de agencia cercano al óptimo en Chile?

5.1. Lo general

Al escoger uno o algunos modelos de agencia en Chile, que pueda sintetizar las características próximas a los modelos teóricos, en cuanto a diseño, principios, técnicas y potestades, mis preferencias transitan entre tres opciones, las que, en mi opinión, han configurado hitos fundacionales en materia de diseño institucional. Hay un juego de palabras que, casi irónicamente, aparece al momento de construir una elección: buscar un modelo de agencia o una agencia modelo. En mi opinión, por el primero, se entiende la infraestructura general de una agencia estatal que puede albergar algunas especies de configuraciones, contempladas en una categoría que llamaremos “diseño”. Por el segundo, se entiende un modelo, materializado en un diseño, y que puede constituir un esquema de referencia para la creación o reforma de otras agencias. En el primero, la expresión atiende a un sentido de conformación estructural de la agencia, mientras que el segundo se refiere a un arquetipo, paradigma o patrón que puede ser útil para la creación o reforma de otra entidad.

Así, por una parte, un modelo de agencia puede ser una superintendencia, pero su diseño institucional variará dependiendo de las particularidades del mercado sobre el cual opera. Por otra parte, un modelo de agencia puede ser una comisión independiente, pero su diseño consistirá en la concreción institucional específica que esa comisión manifiesta en su configuración jurídica, su número de integrantes, su régimen de *accountability* o el modo de financiamiento, entre otros rasgos.

El marco que propongo se describe así. Hay tres hitos que conforman lo que podría llamarse un triángulo cercano al óptimo. Estos hitos institucionales transcurren entre los años 2003 a 2017. En la línea de tiempo, la creación o formulación de estas entidades puede señalarse de la siguiente forma: (a) Institucionalidad de Libre Competencia: Creación del TDLC (Ley N° 19.911, 8 de Octubre de 2003 (fortalecimiento de FNE, Ley N°20.945 de 30 agosto 2016); (b) Institucionalidad de Medio Ambiente : Creación del Ministerio, SEIA, y SMA (Ley N° 20.417, 26 Enero 2010); [Creación de Tribunales Ambientales (Ley N°

20.600, 8 julio 2012)]; y, finalmente, (c) Institucionalidad Financiera : Creación Comisión Mercado Financiero (Ley N° 21.000 de 21 Febrero de 2017). Una particularidad llamativa de las líneas de este triángulo cercano al óptimo, es que los intervalos de creación de estas tres importantes entidades se producen con diferencia de 7 años cada una (2003/ 2010/ 2017). Es decir, cada siete años se generó un hito de diseño institucional. Trataré de esbozar algunas de las razones por las que creo en la existencia de ese triángulo.

5.2. Doctrina nacional

En abono de esta preferencia y elección, debe destacarse el interesante trabajo de Cordero y Tapia. En dicho texto, los autores, estudiando paralelamente la realidad de la institucionalidad de Libre Competencia y Medio Ambiente, crean un interesante y acertado esquema. Así, sostienen que ambos modelos –Libre Competencia y Ambiental– presentan similitudes y diferencias institucionales relevantes, las que los autores resumen en tres. La primera de ellas es que “ambas áreas se caracterizan por estar basadas en la especialización desde una perspectiva jurisdiccional, es decir, en la experticia o experiencia dedicadas a un ámbito del saber específico”. En segundo lugar, postulan Cordero y Tapia, que “(...) la especialización en estas áreas y sistemas están fundados en un esquema dual, basado entre un organismo administrativo y tribunales técnicos: la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), en materia de competencia, y la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) y tres Tribunales Medio Ambientales (TMA), en materia medio ambiental. Mientras el TDLC está compuesto por dos economistas y tres abogados con experticia en materias de competencia, los TMA están cada uno integrados por dos abogados un licenciado en ciencias con especialización en materias medioambientales”. Finalmente, y, en tercer lugar, los autores sostienen que “(...) en ambos sectores el ámbito de competencia de los organismos abarca todos los mercados. En esto se diferencian de otros organismos administrativos regulatorios chilenos, como la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel), la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)

o la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS), que tienen a su cargo primordialmente la fiscalización y cierta regulación de sectores específicos”²⁵⁷.

5.3. Cultura y épocas

Me inclino a pensar que los tres hitos institucionales ya indicados representan, de alguna forma, el modo como la política pública de cada época ha dado solución a determinadas fallas de mercado. Desde luego, esa decisión obedece a un componente político – cultural ligado a la época en que se gestaron tales implementaciones. Por ejemplo, el sistema de Libre Competencia chileno, integrado por la Fiscalía Nacional Económica, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y la revisión de la Excma. Corte Suprema, tiende a recibir gran parte de mis preferencias, como un entramado institucional que se ha legitimado social y políticamente, a través de un trabajo serio, riguroso y sistemático. Afirmo esto, en el entendido que un sistema integrado de agencias –como el modelo chileno de Libre Competencia–, ha edificado una contribución robusta para el funcionamiento de los mercados, y a través de su función de *advocacy*, también ha incrementado la difusión y conocimiento ciudadanos de los problemas de libre competencia. El sistema bipartito [una agencia que investiga (FNE) y un tribunal que juzga (TDLC) se sustenta sobre la búsqueda de un equilibrio inter institucional, pues aquella investigación que la FNE estructura en la forma de un requerimiento, es controlada en su admisibilidad, pruebas y méritos durante el proceso ante el TDLC. En ambas instituciones –integradas por abogados y economistas– se busca la armónica integración de cuestiones microeconómicas y legales que caracterizan a la teoría y práctica del Derecho Antitrust. Habida consideración de lo señalado, este sistema es coetáneo a una época en que se difundió la generación de órganos jurisdiccionales especializados, antes que la creación o fortalecimiento de entidades administrativas, con optimización de potestades. Así, el TDLC es probablemente la “quintaesencia” de los tribunales técnicamente especializados en Chile.

²⁵⁷ CORDERO, L. y TAPIA, J. 2015. La revisión judicial de las decisiones regulatorias. Una mirada institucional. *Estudios Públicos* (139): 7-65.

Sin embargo, siete años después, e igualmente frente a la creación de una institucionalidad compleja, como la que se refiere a Medio Ambiente, el diseñador optó también por un sistema integrado en el que convive además una superintendencia y tribunales especializados (Ministerio, SEIA, SMA y TA). La institucionalidad ambiental, a mi juicio, tratándose de un esquema que debe dar respuesta a sofisticados problemas científicos y técnicos, recoge elementos de varios referentes, especialmente por el establecimiento de una Superintendencia. Por ello es que quizás, la necesidad de contar con una autoridad más fuerte y ejecutiva, justifique la existencia de un diseño unipersonal “tradicional” en el modelo chileno. Finalmente, siete años después, parece asentarse la opción por un órgano técnico, colegiado e independiente, como es la Comisión del Mercado Financiero, creada por la Ley N° 21.000.

En una visión muy general, la Comisión para el Mercado Financiero –regida por la ley N° 21.000 de 23 de Febrero de 2017–, cuyo antecedente originario está en el trabajo de la llamada “ Comisión Desormeaux/ Cordero” la crea, señalando conforme a su artículo 1, que sus objetivos son : (a) El primero, consiste en que, “en el ejercicio de sus potestades”, la Comisión deberá “velar por el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero, facilitando la participación de los agentes de mercado y promoviendo el cuidado de la fe pública. Para ello deberá mantener una visión general y sistémica del mercado, considerando los intereses de los inversionistas y asegurados”. (b) El segundo, según la propia ley, consiste en que debe “(...) velar porque las personas o entidades fiscalizadas, desde su iniciación hasta el término de su liquidación, cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan”. El primer objetivo tiene que ver con una facultad macroprudencial, esto es, una supervisión sistémica o “*screening*” integral del mercado. El segundo, consiste la implementación de mecanismos de “*enforcement*”. En cuanto a su régimen normativo, la Comisión cumple con la observancia de los dos principios que mencionan Cordero y García (2012)²⁵⁸, esto es, el principio de legitimidad procedimental (mandato legal de la agencia, debido proceso y *accountability*) como también el principio de legitimidad sustantiva (experticia y conocimiento técnico, unida a eficacia y eficiencia). Sus facultades sancionatorias (Titulo IV, arts. 40 y siguientes) están definidas

²⁵⁸ CORDERO, L. y GARCIA, J. 2012. Ob. cit. pp. 415- 435.

en la tramitación de un procedimiento (uno extenso y con posibilidad de otro simplificado) de tales características, que tendrá en general, una duración de 9 meses (art. 41, inciso final), dirigido por un fiscal.

Sin temor a ocultar las expectativas que genera el funcionamiento e implementación de la Comisión del Mercado Financiero, creo que aún no podría sostenerse que el modelo de Comisión llegó para quedarse, en el Derecho chileno. Una respuesta para esa interrogante está sustancialmente vinculada al análisis y evaluación del funcionamiento, ya en régimen, de esa Comisión.

Asimismo, estimo que escoger un modelo, y luego un diseño de agencia, puede ser similar a la vieja lógica del *rule of reason* y no al *per se*. El *per se* es una buena lógica para perseguir carteles pero no para descartar agencias. Esto quiere decir que no hay modelos de agencias que sean *per se* descartables. Como cualquier elección racional, ésta viene inicialmente precedida de gustos y preferencias de los diseñadores o *policy makers*, los cuales, consecuentemente no pueden omitir las pretensiones de necesaria legitimidad que debe alcanzar esa elección de modelo. De este modo, quizás la respuesta acerca de la elección institucional debe estar precedida del estudio caso a caso, de la realidad de cada mercado y, además, de la evolución de sus propios diseños institucionales. Piénsese, por ejemplo, en el proceso de transformación institucional que supone, a la fecha de este trabajo, la transición de la Superintendencia de Valores y Seguros y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, hacia la Comisión del Mercado Financiero.

Ante la necesidad de un *policy maker* de plantear la creación o bien la reforma de una entidad ya existente, los factores son variados. Por ejemplo, optar por diseños creados e implementados en Estados Unidos, otros europeos, o bien una forma atemperada de ambos. Tampoco parece realista excluir la solución norteamericana, optando por la decisión europea, o excluir a la primera por una exagerada aparente opción por la eficiencia, en beneficio de un acento de más “bienestar” que caracterizaría a esta última. Más aún, porque debido a algunos sesgos, la solución norteamericana pareciera ser más técnica que la solución europea, la cuál sería más política. Piénsese solamente en la postura de Morgan, llamada la “vuelta a la política”, que ya se ha reseñado.

Una de las afirmaciones de esta destacada profesora señala: “(...) la concepción despolitizada de una agencia reguladora independiente (expertos organizados en un cuerpo políticamente aislado administrando normas tecnocráticas) es en esencia un mito racionalizado”²⁵⁹. La afirmación de esta destacada profesora da cuenta de una realidad en que, generar una elección sobre modelos de agencias, es un también un problema influido por una tensión permanente entre la política y la técnica.

6. ¿Hay que transformar todos los entes reguladores chilenos en Comisiones independientes?

6.1. Lo general

El texto no propone aplicar una “retroexcavadora”²⁶⁰ de diseños institucionales, concluyendo que el origen de muchos “males” de mercado (para ocupar una expresión de Ogus) sea el diseño institucional de Superintendencias. La discusión no necesariamente está cerrada, en términos de que el sustituto perfecto de la entidad unipersonal designada sea la agencia, con un *board* colegiado e independiente.

Esto resulta relevante, pues como indican Datla y Revesz (2014), analizando la realidad de los Estados Unidos, “(...) cuando el Congreso se decide a crear una agencia, queda muy claro que las opciones de diseño legislativo afectarán la capacidad del mismo, el Presidente y los grupos de interés para influir en esa agencia. Si se debate acerca de la pertinencia de omitir requerimientos de integración bipartidista —en el contexto de USA— por ejemplo alguien podría creer que un Presidente podría, más fácilmente, influir una agencia de varios miembros cuando pueda designar a sus miembros de algún partido (es

²⁵⁹ MORGAN, B. 2014. De vuelta a la política. La trayectoria del estado regulador en los países del sur. Revista del CLAD. Reforma y Democracia (60): pp. 5-26.

²⁶⁰ La expresión “retroexcavadora” se ha tomado en sentido que fue acuñada por el senador chileno, Jaime Quintana, al ser preguntado acerca de la profundidad de algunos cambios institucionales. La respuesta del legislador fue: “Nosotros no vamos a pasar una aplanadora, vamos a poner aquí una retroexcavadora, porque hay que destruir los cimientos anquilosados del modelo neoliberal de la dictadura. El lucro, la selección, la discriminación y la mala calidad. Esas son las características de un modelo educacional que tenemos hoy día, y por lo tanto estos anuncios que hoy día ha planteado la Presidenta Michelle Bachelet van en la línea absolutamente contraria” [en línea] <<http://www.elmercurio.com/blogs/2014/03/25/20523/vamos-a-poner-una-retroexcavadora-porque-aqui-hay-que-destruir-los-cimientos-del-modelo-neoliberal.aspx>> [consulta: 14 mayo 2017].

decir, su partido), más allá de tener que designar a integrantes de ambas tiendas. Alternativamente, los oponentes a esta visión, pueden sostener la opción de tener sólo una persona a la cabeza de esa agencia, porque los resultados de esa entidad serán más dinámicos y sin restricciones que una agencia dirigida por un grupo, el cual debe llegar a un acuerdo antes de actuar”²⁶¹. Hay dos ejemplos que me parece conveniente analizar. Ambos están contenidos en el extenso y detallado trabajo de Breger y Edles (2015)²⁶².

El primero es el caso de la Administración de Seguridad Social en Estados Unidos, el cual grafica, a mi juicio, un ejemplo de las “idas y regresos” que pueden experimentar ciertos diseños institucionales. El segundo es el de la *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB) o entidad de protección del consumidor financiero.

En el caso de Seguridad Social, el problema se produjo con motivo de los cambios que se quisieron introducir a la estructura de los órganos de Seguridad Social en Estados Unidos, la cual está marcada por la influencia que la Depresión de 1929 tuvo en diseños institucionales, lo cual obra en abono de nuestra postura en torno a cómo una crisis económica provoca alteraciones en diseños institucionales. Pues bien, en el año 1935, el Presidente Franklin Delano Roosevelt (FDR) envió al Congreso de los Estados Unidos una legislación que establecía un Consejo de Seguridad Social (Social Insurance Board) como parte integrante del Department of Labor. Luego que el Congreso de los Estados Unidos inicio la discusión de ese proyecto de ley, se decidió por iniciativa de ese poder, la división de ese diseño institucional con la idea de crear una nueva entidad. Lo que ocurrió es que el Senado respaldó la postura de Roosevelt y la Cámara de Representantes favoreció la creación de una agencia independiente, siendo esta la postura que prevaleció. La Social Security Act de 1935 –explican estos autores– estableció una agencia de tres miembros, denominada Social Security Board, y que tenía por misión los seguros de gente de edad avanzada y sus sobrevivientes, los sistemas de compensación de desempleo (algo así como el Seguro de Desempleo en Chile) y ciertos programas de asistencia pública. Estos miembros serían designados por el Presidente, debiendo contar con el acuerdo del Senado, y cumpliendo un

²⁶¹ DATLA, K. y REVESZ, R. 2014. The False Dichotomy of agency Independence [en línea] <<https://www.theregview.org/2014/05/05/05-datla-revesz-agency-independence/>> [consulta: 15 septiembre 2016].

²⁶² BREGER, M. y EDLES, G. 2015. Independent Agencies in the United States. Oxford. Oxford University Press

periodo de 6 años, el cual es un término casi estándar en diversos diseños institucionales en el mundo. De ellos, no más de dos podrían pertenecer al mismo partido político, y además contaba con algunas características de una agencia multimiembros independiente, pero que no tenía un régimen explícito de remoción de sus integrantes. Transcurrieron 4 años desde su creación, y el consejo de la entidad perdió su estatus de independencia, porque en una reforma legal posterior, conocida como el Plan de Reorganización 1, del año 1939, el mismo Presidente Roosevelt, creó la Federal Security Agency, la cual era una entidad de menor categoría, destinada a administrar una amplia variedad de programas, incluido el famoso *U.S. Public Health Service*, el *Civilian Conservation Corps*, y además una oficina de Educación. El caso es que, luego de este plan de reorganización, ya señalado, se mantuvo el anterior board de Seguridad Social, pero sujeto a la supervisión de la *Federal Security Agency*. Más aun, en 1946 el board perdió su estatus de entidad colegiada, pues el Plan de Reorganización 2, suprimió el *Social Security Board*, transfiriendo sus funciones directamente a la *Federal Security Agency*. Pero esta agencia, finalmente terminó delegando –en la práctica– muchos de sus facultades al Comisionado de Seguridad Social. Esta trama, según los autores citados, revela como la historia de esta entidad de Seguridad Social en los años 30's generó una gran confusión entre los roles de un “board” y los de un Director Ejecutivo.

Respecto de la *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB) debe entenderse como una respuesta institucional que buscaba mitigar los efectos de la Crisis 2007. El contexto de creación de esta agencia es la reforma al sistema financiero de los Estados Unidos, a través de la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, firmada por el Presidente Barack Obama el 21 de Julio de 2010. Esta ley tomó el nombre del congresista Barney Frank y del senador Christopher Dodd, y siendo, tal vez la más integral de las reformas financieras desde la crisis de 1929, vino a reemplazar al sistema creado por la *Glass Steagal Act* de 1933, que, entre otras reformas, separó las operaciones de los bancos comerciales de los bancos de inversión.

La idea inicial sobre la creación de una agencia independiente destinada a la protección de consumidores financieros, provino de la profesora de la Universidad de

Harvard y actual senadora de los Estados Unidos, Elizabeth Warren²⁶³. En un documento titulado “*Financial Regulatory Reform: A new foundation*,”²⁶⁴ elaborado por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, se proponía la creación de un agencia independiente, colegiada y liderada por un director. Posteriormente, a iniciativa del congresista Barney Frank, se situaba a esta entidad como una agencia independiente, pero situada dentro del poder ejecutivo, liderada por un board de cinco miembros, designados por el Presidente, confirmados por el Congreso, que desempeñarían funciones por cinco años. Esta idea inicial no perduró. El diseño institucional de la agencia la define como una entidad independiente y autónoma, dentro de la Reserva Federal (*FED*). Esta entidad es administrada por un director, designado por el Presidente y confirmado por el Senado, por un plazo de cinco años.²⁶⁵ Sin embargo, el diseño institucional de la CFPB ha sido objeto de severas críticas en la doctrina especializada. Por ejemplo, se ha dicho que “si alguien se hubiera sentado y diseñado una agencia que contuviera todas las patologías que los expertos en regulación han identificado en las pasadas décadas, difícilmente alguien podría haberlo hecho mejor que en el caso de la CFPB: un esquema poco transparente, dirigido por un director individual, aislado de la remoción presidencial y de la vigilancia presupuestaria del Congreso, y encargado de llevar a cabo una misión anclada en una visión de túnel, para perseguir un objetivo estrecho, y que acarrea el potencial para ocasionar un daño substancial a la economía y a consumidores. Tan defectuoso es el diseño de CFPB, y tan similar al diseño de órganos reguladores de una era muy anterior, que los problemas que manifiesta y el daño que impondrá a la economía son totalmente previsibles”²⁶⁶.

Una de las lecciones que pueden recogerse de numerosos informes de la OECD es que los diagnósticos en políticas regulatorias eficaces deben reposar en categorías realistas y severas. Este juicio de realismo y severidad de los referidos “*reports*” no viene dado por defecto, en razón de la autoría de la OECD, ni mucho menos. Sin embargo, en materia

²⁶³ BREGER, M. y EDLES, G. 2015. *Independent Agencies in the United States*. Oxford. Oxford University Press.

²⁶⁴ Véase el texto en: [en línea] <https://www.treasury.gov/initiatives/Documents/FinalReport_web.pdf> [consulta: 15 septiembre 2016].

²⁶⁵ BREGER, M. y EDLES, G. 2015. *Independent Agencies in the United States*. Oxford, Oxford University Press

²⁶⁶ ZYWICKI, T. 2013. *The Consumer Financial Protection Bureau: Savior or Menace?* *The George Washington Law Review* 81: p. 856.

regulatoria, las cuestiones de práctica importan, pues al regulador debe asumir el conocimiento del funcionamiento real y concreto de los mercados.

Frente a esta formulación anterior, hay que destacar que el fenómeno llamado “*Agencification*” no es un mal en sí mismo. Es un esquema de supervisión, ciertamente con aspecto de *commodity* pero con una plasticidad tal que en el aterrizaje práctico institucional de cada país puede generar diseños eficaces. Aun así, concediendo que *agencification* sea el brazo orgánico de la globalización, no debe existir un sesgo que moteje de nocividad *per se* al modelo.

Como ya se ha indicado, una cuestión es el modelo de agencias independientes, y otra es el diseño que para cada caso se pretende implementar. Por ello, sostengo que la discusión sobre el modelo de agencias debe exhibir esa curiosa mixtura entre el *commodity* global con la realidad local. No hay que olvidar que las agencias operan en mercados con peculiaridades y características culturales y sociales en cada país. Un *agencification* a la chilena no es tan ajeno a lo que pueda pensarse. Así, esa *agencification*, a mi juicio, debe incorporar categorías conceptuales propias del AED, pero adaptados a la realidad cultural de Chile.

Sucede pues, que Chile tiene una realidad empresarial y de mercado peculiar y específica, fundada en el entramado de una sociedad estructurada en grupos empresariales de origen familiar, que han sido caracterizados profusamente.²⁶⁷ Chile reconoce esa realidad económica y social en que los grupos empresariales se identifican con familias, y que generan fenómenos que son objeto de apreciación regulatoria y de monitoreo de mercados, tales como el *interlocking*²⁶⁸. Por ello, el diseño institucional tiene que ver con esa realidad de mercado, social y cultural. Empleo aquí la expresión cultura en dos acepciones: la primera, en el ámbito de los modos en que determinados grupos humanos buscan desenvolverse en la sociedad, y la otra, en el modo a través del cual ciertos agentes de

²⁶⁷ EDWARDS, A. 2012. La fronda aristocrática. Santiago, Editorial Universitaria, pp. 32 y 33.

²⁶⁸ El art. 3, letra d) del D.L. 211 contempla esta conducta de la siguiente manera: “d) La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario. Con todo, sólo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos”.

mercado establecen códigos de conducta internos – no necesariamente escritos – y que importan la identidad de una organización empresarial y la adscripción a ciertos valores o principios.

6.2. Unipersonalidad sobre la colegialidad

Aun cuando el modelo sugerido por la OECD parece ser aquel deseable para variados tipos de mercados –el commodity– una visión crítica centrada en el análisis “sector por sector” pareciera arrojar otras definiciones.

Piénsese, por ejemplo, en ciertos sectores en que la intensidad de las potestades asignadas a una entidad representan un rasgo esencial del modelo. Es el caso del Servicio de Impuestos Internos (SII) cuya finalidad es básicamente la determinación de la obligación tributaria. Su naturaleza obedece más bien a un diseño de autoridad fuerte, no solo jurídica, sino que simbólicamente. La autoridad tributaria no se asemeja al Banco Central o una entidad que requiera esencialmente un gobierno colegiado. La potestad tributaria y el principio de reserva legal que la rige, supone entonces una estructura de autoridad fuerte, que suponga incluso simbólicamente, una imagen de eficacia sancionatoria. Como señala Revesz y Datla, sus resultados de gestión exigen ser más dinámicos y sin restricciones. En lo personal, estimo que, en este tipo de autoridades, pareciera ser que la intensidad potestativa concentrada fuera más disuasiva que el consenso colegiado.

En el derecho chileno hay también situaciones de agencias unipersonales en las cuales se ha creado un Consejo Consultivo de la misma, como es el caso de la Superintendencia de Casinos²⁶⁹, o bien el Consejo Técnico de Inversiones en la Superintendencia de Pensiones²⁷⁰.

²⁶⁹ El artículo 3 del Decreto N° 329, del 8 de Julio de 2005, del Ministerio de Hacienda, que Aprueba el Reglamento del Consejo Resolutivo de la Superintendencia de Casinos, establece que éste se integrará por : a) El Subsecretario de Hacienda, quien lo presidirá; b) El Subsecretario de Desarrollo Regional y Administrativo; c) El Superintendente de Valores y Seguros; d) El Director Nacional del Servicio Nacional de Turismo; e) El Intendente Regional correspondiente a la región de localización del casino de juego respecto de cuyo permiso de operación el Consejo deba pronunciarse; f) Dos representantes del Presidente de la República nombrados con acuerdo del Senado.

²⁷⁰ Superintendencia de Pensiones [en línea] <https://www.spensiones.cl/portal/regulacion/582/articles-11262_recurso_1.pdf> [consulta: 22 mayo 2017].

6.3. La cuestión sobre la independencia

6.3.1. Un asunto difícil

El Diccionario de la RAE concibe la palabra independencia como “calidad o condición de independiente”, o bien “entereza, firmeza de carácter”. Por su parte, al adjetivo “independiente”, el mismo diccionario le atribuye la acepción “que no tiene dependencia, que no depende de otro”, y también “autónomo”, y entendiéndose por esta última condición a aquel “que trabaja por cuenta propia”.²⁷¹ En este mismo trazado de significados, el texto reconoce la expresión “autonomía”, como “potestad que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios”²⁷².

El tema de independencia debe ser uno de las materias que suscita permanente debate académico y político, en el marco de la configuración de entidades supervisoras y reguladoras de mercados. La discusión es atractiva y abundante en la literatura, pero la implementación de determinados estándares de esa independencia y sus efectos adicionales suponen, a mi juicio, una alta complejidad. En algunos casos, el debate sobre este punto tiende a ser binario.

Creo oportuno recoger una pregunta del profesor español Francisco Marcos, durante la versión 2016 de la reunión de ALACDE (Asociación Latinoamericana de Derecho y Economía) y en que señalaba: ¿Se quiere un modelo integrado por ángeles teóricos, con poca o nula experiencia, o bien por individuos con trayectoria, pero con obligación con *accountability* fuerte?

El Informe OECD 2016 describe la organización de las entidades reguladoras en Chile, estableciendo que existen dos regímenes normativos fundamentales: la Ley N° 19.882, que da forma a la Dirección Nacional del Servicio Civil, y los mecanismos de

²⁷¹ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=4U11edq>> [consulta: 22 mayo 2017].

²⁷² Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=4TsdBo>> [consulta: 22 mayo 2017].

designación de los cargos de alta administración; y la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado. El Informe sostiene que “las instituciones regulatorias en general están vinculadas y dependen del nivel central. Los reguladores pueden ser centralizados, descentralizados, legal o constitucionalmente autónomos, dependiendo del grado de autonomía del poder ejecutivo. No existen reguladores independientes en Chile, como se ha entendido en otros países de la OECD”²⁷³.

El mismo Informe OECD 2016, en el apartado 3.3 de su texto, establece que en general, se aprecia que las autoridades reguladoras de los países de la OECD a menudo se implementan en sectores económicos clave, con el fin de fomentar la competencia y también con un objeto de supervisión técnica o prudencial. Asimismo, prosigue el Informe, se busca minimizar el potencial de conflictos de intereses y estimular la inversión a largo plazo en sectores clave de infraestructura, así como fortalecer la confianza y reducir el riesgo institucional. Estos diseños institucionales, según el texto del informe, deben tomar en cuenta ciertas aspectos que resultan significativos:

- i. Competencia, responsabilidad (*accountability*) e independencia;
- ii. Distancia de la interferencia política a corto plazo;
- iii. Capacidad de resistir la captura por parte de grupos de interés, pero reaccionando a las prioridades políticas generales;
- iv. Capacidad de ejercer poderes delegados, incluyendo, por ejemplo, el otorgamiento de licencias o imponer sanciones en casos específicos;
- v. Capacidad de contar con procedimientos para la adopción de decisiones, que tengan en cuenta las particularidades del área que se está regulando, manteniendo al mismo tiempo la transparencia y la accesibilidad de todas las partes interesadas; y,

²⁷³ OECD. 2016. Regulatory Policy in Chile: Government Capacity to Ensure High-Quality Regulation, OECD Reviews of Regulatory Reform, OECD Publishing, Paris; p. 69 [en línea] <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264254596-en>> [consulta: 22 mayo 2017].

vi. Garantizar la transparencia y la accesibilidad de todas las partes interesadas²⁷⁴.

En la doctrina anglosajona hay un término que tiene alguna vinculación con esta temática. La expresión “*insulation*” proviene de la palabra “*insulate*”, la cual, según el Diccionario Merriam posee dos acepciones : i) "añadir un material o sustancia a (algo) para impedir que el calor, la electricidad o el sonido entren en ella."; (ii) "prevenir (alguien o algo) tratar o experimentar algo; Mantener (a alguien o algo) separado de algo desagradable, peligroso, etc."²⁷⁵. El autor estadounidense Jacob Gersen sostiene que existe una “poco afortunada ambigüedad en el uso de los términos “*insulation*” e “*Independence*”. Afirmar que la independencia es un término que cobra una significación propia en el Derecho Público, y que se refiere a agencias encabezadas por funcionarios que el Presidente no puede remover sin causa justificada²⁷⁶. En nuestra opinión, la independencia no puede implicar un aislamiento o enclaustramiento del regulador, más aún en un contexto de supervisión macroprudencial.

6.3.2. Lo estructural de la independencia

Richard Revesz y Kirti Datla (2013) proponen un análisis estructural y un análisis funcional para analizar las agencias independientes²⁷⁷. Estos autores postulan un modelo de encuestas diseñado a partir de ciertos criterios que permiten evaluar cuál es el grado de vinculación de la agencia con el poder político. Estos criterios son: facultad de remoción de sus miembros; estructura colegiada; balance de partidos; financiamiento; relación con el Congreso; autoridad para litigar y capacidad adjudicatoria.

²⁷⁴ OECD. 2016. Ob. cit. p. 70 [en línea] <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264254596-en>> [consulta: 22 mayo 2017].

²⁷⁵ La acepción original es: “(i) ‘to add a material or substance to (something) in order to stop heat, electricity or sound from going into or out of it’; (ii) ‘to prevent (someone or something) from dealing with or experiencing something; to keep (someone or something) separate from something unpleasant, dangerous, etc.’”.

²⁷⁶ GERSEN, J. Designing Agencies. En: FARBER, D. Y O’CONNELL, A. (Edit.) 2010. Research Handbook on Public Choice and Public Law. Cheltenham; Edward Elgar, p. 347.

²⁷⁷ DATLA, K. y REVESZ, R. 2013. Deconstructing independent agencies (and executive agencies). Cornell Law Review 98: p. 769.

A partir de ese análisis, sostienen que el enfoque binario entre agencias independientes y agencias ejecutivas puede ser superado, pues existiría una falsa dicotomía.²⁷⁸ Por ello, mejor sería reemplazar esta aproximación por un modelo de continuidad, en términos tales de identificar un espectro de agencias más independientes hasta agencias menos independientes. Por ejemplo, afirman Datla y Revesz, un paradigma de agencia independiente es la ICC (*Interstate Commerce Commission*) de 1887, la cual puede ser descrita como una entidad “(...) integrada por 5 comisionados, designados por el Presidente con acuerdo del Senado, y que dirigen la agencia. No más que tres de esos cinco comisionados debían ser del mismo partido, y servían sus funciones por un término de seis años, pudiendo ser removidos de sus cargos por el Presidente, en atención a su ineficiencia, negligencia o abandono de deberes”²⁷⁹.

6.3.3. Lo político de la independencia

Un interesante trabajo, relativamente reciente, escrito por el profesor de la Universidad Pompeu Fabra Joan Solanes Mullor, analiza las razones doctrinarias por las cuales se establecen las llamadas “administraciones independientes” en España. Solanes Mullor, quien de algún modo sigue a Duncan Kennedy –patriarca del movimiento *Critical Legal Studies* (CLS)–, argumenta que la construcción del Estado regulador actual se sostiene sobre la huida del principio democrático y la crisis de la política, ambas causas que en conjunto motivan una desconfianza de “lo público” e incentivan a que la Administración ceda sus espacios y fueros a favor de los mecanismos y paradigmas de la administración privada.

De esta forma, señala Solanes, “(...) la delegación de estas funciones reguladoras por parte de las instituciones democráticas a la administración independiente, caracterizada

²⁷⁸ En un Op Ed, DATLA, K. y REVESZ, R. 2014. The False dichotomy of agency Independence [en línea] <<https://www.theregreview.org/2014/05/05/05-datla-revesz-agency-independence>> [consulta 22 mayo 2017].

²⁷⁹ DATLA, K. y REVESZ, R. 2013. Ob. cit. p. 776.

por gozar de autonomía en su toma de decisiones respecto de las primeras y por quedar al margen del juego democrático y de la política, permitiría asumir compromisos a largo plazo y solucionar este problema intrínseco de la falta de credibilidad y de estabilidad de las decisiones en una democracia”²⁸⁰.

Mi impresión sobre la postura de Joan Solanes –con quien pude intercambiar algunos mensajes al momento de adquirir su libro– es que resultando atractiva y sumamente plausible, aparece sustentada en una perspectiva más cercana a una visión de teoría de sistemas, que a una cuestión jurídico-institucional.

Joan Solanes es un prestigiado constitucionalista, y por tanto su análisis de las administraciones independientes se construye sobre la mirada y apreciación de la teoría política y constitucional. La idea sobre la “huída de la democracia” que plantea Joan Solanes –como fundamento de la proliferación de las agencias independientes– me genera una apreciación paradójica.

Si bien me parece que Joan Solanes –quien desarrolla una magnífica caracterización personal y académica de los principales sostenedores de la teoría del Estado Regulador en Europa– acierta al constatar el fenómeno global de la “crisis de la política”, no me convence su postura de enlazar ese fenómeno con una “huida de la democracia”. En mi opinión, el fenómeno de la independencia de las agencias no es reciente, y obedece a una compleja red de factores que serían objeto de una observación meta jurídica y casi sociológica, pero que no me parece que dicho binomio (crisis + huida) sea una realidad que automáticamente genere una masificación de agencias.

Mi visión sobre la independencia de las agencias parece reposar, más bien en una cuestión de especialización de funciones y de ahorro de costos políticos, a favor de certezas técnicas, alejadas de la coyuntura, que a un proceso irreversible que haya provocado esa independencia orgánica.

²⁸⁰ SOLANES, J. 2016. Administraciones independientes y Estado Regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público Español. Madrid, Congreso de los Diputados, p.89.

7. ¿Cómo responder a dos desafíos del Informe OECD 2016?

El Informe OECD 2016 plantea una serie de recomendaciones de singular importancia para la infraestructura regulatoria chilena. Creo conveniente analizar dos rubros que resultan especialmente relevantes para esta tesis, con el objeto de proveer de ciertos insumos para la construcción de alguna propuesta. El primer rubro que observa el Informe OECD 2016 se refiere a ciertos aspectos de Política Regulatoria y Estrategia; el segundo trata acerca de las capacidades institucionales para la calidad de la regulación.

7.1. Política Regulatoria y Estrategia

En cuanto a la Política Regulatoria, específicamente el Informe concluye que “(...) el gobierno de Chile debe perseguir una mejora regulatoria a través de la adopción de una política regulatoria general formal, explícita, vinculante y consistente, y sus instrumentos, con objetivos identificados y una estrategia de comunicaciones clara” (subrayados son nuestros).

Esta recomendación contenida en el Informe, acerca de implementar una política regulatoria general y formal, y más aún explícita, es coherente con aquella propuesta que formula esta tesis, en orden a lograr una concreción expresa de conceptos en un lenguaje que sea propio de la política regulatoria.

Como se ha indicado, la arquitectura conceptual que provee el Análisis Económico del Derecho es muy próxima y cercana a la que subyace al diseño de toda política regulatoria. De este modo, el Informe no hace sino proveer un buen escenario de implementación conceptual que esta tesis postula.

7.2. Capacidades institucionales para la calidad de la regulación

En relación a este aspecto, el Informe define las bases fundamentales de diseño institucional para lograr la mejora regulatoria sobre la que discurre este documento. Estas bases se sustentan en las siguientes recomendaciones para Chile:

7.2.1 Instituciones regulatorias requieren arreglos que generen más responsabilidad y autonomía

A mi juicio, la expresión “arreglos” es similar al lenguaje que se ha empleado, respecto a la posibilidad de re configurar una nueva comprensión, tanto para el Estado regulador, como para ciertos modelos de agencias. Estos arreglos evidentemente que permiten la obtención de estándares de responsabilidad o “Accountability” y de autonomía, en la forma como esta tesis los ha descrito.

7.2.2. Establecimiento de un órgano supervisado a cargo de la política regulatoria situado en el centro de la administración y mejorar estándares de coordinación

En este punto, deliberadamente planteo un análisis conjunto entre la recomendación de creación de un órgano a cargo de la política regulatoria, y que tal vez pueda tener un rol ejecutor de la coordinación entre entidades reguladoras y supervisoras. No cabe duda que, al menos “heurísticamente” –para emplear un término de economía conductual– la tipología de órgano encargado de la política regulatoria y con potestades de coordinación, es en Estados Unidos, la OIRA (*Office of Internal Regulatory Affairs*) situada en el corazón de la Casa Blanca. Hay que recordar, y como se ha señalado en este texto, que la OIRA estuvo a cargo del destacado profesor Cass Sunstein, durante el gobierno del Presidente Obama. Plantear, entonces la posibilidad de una entidad similar a la señalada, como el órgano recomendado por el Informe, resulta atractivo, pero advirtiendo los riesgos que un trasplante institucional –arraigado en la realidad de un estado federal– pueda ocasionar en el sistema

chileno. Sin perjuicio de ello, parece posible situar como referente modelo de entidad coordinadora, esa dependencia del gobierno estadounidense²⁸¹.

8. ¿Hay ciertos modelos de agencias que incentiven mejores grados de calidad e innovación regulatoria?

8.1 Lo general

El Diccionario de la Real Academia Española define la palabra “innovación” como “acción y efecto de innovar. Creación o modificación de un producto, y su introducción en un mercado.”²⁸² Por su parte, la palabra “innovar,” en el mismo Diccionario es tratada como “mudar o alterar algo, introduciendo novedades”²⁸³. De este modo, la innovación supone entonces, un término que hace referencia a un proceso continuo y permanente, a una secuencia de actos y conductas que buscan obtener un fin determinado, cual es, generar actualizaciones novedosas que se incorporen en algún bien o en la prestación de un servicio determinados. Se ha entendido también que la palabra innovación “es concebida en la literatura contemporánea como la aplicación de la tecnología actual o ideas a un nuevo problema.”²⁸⁴ En este orden de ideas, el concepto de innovación es más robusto que “alteración” o “cambio” y, por tanto, está dotado de un contenido más profundo, que la mera mutación de hechos o conductas.

A quien desarrolla actos o conductas calificadas como “innovadoras”, se le denomina “innovador”. ¿Quién será entonces un innovador? Un trabajo del autor Kingston propone una lista de categorías de individuos que se desenvuelven en las sociedades actuales: el comerciante, el empresario, el innovador, el inventor y el artista. El sentido que este autor

²⁸¹ En Chile, el profesor Diego Pardow ha tratado el asunto a propósito del llamado proyecto CIRCA, el cual debe ser entendido en este contexto.

²⁸² Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=Lgx0cfV>> [consulta: 1 junio 2017].

²⁸³ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=LgzBfa6>> [consulta: 1 junio 2017].

²⁸⁴ SCOTT, C. 2004. Regulatory Innovation and the Online Consumer. Law and Policy 26: p.484.

atribuye a la expresión “innovador” debe entenderse en un contexto en que esta palabra se identifica, primordialmente, con las artes, la literatura o bien, la tecnología.

Sin embargo, lo característico de este vocablo, es que no se trata de una actividad necesariamente creativa u original, sino que más bien enfocada hacia la implementación, mejoramiento o concreción en la realidad concreta de una idea originaria. Por ello, la posición del innovador, en la escala propuesta por Kingston, está situada por sobre el empresario, pero debajo del inventor²⁸⁵.

Es importante subrayar que la innovación es un asunto que importa tanto al Derecho, a la Economía, y a Políticas Públicas. Por tanto, también la innovación es una cuestión que se relaciona con ciertos tipos de regulación, como por ejemplo, la ambiental, respecto de la cual, casi cuarenta años atrás, Magat daba cuenta del vínculo que existía entre esas regulaciones y el tópico que se trata en este acápite²⁸⁶. Precisamente, la pregunta que en esta parte del texto propongo consiste en indagar la existencia de alguna relación entre el tipo de estructura o diseño institucional de una agencia y el grado de innovación que se puede generar, precisamente en razón de haber optado por ese diseño específico.

Merece la pena recordar que la Orden Ejecutiva N° 13.563 de 18 de enero de 2011²⁸⁷, en su sección 3 lleva por título “Integración e Innovación”, señalando que “(...) algunos sectores e industrias se enfrentan a un número significativo de requisitos regulatorios, varios de los cuales pueden ser redundantes, incoherentes o superpuestos. Una mayor coordinación entre los organismos podría reducir estos requisitos, reduciendo así los costos y simplificando y armonizando las normas. En el desarrollo de acciones regulatorias e identificación de enfoques apropiados, cada agencia intentará promover dicha coordinación, simplificación y armonización. Cada agencia también procurará identificar, según sea apropiado, los medios para alcanzar los objetivos regulatorios que están diseñados para promover la innovación”.

²⁸⁵ KINGSTON, W. 1990. *Innovation, Creativity and Law*. Kluwer Academic Publishers, London, p. 3

²⁸⁶ MAGAT, W. 1979. The effects of environmental Regulation on Innovation, *Law and Contemporary Problems* 43(1): pp. 5-25.

²⁸⁷ El texto de esta Executive Order puede consultarse en: [en línea] <<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2011/01/18/executive-order-13563-improving-regulation-and-regulatory-review>> [consulta: 14 abril 2017].

En este mismo orden de ideas, se ha explorado que la doctrina más reciente –a la fecha de este trabajo– postula la existencia de un vínculo entre gobernanza e innovación, lo que conlleva la posibilidad de cambiar los roles que desempeñan actores públicos y privados, generando incentivos para transformar la Administración y mejorar los estándares de innovación.

Por ello es que “(...) la relación entre innovación y estructura organizacional es un asunto importante para académicos que buscan explicar el desarrollo del sector público y también para los actores de política pública que buscan mejorar el rendimiento de esos organismos públicos”²⁸⁸.

A mi juicio, el tratamiento acerca de la innovación, desde la perspectiva de la regulación, puede enfocarse en dos sentidos. (i) El primero, consiste en analizar de qué forma las regulaciones de ciertas actividades económicas afectan los estándares de innovación en un mercado determinado; (ii) El segundo, es el estudio acerca de cómo ciertos diseños institucionales podrían contribuir, por un lado, a la innovación regulatoria en sí misma, o en generar regulaciones que fomenten la innovación.

Respecto del primer punto, la cuestión acerca de cómo las regulaciones afectan la innovación ha sido un tema de discusión intenso, sobre todo en el ámbito de las tecnologías y de las ciencias médicas²⁸⁹.

Respecto del segundo punto, es posible plantear que un diseño de agencias debe estar motivado por la innovación, como el principio organizador de alguna reforma regulatoria. Por de pronto, en la expresión reforma subyace la idea de “modificar algo, por lo general con la intención de mejorarlo”²⁹⁰.

Asimismo, el concepto de innovación en materia regulatoria permite superar la lógica tradicional de la técnica de comando y control, cuestión que ha sido observada al sistema

²⁸⁸ JAKOBSEN, M. y THRANE, C. 2016. Public Innovation and organizational Structure, EN TORFING, J. y TRIANTAFILLOU, P. (Edits.) *Enhancing Public Innovation by transforming Public Governance*. Cambridge, Cambridge University Press.

²⁸⁹ DORA STERN, A. 2017. Innovation under regulatory uncertainty: Evidence from medical technology. *Journal of Public Economics* 145: pp. 181–200.

²⁹⁰ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=VeG42ZB>> [consulta: 14 abril 2017].

chileno por la OECD²⁹¹. Así, un marco básico que permita conectar el concepto de innovación con la calidad de la regulación requiere de un balance adecuado entre Derecho, Economía y Políticas Públicas, en orden a perseguir ese objetivo de innovación, pero también una mejora en el bienestar social.

9. Conclusiones de este capítulo

El estudio de las fuentes y casos que se analizaron para escribir este capítulo, permite concluir que la búsqueda de un modelo adecuado de agencia es una tarde ardua y costosa. Para enfrentar este problema, pueden plantearse dos enfoques: uno que se refiere al modelo óptimo propiamente tal, y otro, respecto del modelo que puede generar un mayor grado de calidad o excelencia regulatoria.

Esa búsqueda y eventual hallazgo supone, por una parte, la caracterización de una arquitectura organizacional que describa cualidades, condiciones, estructura y potestades de una agencia ideal, o bien cercana a ella. Esta construcción tiene la ventaja de proponer un paradigma o un punto de referencia (*benchmark*) a partir del cual se pueden estimar criterios de evaluación o impacto²⁹². Por otra parte, se presenta la cuestión acerca de cómo, en la realidad del Derecho, la práctica regulatoria o de políticas públicas, puede encontrarse este modelo óptimo.

El examen de la literatura citada en este capítulo, permite concluir que determinadas estructuras organizacionales se pueden identificar con ciertos paradigmas de gobernanza en

²⁹¹ OECD. 2016, Regulatory Policy in Chile: Government Capacity to Ensure High-Quality Regulation, OECD Reviews of Regulatory Reform, OECD Publishing, Paris [en línea] <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264254596-en>> [consulta: 14 abril 2017].

El informe, en su página 18 advierte: “Enforcement strategies given impetus by compliance, rather than sanctions, should be promoted among regulatory institutions and superintendencies, making use of risk based approaches to better deploy their resources. As in many other Latin American countries, enforcement in Chile is mainly seen within the framework of command-and-control regulation, applying sanctions to those who do not comply with the regulations in force. Institutions have made progress in setting sanctions that are in proportion to the rules broken, as an appropriate deterrent for non-compliance. The laws that create each regulatory institution in Chile establish type and amounts of sanctions that should be applied, which gives each institution the freedom to introduce the sanction mechanisms in relation to the behaviour to be punished” (subrayados son nuestros).

²⁹² COGLIANESE, C. (2012). Measuring Regulatory Performance. Expert Papers N° 1, OECD [en línea] <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/1_coglianesse%20web.pdf> [14 abril 2017].

los sistemas jurídicos comparados. Estos son: Administración Pública Clásica (*Classic Public Administration* o CPA); Nueva Gerencia Pública (*New Public Management* o NPM, y Nueva Gobernanza Pública (*New Public Governance* o NPG).

El estudio de estos esquemas permite afirmar que, en el caso chileno, pareciera ser que, en el período anterior a las privatizaciones de los años 80, predominó el modelo de Administración Pública clásica. La sofisticación de los mercados y la creación de diversas Superintendencias –e incluso tribunales con ciertos perfiles reguladores– hicieron transitar el modelo chileno hacia el paradigma de Nueva Gerencia Pública.

Como resultado de las consideraciones señaladas anteriormente, la dificultad para proponer un modelo de agencia óptimo, al menos desde el punto de vista teórico, entra en tensión con la experiencia práctica de los mercados. En efecto, la difusión de ciertos modelos de agencia a través de recomendaciones internacionales –como las que efectúa la OECD– incentiva la adaptación regulatoria en cada país receptor, la cual incluso puede llevar al trasplante institucional. Sin embargo, la decisión de crear o reformar una determinada identidad debe tener en consideración la cultura jurídica e institucional de cada país. Para ello, la opción de un “*Second Best*” puede resultar eficaz y necesaria para fundar una decisión jurídica y de política regulatoria adecuada.

A partir de la configuración conceptual que se ha estudiado, la tesis propone la posibilidad del uso de dos tests: un test de suficiencia y un test de diseño. Estos test entregan al legislador o a quien diseña la política pública, una herramienta que mejora los estándares de racionalidad de la decisión institucional.

Aun cuando la búsqueda del modelo más óptimo sea ardua, la tesis sostiene que en el derecho chileno hay tres hitos que dan cuenta de éxitos institucionales en esta materia. A ese esquema la tesis lo denomina “triángulo cercano al óptimo”.

Esos hitos institucionales transcurren entre los años 2003 a 2017, y lo integran: (a) Institucionalidad de Libre Competencia: Creación del TDLC (Ley N° 19.911, 8 de Octubre de 2003 (fortalecimiento de FNE, Ley N°20.945 de 30 agosto 2016); (b) Institucionalidad de Medio Ambiente : Creación del Ministerio, SEIA, y SMA (Ley N° 20.417, 26 Enero 2010); [Creación de Tribunales Ambientales (Ley N° 20.600, 8 julio 2012)]; y, finalmente,

(c) Institucionalidad Financiera : Creación Comisión Mercado Financiero (Ley N° 21.000 de 21 Febrero de 2017).

Una particularidad llamativa de las líneas de este triángulo cercano al óptimo, es que los intervalos de creación de estas tres importantes entidades se producen con diferencia de 7 años cada una (2003/ 2010/ 2017). Es decir, cada siete años se generó en el derecho chileno, un hito de diseño institucional.

Teniendo en consideración que el modelo de agencias independientes ha sido muy difundido, particularmente a instancias de la OECD, la tesis plantea que la decisión de crear o modificar una agencia debe ser una cuestión que se examine caso a caso. En esta decisión habrá que examinar cuestiones de eficiencia, eficacia y también en algún modo, conductuales, como en el caso de las entidades de protección de usuarios y consumidores.

En concordancia con lo anterior, hay ciertos sectores institucionales en que la intensidad de las potestades asignadas a una entidad representa un rasgo esencial del modelo. Es el caso, por ejemplo, del Servicio de Impuestos Internos (SII) cuya finalidad es básicamente la determinación de la obligación tributaria. Su naturaleza obedece más bien a un diseño de autoridad fuerte, no solo jurídica, sino que simbólicamente, represente una imagen de eficacia sancionatoria. Se trata de casos en que esta intensidad potestativa concentrada suele ser más disuasiva que el consenso colegiado.

CAPÍTULO IV

¿CÓMO ARMONIZAR LA NOCIÓN DE ESTADO REGULADOR CON LA ELECCIÓN DE MODELOS DE AGENCIAS?

1. Cuestiones previas

Una afirmación de Solanes Mullor parece apropiada para una reflexión sobre el estado regulador y su relación con la propuesta sobre modelos de agencias que pretendemos formular en este trabajo. Este autor catalán afirma que “(...) el Estado Regulador, con su apuesta por el libre mercado, la tecnocracia de la gestión económica y científica del mismo, el alejamiento de la política y de la democracia, o su devoción por el valor de la eficiencia, se ofrece como una alternativa aséptica y neutral para la gestión de la cosa pública”²⁹³. Esta declaración permite dar inicio a un planteamiento que, contribuya a mitigar el pesimismo conceptual del destacado profesor español. Hace casi cincuenta y nueve años, Wolfgang Friedman daba cuenta de una vieja controversia entre dos enfoques muy definidos en la teoría y práctica del Derecho. Esta perspectiva comprende, por una parte, a quienes creen que el Derecho debe seguir o acompañar los cambios sociales o bien, por otra, a aquellos que creen que debe liderarlos, siendo un agente fundamental en su génesis y desenvolvimiento²⁹⁴.

Esta pregunta es pertinente en nuestros días, en cuanto al rol que debe cumplir el Estado en el ámbito de la regulación de mercados. No es este un problema resuelto ni,

²⁹³ SOLANES, J. 2016. Administraciones independientes y Estado Regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público Español. Madrid, Congreso de los Diputados, p.85.

²⁹⁴ FRIEDMAN, W. 1959 Law in Changing Society. Berkeley and Los Angeles, University of California Press, p. 3. La cita es: “The controversy between those who believe that Law should essentially follow, not lead, and that it should do so slowly, in response to clearly formulated social sentiment -and those who believe that the law should be a determinant agent in the creation of new norms, is one of the recurrent themes in the history of legal thought. It is tellingly illustrated by the conflicting approaches of Savigny and Bentham”.

respecto del cual, el conjunto de respuestas actualmente disponible transite por la ruta de la unanimidad.

Quizás, desde los albores del concepto de “*rule of Law*”, la discusión acerca de los poderes que dispone el Estado para actuar en la actividad económica ha sido un tópico controversial, sobre todo tratándose de los límites que deben existir para acometer dicha intervención.²⁹⁵ Durante el turbulento siglo XX, el Estado pasó por diversos modelos que podrían ser calificados como exitosos y también de excesivos. Hay algunas etapas que dan cuenta de este tránsito, tales como la vía por la cual se desplazó desde un estado dominador, a uno que optó por un giro funcional (De la Cruz Ferrer, 2002), o también, aquel que arribó en un estado garante, regulador o incluso, estrategia²⁹⁶.

Frente a este problema, De La Cruz Ferrer sostiene que, aunque sea un hecho poco debatido la difusión generalizada de las ideas sobre liberalización económica y la globalización de los mercados, no cabe duda que la política desempeña un papel fundamental en la igualdad o en la desigualdad económica. Por ello, la suposición de que únicamente los mercados libres producirán la convergencia económica, es equivocada. Así, el Estado es imprescindible, porque los mercados se apoyan en instituciones facilitadas por aquel²⁹⁷. Al calor de las transformaciones sociales que siguieron al segundo conflicto global, y del auge y caída del escenario bipolar que caracterizó la segunda mitad de ese siglo, el rol del Estado en las actividades económicas fue mutando dramáticamente. Tal fue el caso del sistema jurídico europeo, el cual manifiesta una singular evolución en la conformación de un estado abocado a actividades económicas.

Como advierte el historiador Tony Judt, “(...) la década de 1960 representó el apogeo del Estado Europeo. En Europa occidental, la relación del ciudadano con el Estado a lo largo del siglo anterior había constituido un compromiso cambiante entre las necesidades militares y las reivindicaciones políticas: los derechos modernos de unos ciudadanos con un recién adquirido derecho al voto, contrarrestados con las antiguas obligaciones de defender al reino.

²⁹⁵ FERNANDEZ – VILLARDE, J. 2016 Magna Carta, the rule of law, and the limits on government. *International Review of Law and Economics* 47: pp. 22–2.

²⁹⁶ CARRO FERNANDEZ, J. 2014 Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid (193): pp. 11-44.

²⁹⁷ DE LA CRUZ FERRER, J. 2002 *Principios de Regulación Económica*. Madrid, Editorial Tirant Lo Blanch.

Pero a partir de 1945 esa relación se caracterizó cada vez más por un denso tejido de prestaciones sociales y estrategias económicas por el cual era el Estado el que estaba al servicio de los ciudadanos y no al contrario”²⁹⁸.

Hubo de transcurrir cuatro décadas para que aquella noción que apunta al llamado “Estado regulador” fuera considerada como una alternativa viable en la configuración de un nuevo modelo institucional.

Más allá de las particularidades jurídicas, económicas y políticas de cada estado –y en un contexto actual de recomendaciones globales nacidas, por ejemplo, en el seno de la OECD, el Banco Mundial, u otras instituciones internacionales–, se aprecian rasgos comunes y uniformes, pero también algún espacio para contribuir en algunas especificidades de la discusión, proponer enfoques o perspectivas diversas para el análisis. La pregunta, sin embargo, no es nueva²⁹⁹, pero los intentos de respuesta pueden serlo.

Como ya se ha indicado, no existen versiones univocas –así como del vocablo “regulación”– acerca de la comprensión del Estado Regulador, y, por lo tanto, el esfuerzo por dotar de contenido –o bien de otros aspectos complementarios o suplementarios a esta noción– puede ser aún un proyecto posible. Más todavía, los emergentes escenarios de nacionalismos que cuestionan algunas visiones sobre la globalización –y de ciertas instituciones generadas en dicho contexto– proveen una motivación adicional para emprender una reflexión sobre estas materias.

2. Algunas nociones sobre el Estado Regulador

2.1. Generalidades

Con el objeto de delinear ideas que buscan comprobar si es posible una actualización sobre la noción de Estado Regulador, conviene establecer el contenido de lo que fue o ha

²⁹⁸ JUDT, T. 2016 Postguerra. Una Historia de Europa desde 1945, Barcelona, Taurus-Historia, Reimpresión, p. 528.

²⁹⁹ Desde PILDES, R. y SUNSTEIN, C. 1995 Reinventing the Regulatory State. The University of Chicago Law Review 62 (1): 1-129. Hasta CORDERO, L. y GARCIA, J. 2017 Repensar nuestro Estado Regulador. El Mercurio, Santiago, 27 Julio 2017, p. A2.

sido, y hacia donde debe transitar una propuesta de actualización. Valga efectuar un par de prevenciones. La primera, es que el llamado Estado Regulador es un arquetipo con versiones diversas³⁰⁰; la segunda, es que las nociones que proveyeron de un contenido inicial a la idea de Estado Regulador de mediados de los años 80, hoy están siendo sometidas a examen, y en tal sentido, habrá que establecer de qué modo, esos principios desafiados han evolucionado, o bien cuántos de ellos pueden subsistir en el actual contexto. En ese ámbito, el tema no resulta trivial, por cuanto este texto asume la idea que, a partir de la concepción que se construya y de los contenidos de que se dote al Estado regulador, se modelará la política regulatoria, la que a su vez dará forma a marcos y regímenes regulatorios, siendo estos últimos el arquetipo en los cuales cabe situar las diversas formas institucionales de agencias reguladoras.

Uno de los objetivos de este capítulo es detectar si se ha producido un arreglo, un desarreglo, una construcción o una deconstrucción de la noción de Estado Regulador, la cual se forjó desde mediados de los años ochenta y principios de los años noventa. Esto no es más que aquello que la doctrina ha llamado la “recomposición” o “reconfiguración” de ese modelo de Estado que actúa en la vigilancia de mercados³⁰¹. El desafío es entonces, explorar el modo a través del cual se puede forjar esa reconfiguración, si es que es posible. Establecido ello, para plantear una respuesta a dicha pregunta, es natural que sea conveniente explicar la noción de “Estado regulador” y explorar el contenido del cual ha sido dotada. Esta es, como señala Levi Faur, claramente una verdadera odisea³⁰².

Como se sabe, al igual que la voz “regulación”, la noción de “Estado Regulador” evidencia dispersión, tanto en cuanto a los intentos de configurarla, como en las diversas vías de aproximación a su contenido. Conviene sin embargo establecer, con uno de los grandes autores sobre la noción –Majone– que, el término “Estado Regulador” “era considerado un mero neologismo de origen Americano (Estados Unidos) y de dudosa relevancia en Europa. Este escepticismo, indica Majone, era comprensible desde que la regulación estatutaria difícilmente jugó un rol en la política económica del estado

³⁰⁰ MORAN, M. 2003 *The British Regulatory State*. Oxford, Oxford University Press.

³⁰¹ ESTEVE PARDO, J. 2012 *La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria*. Revista de Administración Pública, Madrid (189): pp. 11-40.

³⁰² LEVI-FAUR, D. 2011 *The Odyssey of the Regulatory State: Episode one: The rescue of the welfare State*. Jerusalem Papers in Regulation & Governance (39): pp. 1-35.

Keynesiano de Bienestar”³⁰³. Sin embargo, esta lectura unitaria del entonces modelo de estado europeo –o era keynesiana–, finalmente “terminó en “estanflación”, una combinación de elevada inflación y elevado desempleo. Nuevos magos aparecieron en escena hablando de la necesidad de retornar a la “disciplina del mercado” y a los “valores victorianos”, y diciendo que los gobiernos eran el problema, no la solución”³⁰⁴.

Así también, desde el punto de vista sociológico, la noción de Estado Regulador es filial de un determinado tipo de sistema económico que mira al estado en una manera específica. Este es un estado que no solo ejerce *imperium* político y se ocupa de los poderes tradicionales sino que además está en una posición en que “(...) crea un mercado nuevo cuando decide privatizar, sacar a concurso, un servicio para el que no puede realmente haber competencia: el transporte urbano, la recogida de basura, la administración de prisiones; en esos casos, lo que hace el estado en realidad es simular un mercado, en que él es el único cliente –es decir, que es en realidad un intermediario a nombre de los usuarios finales (...)”³⁰⁵.

Al mismo tiempo, esta noción correspondería a una etiqueta que caracteriza a un creciente rango de mecanismos –en que se cuentan auditoría, monitoreo y “*enforcement*”– ejecutados por organismos públicos cuasi con una connotación que busca apartar estas medidas de los instrumentos tradicionales de política redistributiva del estado de bienestar, a través de una reconfiguración de las relaciones entre lo público y lo privado, el estado y el ciudadano, o bien, entre la política y la administración pública.³⁰⁶ En esta misma lógica, se aprecian grados de transformación, privatización y desregulación en la marcha del estado, los cuales pueden ser vistos como los efectos inexorables del surgimiento del neoliberalismo, acompañados as tarde por la fuerza de la globalización económica.

Desde esta perspectiva, afirma Fitzpatrick, esta configuración aparece como una reacción a la hegemonía socialdemócrata propia del período de la postguerra, abogando por

³⁰³ MAJONE, G. 1998 The Regulatory State and its Legitimacy Problems. Political Science Series 56: pp. 1-22.

³⁰⁴ SKIDELSKY, R. 2015 John Maynard Keynes. Barcelona, RBA Libros, p. 1153.

³⁰⁵ ESCALANTE, F. 2016 Historia mínima del Neoliberalismo. Una historia económica, cultural e intelectual de nuestro mundo, de 1975 a hoy. Madrid, Turner Publicaciones/ El Colegio de México, p.238.

³⁰⁶ FITZPATRICK, P. 2016 The Politics of Regulation in the UK. Between tradition, contingency and crisis. Londres, Editorial Palgrave/McMillan, p. 20.

mercados más libres y menos gobiernos. Por ello, el mismo autor, citando a Levi Faur, concluye que el criterio de este modelo exitoso fue la separación de los mercados de la política³⁰⁷.

Plantearé más adelante que, en mi concepto, el Estado Regulador, en una noción actual, puede ser definido como un sistema de gobernanza, sustentado en categorías jurídico económicas, que se estructura sobre una red de normas y principios, particularmente sobre diseños institucionales cuyos miembros están dotados de conocimientos especializados en un contexto de relativa autonomía, implementando técnicas, instrumentos y herramientas, de contenido nacional e internacional, y que aspiran a proveer determinadas reglas obligatorias y también recomendaciones, cuyos destinatarios son agentes de mercado, con el fin de hacer imperar el contenido de *rule of law* en el desenvolvimiento de actividades económicas, en armonía con la observancia de derechos fundamentales.

2.2. Levi-Faur: Lo grueso y lo delgado en el Estado Regulador

En la discusión sobre el contenido de cualquier concepto, se presentan problemas acerca de su amplitud y su contenido. Esta discusión tiene particularidades, por cuanto al momento de abordar la cuestión sobre el Estado regulador, su “definición” implica una cuestión de “descripción” y “caracterización” del mismo. Por ello, vale aquí una explicación sobre ello, articulada por Levi-Faur acerca de “lo delgado” y “lo grueso” del concepto de Estado Regulador. En efecto, el profesor David Levi-Faur sostiene que para alcanzar una cabal comprensión de este concepto hay que hacerse cargo del tránsito que la noción ha experimentado, en lo que llama una evolución de un concepto “delgado” y monomórfico a otro, más bien “grueso” y polimórfico³⁰⁸. En esta perspectiva, la tesis de Levi-Faur se sostiene en tres argumentos:

i) Para comprender adecuadamente la noción de Estado Regulador, hay que atender a una concepción del Estado como una institución polimórfica, donde la fuente de

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ LEVI-FAUR, D. 2013 The Oddisey of Regulatory State: From a “Thin” Monomorphic concept to a “Thick” and polimorphic concept. *Law & Policy* 35(1-2): pp. 29-50.

su autoridad no es simplemente un legítimo monopolio para ejercer la fuerza, sino que un monopolio legítimo para crear reglas, monitorear reglas y exigir el cumplimiento de esas reglas. En este sentido, afirma Levi Faur, el Estado Regulador no implica necesariamente en declive del Estado de Bienestar (Welfare State) ni de otras formas de “estado positivo” o más interventor. Esto implica que no necesariamente la concepción del Estado Regulador debe ser monomórfica o reduccionista, o más bien neoliberal;

ii. En segundo lugar, una concepción polimórfica del ER reconecta los principios de autonomía de las agencias, sensibilidad de reguladores y el surgimiento de lo que él llama “*regulocracia*”, con la teoría del estado democrático capitalista. En este sentido, señala Levi Faur, se presenta una teoría regulatoria más coherente y con una mejor proyección de realinear el Derecho, la política regulatoria, las formas de *compliance*, el diseño institucional, como lo político y lo sociológico.

Sobre el particular, suscribo este punto de vista de Levi-Faur, en cuanto a la conexión que debe existir entre la “funcionalidad” del ER con la teoría política del estado democrático capitalista. Sin perjuicio ello, a partir del análisis de este argumento, creo pertinente agregar dos observaciones.

La primera de ellas se refiere a su denominación –propia de la teoría política– llamada “Teoría del estado democrático capitalista”. Esta expresión es similar a la empleada por Richard Posner en su obra post crisis financiera, llamada “*The Crisis of the Capitalist Democracy*”³⁰⁹. La terminología es similar y coincide en explorar los efectos que comportamientos y diseños regulatorios pueden ocasionar a un determinado modelo político. El texto de Levi-Faur es de 2013, y el de Posner, de 2010. Sin embargo, antes que ambos autores, en 2008, John Braithwaite había acuñado la expresión “*Regulatory Capitalism*”³¹⁰ en que decididamente se vincula al sistema capitalista con la idea de “*Governance*” y no a una excesiva concepción abstencionista ante el mercado. Visto de esta forma, se aprecia una continuidad de contenidos entre las ideas de “*Regulatory Capitalism*” de Braithwaite, “*Capitalist Democracy*” de Posner y “Teoría del estado democrático capitalista”.

³⁰⁹ POSNER, R. 2010. *The Crisis of Capitalist Democracy*. Cambridge, Harvard University Press.

³¹⁰ BRAITHWAITE, J. 2008 *Regulatory Capitalism. How it Works, ideas for making or work better*. Cheltenham, Edward Elgar.

La segunda observación, se refiere al concepto de “*regulocracia*”, que propone el profesor Levi Faur. Creo necesario complementar la existencia de esa “*regulocracia*” con otra elaboración teórica, incorporada por la doctrina en Estados Unidos y que se denomina “*regleprudence*”³¹¹.

iii. En tercer lugar, esta argumentación demuestra como una versión polimórfica del Estado permite abrir una dimensión distinta de un análisis comparado del capitalismo, tarea que no desarrolla una versión monomórfica, o bien un nacionalismo metodológico. De esta forma, plantea Levi Faur, el surgimiento del Estado Regulador puede ser entendido como otra fase en la expansión del *Administrative State*³¹².

3. La internacionalización del Estado Regulador: Vertientes

3.1 Las vertientes del Estado Regulador se dan en el entorno de su internacionalización

Un contexto actual de explicaciones sobre el Estado regulador no puede omitir la dimensión internacional, como efecto natural de la expansión del mismo. Esta expansión se produce en la medida en que, como se analizará, se produce una progresiva estandarización de las políticas regulatorias, de los procedimientos y de los instrumentos de los que se vale este modelo de gestión. Como se sabe, la globalización económica no sólo se estructura sobre incrementos en los flujos de comercio e inversión, sino que también ha contribuido a ciertos grados de estandarización³¹³ de prácticas y normas comunes en materia regulatoria. En este contexto de internacionalización, al decir de Levi-Faur, el estado regulador es un

³¹¹ DAVIDSON, N. y LEID, E. 2015 Regleprudence at OIRA and beyond. *Georgetown Law Journal* 103: p. 259.

³¹² LEVI-FAUR, D. 2013. Ob. cit. pp. 29-50.

³¹³ GADINIS, S. 2015 Three Pathways to Global Standards.: Private, Regulators and Ministry Networks. *The American Journal of International Law* 109(1): pp.1-57.

concepto que viaja, o bien que tiene niveles de “regionalización”³¹⁴.

Como muy acertadamente advierte Carro Fernández-Valmayor, “(...) la incidencia de la globalización ha provocado la disgregación del Derecho administrativo en dos partes: la primera contendría las reglas tradicionales de la relación de los ciudadanos con las Administraciones públicas, y la segunda se referiría a la relación de dichas Administraciones públicas con las distintas organizaciones que componen el entramado de la globalización”³¹⁵. Concuero con el esquema de disgregación que presenta Carró, y respecto del segundo aspecto por él descrito, con lo que cabe indicar y ligar esta parte con la configuración de un proceso complejo que ha dado origen a una concepción que ha afectado el funcionamiento del Estado regulador, y que se ha denominado por la doctrina como *Global Administrative Law*³¹⁶. Esta última noción es compleja y su elaboración está aún en progreso, pero se caracteriza por “un movimiento general de apertura e interpenetración de sistemas normativos de múltiples niveles, y de origen público y privado. Y en la producción y ejecución de estos sistemas normativos participan una pluralidad de sujetos que tienen un enorme poder y que ejercen funciones de autoridad pública”, aunque “(...) no es (...) por el momento, una nueva disciplina”³¹⁷. Observa también De la Sierra que “el Derecho

³¹⁴ VEGGELAND, N. 2009 *Taming the Regulatory State*. Cheltenham, Edward Elgar. Este autor distingue la experiencia del Estado Regulador en Europa Central, en Europa Anglosajona y en la Europa Nórdica, específicamente en Noruega.

³¹⁵ CARRO, J. 2014 Reflexiones sobre las transformaciones del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid (193): pp. 11-44.

³¹⁶ En el ámbito iberoamericano, RODRIGUEZ, J. 2016 *El Derecho administrativo Global: El espacio jurídico administrativo Iberoamericano*. En: RODRIGUEZ- ARANA, J. y HERNANDEZ, J. *El derecho administrativo global y el arbitraje internacional de Inversiones*. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid; BALDWIN, R., CAVE, M. y LODGE, M. 2012 *Understanding Regulation. Theory, Strategy and practice*. Oxford, Oxford University Press, pp. 425 y ss. El capítulo 21 de esta obra se denomina “Global and International regulation”; MONTT, S. 2009 *State Liability in Investment treaty arbitration*. Global Constitutional and Administrative law in the BIT generation. Portland, Hart Publishing; KINGSBURY, B.; KRISCH, N. y STEWART, R. 2004 *The Emergence of Global Administrative Law*, *International Law and Justice Working Papers*, New York. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=692628> [consulta: 17 octubre 2016]; CREW, M. y PARKER, D. 2006. *International Handbook on Economic Regulation*. Cheltenham. Edward Elgar.

³¹⁷ DARNACULLETA, M. 2016 *El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?*. *Revista de Administración Pública*, Madrid (199): p. 48.

Administrativo Global ...si bien pretende tener una amplitud objetiva y subjetiva, lo cierto es que encuentra su ámbito de aplicación esencial el económico”³¹⁸.

Un ejemplo de ello son los documentos que se ocupan de la estructuración de agencias y cuerpos gubernamentales similares, como también ciertas recomendaciones denominadas “*reviews*,” “*reports*”, o “*guidances for policymakers*” emanados de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (*Organization for Economic Cooperation and Development, OECD*). A través de estas guías, la OECD promueve la implementación de ciertos diseños y además la aplicación de diversos instrumentos, como es el caso del Análisis de Impacto Regulatorio (*Regulatory Impact Analysis, RIA*)³¹⁹. Esta herramienta está destinada a apoyar a los gobiernos en la evaluación de los efectos regulatorios, a través de los beneficios, costos y efectos de una nueva o existente regulación³²⁰.

Dentro de este marco, me parece que esa internacionalización tiene dos caras: la primera, en cuanto a la difusión del paradigma del Estado Regulador y su progresiva adopción en aquellos estados que exhibían una mejor solidez institucional; y la segunda, se refiere a la implementación real del Estado Regulador en cada país. En cuanto a sus contenidos y descriptores generales, la difusión puede ser vista como un proceso más extensivo. Sin embargo, su aplicación o incorporación por cada gobierno, a mi juicio, está lejos de ser una concreción uniforme ya estabilizada, sino un trabajo en progreso. Por ello, pareciera ser que, dentro de algún grado de uniformidad en torno a elementos comunes del Estado regulador, también hay espacio para la diversidad.

Vale decir, conservando sus rasgos fundamentales, el estado regulador desde nuestra perspectiva, y de acuerdo al examen de la literatura vigente, reconoce, al menos, tres

³¹⁸ DE LA SIERRA, S. 2016 Límites y utilidades del Derecho Comparado en el Derecho Público. En particular, el tratamiento jurídico de la crisis económico-financiera. *Revista de Administración Pública*, Madrid (201): p. 86.

³¹⁹ Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis [en línea] <<http://www.oecd.org/gov/regulatorypolicy/buildinganinstitutionalframeworkforregulatoryimpactanalysisria-guidanceforpolicymakers.htm>> [consulta: 11 enero 2018].

³²⁰ Como se analizará posteriormente, con fecha 2 de Julio de 2013, el Presidente de la República ingresó a la Cámara de Diputados un Proyecto de ley que crea una Comisión de Valores y Seguros, caratulado con el Mensaje N° 011-361, Boletín 9015-05. Esta institucionalidad posteriormente cambió al actual modelo de Comisión para el Mercado Financiero, contemplada en la Ley N° 21.000. En ese proyecto de ley se hace expresa mención de este instrumento.

vertientes, entendiéndose por tales a los diferentes modos de concreción e implementación del Estado Regulador en los distintos países. La configuración de una vertiente del Estado Regulador supone una dialéctica entre la cultura jurídica, económica y política del país receptor, y la individualización de los rasgos y principios que dan forma y contenido al paradigma del Estado Regulador. Estas vertientes son:

3.1.1 Vertiente estadounidense

a) Administrative State

La noción de *Administrative State* reconoce su origen en la tesis doctoral de un profesor de Ciencia Política llamado Dwight Waldo, en la Universidad de Yale, en el año 1948. Esta noción surge como una reacción a la inadecuación intrínseca del *Common Law* para regular el interés general.³²¹ El por qué se produce esta disrupción, obedece a la crisis de las instituciones liberales que resultaba poco apta para obtener mayores grados de protección, derivados de las revueltas producida por granjeros (la llamada *Farmers Revolt*) y otros grupos afectados y que manifestaban una cierta conciencia de desprotección. Epstein cree que el surgimiento del “*Administrative State*” se produce entre 1887 y 1937³²². Por su parte, Herrera, citando a David Rosenbloom, advierte que los orígenes de esta noción se situarían en la segunda mitad del siglo XIX y su expansión se habría producido a través de siete vías: (i) El aumento de la supervisión de ciertos mercados y que originaron la creación de órganos e instituciones diseñadas para tal cometido. Tal fue el caso de la creación de la ICC (*Interstate Commerce Commission*) en 1887; (ii) La creación de la *Sherman Act* (1890) y luego de la FTC (*Federal Trade Commission*) (1914); (iii) La generación de normas protectoras de consumidores, especialmente en el ámbito de normas alimentarias, que sirvieron de antecedentes a la creación de la FDA (*Food and Drug Administration*), *Federal*

³²¹ HERRERA, C. 2009. La vocación de Universalidad del Derecho Administrativo. El *Administrative State* para un país que no es administrado por ángeles. *Revista de Administración Pública*, Madrid (178): p. 144.

³²² EPSTEIN, R. 2008. Why the modern administrative state is inconsistent with the rule of law. *NYU Journal of Law & Liberty* 3: p. 491. La cita es: “*The rise of the administrative state, which took place inexorably between the founding of the Interstate Commerce Commission in 1887 and the final triumph of the New Deal vision of the Constitution exactly fifty years later*”!

Aviation Agency y la *Consumer Safety Production*; (iv) el desarrollo de normas sobre seguridad de nuevas tecnologías; (v) la implementación de normas ambientales, fundamentalmente a través de la *Clean Air Act* y la *Clean Water Act*; (vi) la regulación de relaciones laborales, particularmente a través de la *National Relations Act* (1935), la *Equal Employment Opportunity Commission*, y luego la OSHA (*Occupational Safety and Health Administration*); (vii) en materia de inteligencia y seguridad internacional, la creación del *Department of Homeland Security*.

b) Regulatory State

Una lectura general de la literatura sobre esta materia, revela que en Estados Unidos la noción de *Regulatory State* parece ser una evolución del llamado “*Administrative State*” clásico, de raíz *New Deal*, que se forja en un entorno keynesiano³²³. Así lo señala Levi- Faur al decir que “(...) por un largo tiempo, el *Regulatory State* fue una simple etiqueta y un significado vacío para el crecimiento del *Administrative State*”³²⁴. Este autor señala que una expresión similar a *Regulatory State* se habría empleado por primera vez en un trabajo de George Holmes, titulado “*State Control of Corporations and Industry in Massachussets*” del año 1890. Sin embargo, agrega Levi Faur, el término aparece explícito en el libro escrito en 1962 por el autor James Anderson, titulado *The Emergence of the Modern Regulatory State*, y en el cual se analiza la expansión de la burocracia estatal a través de agencias independientes³²⁵. Un *book review* de la época, publicado en la *American Political Science Review*, por un profesor llamado Richard Taylor, reseña que se trata de un libro competente, bien escrito, y que trata acerca de los mecanismos de control de grandes negocios que ha implementado el gobierno de los Estados Unidos.³²⁶ Me parece entonces, que, a partir de

³²³ GIFFORD, D. 1983. The New Deal Regulatory Model: A history of criticisms and refinements. *Minnesota Law Review* (68): p. 299.

³²⁴ LEVI- FAUR, D. 2013. Ob. cit. p. 31.

³²⁵ Ob. cit. p.31. El texto de Levi Faur tiene un ligero error, porque el libro de Anderson se llama “The Emergence of the modern regulatory State”. Como un dato curioso acerca del libro, éste exhibe una portada de color naranja, en que aparece un águila real, sosteniendo en una de sus garras un conjunto de documentos, y en la otra, a un grupo de ciudadanos.

³²⁶ TAYLOR, R. 1963. The Emergence of the modern regulatory state, by James Anderson. Book Review. En: *American Political Science Review* 57(2): p. 473 [en línea]

estos contenidos, el *Administrative State* es explicado en esta fase como el desarrollo institucional del poder político para hacer frente, a través de órganos, a la fuerza creciente del poder económico, aplicando un criterio similar al que inspiró en 1890 la dictación de la *Sherman Act*, en Estados Unidos. Solanes Mullor³²⁷ analiza en forma detallada la trayectoria de la noción de *Regulatory State*, arraigando la transformación de este Estado en el movimiento progresista (*Progressive Era*) que surge en el país del Norte a finales del siglo XIX pero se consolida con el *New Deal*, a partir de los años 30 y 40.³²⁸ En un trabajo aún más reciente, el profesor Herbert Hovenkamp ha explorado la trayectoria autónoma de otra noción derivada del *Regulatory State* en Estados Unidos, y que se denominaría *Progressive State*³²⁹.

Según este autor, la estructura que se identifica con “el moderno estado progresista” se sitúa originariamente en los principios de la Segunda Guerra Mundial y continua su expansión a través de los años de la llamada Corte Warren (1953-1969) como también bajo la administración de Lyndon Johnson, entre 1963 y 1969. Desde ese entonces, señala Hovenkamp, el llamado estado progresista ha sido severamente cuestionado por conservadores y libertarians, pero defendido por “*liberals*” y moderados.

Un caso particular en el sistema de los Estados Unidos, y que reviste importancia para la política regulatoria es el de las llamadas “Ordenes Ejecutivas”, el cual es ajeno al Derecho chileno. Consisten en mandatos directos del Presidente de los Estados Unidos y encarnan –dependiendo de cada Presidente– una forma de resaltar, destacar o implementar ciertas decisiones que pueden ser ejecutadas con celeridad. De este modo, suelen indicar el modo conforme al cual deben desenvolverse ciertas agencias. Constituyen una fuente normativa propia del sistema jurídico de los Estados Unidos, y a pesar de ser muchas veces mencionadas, pocas veces se suelen definir. Se trata de una manifestación de voluntad en que cada Presidente de los Estados Unidos señala directrices para el funcionamiento de ciertos órganos del gobierno federal. Es, en la práctica, una directiva, firmada y escrita por

<<https://doi.org/10.1017/S0003055400282324>> [consulta: 11 enero 2018].

³²⁷ SOLANES, J. 2016. Administraciones independientes y Estado Regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público Español. Madrid, Congreso de los Diputados, p. 39.

³²⁸ SOLANES, J. 2016. Administraciones independientes y Estado Regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público Español. Madrid, Congreso de los Diputados, p.38.

³²⁹ HOVENKAMP, H. 2017. Appraising the Progressive State. *Iowa Law Review* 102: pp. 1063 -1112.

el Presidente en virtud de la cual administra o instruye ciertas operaciones del gobierno federal³³⁰.

Tratándose de más de 13.000 órdenes dictadas desde la Independencia de los Estados Unidos, para efectos de esta tesis he seleccionado sólo tres, las cuales resultan interesantes desde el punto de vista del derecho de la regulación económica: la Orden Ejecutiva N° 12.291, de 17 de febrero de 1981³³¹; la Orden Ejecutiva N° 12.866, de 30 de septiembre de 1993³³² y la Orden Ejecutiva N° 13.563, de 18 de Enero de 2011³³³.

La Orden Ejecutiva N° 12.291 –que fue dictada por el Presidente Ronald Reagan– trata una serie de materias relevantes que han tenido el mérito de permanecer por más de tres décadas, convirtiéndose en verdaderos referentes de la teoría y política regulatoria, no solo estadounidense, sino que en varios países³³⁴. Esta Orden Ejecutiva es importante pues, ya en el año 1981, contempla la aplicación del análisis costo-beneficio y la aplicación de Análisis de Impacto regulatorio³³⁵. Se aprecia que el contexto de esta Orden Ejecutiva coincide con

³³⁰ AMERICAN BAR ASSOCIATION. 2015. In Sights on Law and Society 15(2) [en línea] <https://www.americanbar.org/publications/insights_on_law_and_society/17/fall-2016/what-is-an-executive-order.html> [consulta: 18 julio 2017].

³³¹ El texto de esta Executive Order puede consultarse en: [en línea] <<https://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12291.html>> [consulta: 11 enero 2018].

³³² El texto de esta Executive Order puede consultarse en: [en línea] <https://www.reginfo.gov/public/jsp/Utilities/EO_12866.pdf> [consulta: 11 enero 2018].

³³³ El texto de esta Executive Order puede consultarse en: [en línea] <<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2011/01/18/executive-order-13563-improving-regulation-and-regulatory-review>> [consulta: 11 enero 2018].

³³⁴ Así, por ejemplo en cuanto al concepto de “regulación”, la Orden Ejecutiva N° 12.291 de 17 de febrero de 1981, la define como la declaración de una agencia, de aplicación general, en efectos futuros diseñada para implementar, interpretar u ordenar normas o políticas, o para describir los procedimientos o practicas requeridos por esa agencia, pero que excluye asuntos militares y otras referidas a organización interna de esas mismas agencias. Contiene también una definición de “Reglas mayores” (llamada posteriormente por la O.E. 12.866 como “acción regulatoria significativa”) y califica como tales a aquellas que pueden provocar un impacto potencial anual en la economía equivalente a US 100 millones o más; aquellas que generen un mayor incremento en costos o en los precios para consumidores, empresas individuales, el estado federal, o agencias administrativas locales, en áreas geográficas o similares. Por último, también se considera como reglas mayores, aquellas que generen efectos adversos significativos en la competencia, el empleo, la inversión, la productividad, la innovación o la capacidad de las empresas situadas en Estados Unidos para competir con agentes extranjeros.

³³⁵ Los llamados “requisitos generales” establecidos por la Orden se explicitan así: “**Secc. 2. General Requirements.** In promulgating new regulations, reviewing existing regulations, and developing legislative proposals concerning regulation, all agencies, to the extent permitted by law, shall adhere to the following requirements: (a) Administrative decisions shall be based on adequate information concerning the need for and consequences of proposed government action; (b) Regulatory action shall not be undertaken unless the potential benefits to society for the regulation outweigh the potential costs to society; (c) Regulatory objectives shall be chosen to maximize the net benefits to society; (d) Among alternative approaches to any given regulatory objective, the alternative involving the least net cost to society shall be chosen; and (e) Agencies shall set regulatory priorities with the aim of maximizing the aggregate net benefits to society, taking into

un período de gran influencia de la Escuela de Chicago en las políticas públicas en los Estados Unidos, y durante el período de consolidación del Análisis Económico del Derecho en ese país.

Por su parte, la Orden Ejecutiva N° 12.866 de 30 de Septiembre de 1993 –dictada por el Presidente William Clinton– tiene la particularidad de distinguir, en su sección 1, dos ámbitos: “Filosofía Regulatoria”³³⁶ y “Principios de Regulación”³³⁷⁻³³⁸. El texto de esta

account the condition of the particular industries affected by regulations, the condition of the national economy, and other regulatory actions contemplated for the future.

³³⁶ El texto original de la Sección 1, letra (a) es el siguiente: “(a) *The Regulatory Philosophy*. Federal agencies should promulgate only such regulations as are required by law, are necessary to interpret the law, or are made necessary by compelling public need, such as material failures of private markets to protect or improve the health and safety of the public, the environment, or the well-being of the American people. In deciding whether and how to regulate, agencies should assess all costs and benefits of available regulatory alternatives, including the alternative of not regulating. Costs and benefits shall be understood to include both quantifiable measures (to the fullest extent that these can be usefully estimated) and qualitative measures of costs and benefits that are difficult to quantify, but nevertheless essential to consider. Further, in choosing among alternative regulatory approaches, agencies should select those approaches that maximize net benefits (including potential economic, environmental, public health and safety, and other advantages; distributive impacts; and equity), unless a statute requires another regulatory approach.”

³³⁷ En principio, para un lector latinoamericano o perteneciente a la tradición del Derecho Continental, la denominación “*Regulatory Philosophy*” pudiera parecer ambigua, toda vez que la concepción de Filosofía resulta más expansiva que la fundamentación de la racionalidad de ciertas opciones regulatorias. Sin embargo, esta noción de “filosofía regulatoria” me parece que es el esbozo general de unas pretendidas argumentaciones que sostienen la decisión de regular, las que en términos anglosajones pudieran ser consideradas como filosóficas. La orden utiliza la expresión “filosofía” como asimilada a un procedimiento en que “(...) la decisión de regular y cómo hacerlo, las agencias deberán evaluar todos los costos y beneficios de las alternativas regulatorias disponibles, incluida la alternativa de no regular”. Esta declaración más bien parece el fruto de una reflexión que se sustenta en un paradigma utilitarista que postula la opción de abstenerse, mediante una determinada acción regulatoria. Sin embargo, subyacen aquí las bases para considerar el análisis costo-beneficio, más que como una técnica o una metodología, sino como un principio rector en la acción regulatoria. Por su parte, la sección (b) de esta Orden Ejecutiva N° 12.866 se denomina “Principios de Regulación”, y establece que las agencias deben adherir a ellos, para ser consistentes con la “filosofía” declarada previamente. Este es, precisamente, el singular terreno de los principios, que en el caso de esta Orden son 12. Cabe entonces preguntarse cuál es la función cumplen estos principios regulatorios. En mi opinión, en el contexto de estas Órdenes Ejecutivas, estos principios cumplen una función más bien procedimental (es decir, cómo adoptar la decisión regulatoria) antes que una apreciación o declaración acerca de los méritos o deméritos de ella misma. Más que elaboraciones teóricas, estos principios son “*statements*” pragmáticos, orientados a una acción, y en especial, una guía para la formación de la decisión regulatoria y su implementación. Por ejemplo, cuando la Orden Ejecutiva sostiene que “cada agencia identificará el problema que intenta resolver (incluidas, donde fueren aplicables, las fallas de mercados privados o las instituciones que avalen la nueva acción regulatoria) como también la relevancia de tal problema.” En este mismo sentido, la Orden Ejecutiva establece también que “(...) cada agencia examinará si existen regulaciones (u otras normas) o bien aquellas que contribuyan a resolver el problema que la nueva regulación intenta corregir” a fin de determinar si resulta más eficiente corregirla o modificarla.

³³⁸ HUME, D. Investigación sobre el conocimiento humano. Madrid, Alianza Editorial, Edición 2015, p. 31. No me parece ello tan alejado de la declaración de David Hume, cuando este autor afirma que hay una filosofía que “considera al hombre primordialmente como nacido para la acción y como influido en sus actos por el gusto y el sentimiento, persiguiendo un objetivo y evitando otro, de acuerdo con el valor que estos objetos parecen poseer”.

Orden sostiene también, como principios, la obligación de considerar los riesgos, y la estimación que debe efectuarse sobre la implementación de incentivos para la innovación, consistencia, predictibilidad, los costos de ejecución y cumplimiento (tanto para el gobierno, las entidades reguladas, y el público) como también el grado de flexibilidad, los impactos distributivos y la equidad.

Finalmente, la Orden Ejecutiva N° 13.563 fue dictada durante el primer período de gobierno del Presidente Barack Obama³³⁹. Debe destacarse que la Orden Ejecutiva N° 13.563 configura la carta de navegación de esta Administración, acerca de la formulación, diseño, implementación y análisis regulatorio, y que para efectos de este texto, a mi entender, representa un buen ejemplo de estudio. Esta Orden Ejecutiva lleva por título “*Improving Regulation and Regulatory Review*,” y en su sección N°1 establece algunos “Principios General de la Regulación”³⁴⁰. Debo destacar que esta Orden Ejecutiva N° 13.563 coincide con el período en que el profesor Cass Sunstein se desempeñó como director de la OIRA (*Office of Internal Regulatory Affairs*) de la Casa Blanca, y por tanto, se reconoce una gran influencia de este autor en la redacción de la referida orden, siendo su libro “*Simpler. The future of government*”, un buen relato sobre su experiencia como Administrador de la OIRA. De hecho, una frase tomada del contenido de esa Orden Ejecutiva es una de las citas con las que comienza dicho libro³⁴¹.

³³⁹ Este mandatario dictó un número relativamente reducido de órdenes ejecutivas comparadas con otros Presidentes, o con la actual administración del Presidente Trump. En el caso del Presidente Roosevelt (FDR), por ejemplo el número de Órdenes Ejecutivas fue entre los años 1933 a 1945, de 573, probablemente a consecuencia de la implementación del New Deal.

³⁴⁰ Nótese que la sección referida a estos principios recoge las declaraciones de la Orden N° 12.866, pero a mi juicio, sofisticada su perspectiva en cuanto a los objetivos del sistema regulatorio. La redacción de esta Orden consagra que el sistema regulatorio de los Estados Unidos tiene por objeto proteger “la salud pública, el bienestar, la seguridad y nuestro Medio Ambiente, así como promover el crecimiento económico, la innovación, la competitividad y la creación de empleos”. Para el logro de estos objetivos, señala la Orden, este sistema regulatorio “debe basarse en la mejor ciencia disponible, permitir la participación pública y un intercambio abierto de ideas”. Asimismo, prosigue la sección 1 de esta Orden, debe promover la predictibilidad y reducir la incerteza. Debe identificar y usar las mejores, más innovadoras y menos onerosas herramientas para lograr los fines reguladores. Debe tener en cuenta los beneficios y costos, tanto cuantitativos como cualitativos. Debe asegurar que las regulaciones sean accesibles, consistentes, escritas en lenguaje claro y fáciles de entender. Debe medir y tratar de mejorar los resultados reales de los requisitos regulatorios.” De igual modo, esta orden busca eliminar la redundancia, la inconsistencia y la superposición regulatoria. Es decir, según nuestra apreciación, en estos objetivos, se busca resguardar el principio de “coherencia regulatoria”.

³⁴¹ Los objetivos, instrumentos y deberes que señala esta Orden Ejecutiva son los siguientes: Objetivos directos: Proteger la salud pública, el bienestar, la seguridad y Medio Ambiente; Objetivos secundarios: Promover el crecimiento económico, la innovación, la competitividad y la creación de empleos; Instrumentos: Basarse en la mejor ciencia disponible, permitir la participación pública y un intercambio abierto de ideas; Deberes: Promover la predictibilidad y reducir la incerteza; Identificar y usar las mejores, más innovadoras y menos onerosas herramientas para lograr los fines reguladores; Tener en cuenta los beneficios y costos, tanto

3.1.2. Vertiente europea

En el conjunto de la reflexión doctrinaria sobre esta variante europea del Estado regulador, me parece pueden distinguirse siete hitos y autores fundamentales:

a) Majone (1994)

Casi a mediados de los años 90, un artículo relevante sobre este punto fue escrito por el profesor Giandomenico Majone.³⁴² Majone es, por llamarlo de algún modo, uno de los autores “clásicos” en la construcción doctrinaria del contenido del Estado Regulador europeo. Tanto en esta publicación, como en sus otras posteriores, la idea central que cruza su análisis es que “el moderno Estado Regulador se caracteriza por una extensa delegación de poderes cuasi legislativos a comisiones independientes o agencias. En un creciente número de áreas políticamente sensibles –desde telecomunicaciones y servicios públicos, hasta protección ambiental y seguridad alimentaria– las decisiones son efectuadas por cuerpos no electos, típicamente sobre la base de un mandato legislativo lo suficientemente amplio”³⁴³. En un cuadro, reproducido de un trabajo de David Levi-Faur de 2011, Majone analiza las diferencias entre el llamado “*Positive State*” y “*Regulatory State*”³⁴⁴⁻³⁴⁵.

cuantitativos como cualitativos; Asegurar que las regulaciones sean accesibles, consistentes, escritas en lenguaje claro y fáciles de entender; Medir y tratar de mejorar los resultados reales de los requisitos regulatorios

³⁴² MAJONE, G. 1994 The rise of the Regulatory State in Europe. *West European Politics* 14(3): pp. 77-101.

³⁴³ MAJONE, G. 2006. *Agenda Setting*. En: MORAN, M.; REIN, M.; GOODIN, R. *The Oxford Handbook of Public Policy*, Oxford, Oxford University Press, p. 234.

³⁴⁴ LEVI-FAUR, D. 2011. *Ob. cit.* pp. 1-35.

³⁴⁵

	Estado Positivo	Estado Regulador
Función principal	Redistribución, estabilización macroeconómica	Corrección de fallas de mercado.
Instrumentos	Impuestos (o prestamos) & gasto público.	Creación de normas
Principal escenario de conflictos	Asignación presupuestaria	Revisión y control de normas

b) Gilardi (2008): Delegación

Se puede afirmar que el profesor Fabrizio Gilardi es uno de los arquitectos de la más sistemática elaboración doctrinaria europea sobre delegación en el Estado Regulador³⁴⁶. Este trabajo –según sus propias palabras– es una adaptación de su tesis doctoral defendida en la Universidad de Lausanne, Suiza, en 2004. A casi diez años de su edición, la obra de Gilardi tiene un valor importante en la comprensión de la delegación como elemento fundante del Estado Regulador. Una actualización de su contribución doctrinaria, puede encontrarse en Matthieu (2016), quien afirma que la lógica y la racionalidad de la delegación reposa en el hecho que “en orden a fortalecer el compromiso político de los agentes estatales con los objetivos de mayor estabilidad y credibilidad, los actores de política pública frecuentemente optan por delegar los poderes regulatorios en agencias regulatorias independientes”³⁴⁷. El objetivo del texto de Gilardi es, precisamente, examinar los fundamentos institucionales del modelo de agencias reguladoras independientes, del cual, obedeciendo a algunas características comunes a estas entidades, varía de país en país.

c) Levi Faur (2013) y la ecuación Regulation + Governance = Regulatory State

Instituciones características	Congreso, Ministerios, empresas nacionalizadas, servicios de bienestar.	Congreso, agencias independientes y comisiones, tribunales.
Actores claves	Partidos políticos, funcionarios civiles, grupos gremiales.	Movimientos con fines específicos, reguladores, expertos, jueces.
Estilo de decisión	Discrecionalidad	Legalismo
Cultura decisional	Corporativa	Pluralismo
Accountability político	Directo	Indirecto

³⁴⁶ GILARDI, F. 2008. Delegation in the Regulatory State. Independent Regulatory Agencies in Western Europe. Cheltenham, Edward Elgar.

³⁴⁷ MATTHIEU, E. 2016. Regulatory Delegation in the European Union. Networks, Committees and Agencies. Madrid, Editorial Palgrave Macmillan, p.4.

El profesor Levi Faur expone su definición en los siguientes términos: “Defino el Estado Regulador sobre la base de sus instrumentos de gobierno; es decir, el Estado Regulador es un estado que aplica y extiende la creación de normas, el monitoreo de normas, y la aplicación de normas, directa o indirectamente. La fuente de su autoridad no es simplemente su monopolio legítimo de los medios para usar la fuerza, sino también la pretensión de un monopolio legítimo en la creación de normas, el monitoreo de normas y la aplicación de normas. Las normas se pueden hacer, supervisar y hacer cumplir directamente a través de los órganos burocráticos del estado o indirectamente a través de la supervisión de otros sistemas organizativos y regulatorios”³⁴⁸.

A mi juicio, los elementos relevantes de esta definición, son: Técnicas o Instrumentos de gobernanza; Objetivos, que consisten en la creación de normas, monitoreo de normas, *ejecución de normas*; Órganos, que pueden ser de carácter burocrático (entidades estatales) o bien mediante actuación indirecta de otras formas de organización o sistemas regulatorios.

d) García Álvarez (2014)

Asimismo, otra parte de la doctrina europea ha diseñado un esquema de comprensión del fenómeno del Estado Regulador, a partir del rol meta estatal de la Unión Europea, en el entendido que en ese contexto, como señala García Álvarez (2014) la “evolución hacia el Estado Regulador ha tenido como detonante la creciente competencia internacional ya no entre empresas, sino entre sistemas jurídicos y económicos, que ha obligado a crear instancias profesionales e independientes para dar continuidad a medio y largo plazo y credibilidad internacional a determinadas políticas, a lo que se une la integración en la Unión Europea, que por su propia naturaleza impulsa políticas basadas en la regulación”³⁴⁹. Para García Álvarez hay tres factores estructurales en el desarrollo de la Unión Europea como

³⁴⁸ LEVI- FAUR, D. 2013. The odyssey of regulatory state: From a “thin” monomorphic concept to a “thick” polymorphic concept, Law and Policy, Vol. 35, Nº 1-2, p 39. El texto original es: “I define the regulatory state on the basis of its instruments of governance, that is, the regulatory state is a state that applies and extends rule making, rule monitoring, and rule enforcement either directly or indirectly. The source of its authority is not simply its legitimate monopoly on the means of violence, but also the claim to a legitimate monopoly on rule making, rule monitoring, and rule enforcement. Rules can be made, monitored, and enforced directly via bureaucratic organs of the state or indirectly via the supervision of other organizational, regulatory systems”.

³⁴⁹ GARCIA ALVAREZ, G. 2014. La Unión europea como estado regulador. Revista de Administración Publica, Madrid (194): pp. 79-111.

Estado Regulador: (1) la privatización; (2) el proceso de construcción europea: la actividad de regulación económica de las instancias comunitarias se ha incrementado de forma constante en los últimos treinta años, siendo actualmente su actividad más relevante; (3) tendencia hacia formas de gobierno indirectas o delegadas³⁵⁰.

e) Esteve Pardo y el Estado Garante (2015)

El profesor José Esteve Pardo expone las ideas fundantes de una noción denominada “Estado Garante”. Este autor considera que la noción de “Estado garante” es una opción ante la “crisis de sostenibilidad del Estado Social y se presenta como alternativa al Estado y Administración prestacional.”³⁵¹ Para complementar esta idea, Esteve Pardo argumenta que la alternativa debe plantearse ante un “gasto público tan elevado (que) se atribuye en muy buena medida a la realización y mantenimiento del Estado Social.” Sin embargo, al exponer las razones de ese estado social, el profesor Esteve Pardo deja en claro los “incuestionables logros” de esa forma de administración, la cual se traduce en una “(...) cobertura de toda una serie de necesidades de bienes y prestaciones que aseguran unas posibilidades de promoción social, la reducción de las tensiones sociales que de todo ello deriva, la realización de estos objetivos manteniendo el régimen de derechos fundamentales y libertades públicas características del estado de Derecho y sus consiguientes mecanismos y garantías como puedan ser el principio de legalidad y el control judicial del poder público”³⁵².

El punto es, señala este autor, la cuestión sobre la sostenibilidad del mismo, pues como acertadamente señala “(...) lo que se cuestiona no es el modelo sino que resulte sostenible por los elevados costes en los que incurre”³⁵³.

Esta sostenibilidad, señala Esteve Pardo, está condicionada por lo que podríamos

³⁵⁰ Ob. cit. p. 88.

³⁵¹ ESTEVE PARDO, J. 2015. La Administración Garante. Una Aproximación. Revista de Administración Pública, Madrid (197): pp. 11-39.

³⁵² Ob. cit. p.13.

³⁵³ Ob. cit. p.14.

denominar las “5 retiradas” que constata en su análisis: “(a) retirada en servicios públicos que se entregan al mercado y sobre los que la Administración pierde sus posiciones dominicales y el protagonismo gestor; (b) retirada en el ejercicio de las funciones públicas que se encomiendan a particulares en sectores tan dominados antaño por la intervención pública, como la policía administrativa, que ahora se presenta sobre todo como actividad de regulación de riesgos; (c) retirada de la Administración en su importante actividad de autorización , que ahora se desplaza a los particulares, sus declaraciones y las fórmulas de cobertura que puedan establecer; (d) retirada de las leyes y normas reglamentarias para dar entrada a la autorregulación de sectores sociales eficazmente organizados; (e) retirada de la jurisdicción y de la resolución de conflictos desde instancias públicas para entregarlas a fórmulas convencionales de mediación o arbitraje privado”³⁵⁴.

A partir de estas constataciones Esteve Pardo, siguiendo al autor alemán Maurer, sostiene que “(...) la actividad administrativa de garantía se diferencia de la antes mencionada actividad administrativa de prestación en que en ella el Estado no proporciona por sí mismo prestaciones a favor de los ciudadanos , sino que se limita a garantizar que sean otros –en especial empresas privadas– quienes las provean. Se trata de una función administrativa relativamente nueva, propiciada por las privatizaciones de los últimos años y décadas. En su virtud, el estado transfiere o confía al sector privado, al mercado y a la libre competencia, determinadas actividades de procura existencial antes prestadas por el mismo, debiendo asegurar, sin embargo, a través de los mecanismos apropiados, que tales actividades, al ser necesarias para la población, son desarrolladas por las empresas privadas en una medida suficiente y de un modo adecuado”³⁵⁵.

En esta noción que plantea Esteve Pardo, creo necesario destacar algunos elementos: (i) La función garantística se caracteriza porque la administración busca un grado de asociatividad con un agente privado, para cumplir unos determinados fines públicos; (ii) La relación de transferencia de la ejecución de esas funciones se plantea en un vínculo de confianza con el agente privado, y en un contexto en que el Estado incorpora a esa función categorías de funcionamiento del mercado, e incluso de libre competencia; (iii) En la

³⁵⁴ Ob. cit., p.19.

³⁵⁵ Ob. cit., p.24.

descripción de Maurer, sobre la que se funda la explicación de Esteve Pardo, aparece una similitud interesante con la definición que el profesor chileno Arturo Fernandois ofrece sobre el Orden Público Económico, en especial, en el uso de las expresiones “en una medida suficiente y de un modo adecuado”. Precisamente, para Fernandois, la noción de Orden Público Económico es presentada como un “adecuado modo de relación de los diversos elementos de naturaleza económica (...)” y con la finalidad de que la relación entre dichos elementos permita “en la medida de lo posible” el disfrute de garantías constitucionales de carácter económico³⁵⁶.

f) Tirole (2017): El Estado regulador al servicio del ciudadano

Jean Tirole es un economista francés que obtuvo el Premio Nobel de 2014, por su contribución al estudio sobre la regulación y el poder de mercado de agentes económicos.³⁵⁷ Partiendo de una lógica que “Estado y mercado no son sustitutos uno del otro, sino complementarios”³⁵⁸, Tirole es un economista que, a mi juicio, lee, habla, escribe y entiende en el lenguaje del Derecho, quizás por su cercanía con los temas de regulación económica y Política de la libre Competencia. Su último trabajo, publicado en español, titulado “La Economía del Bien Común” discurre acerca de los rasgos fundamentales que contextualizan la realidad del Estado actual.

En su visión, Tirole sostiene que “(...) la concepción del Estado ha cambiado. Antaño suministrador de empleo a través de la función pública y productor de bienes y servicios a través de las empresas públicas, el Estado moderno fija hoy las reglas del juego e interviene para paliar los fallos de mercado y no para sustituirlo. De mediocre gestor de empresas, pasa a ser regulador”³⁵⁹.

Respecto del rol de los funcionarios públicos, Tirole afirma que, en esta concepción

³⁵⁶ FERNANDOIS, A. 2006. Derecho Constitucional Económico. Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile.

³⁵⁷ Nobelprize [en línea] <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2014/tirole-facts.html> [consulta: 11 enero 2018].

³⁵⁸ Libremercado [en línea] <<http://www.libremercado.com/2017-05-05/jean-tirole-los-franceses-son-los-trabajadores-mas-protegidos-del-mundo-pero-no-son-felices-1276598301/>> [consulta: 11 enero 2018].

³⁵⁹ TIROLE, J. 2017. La Economía del Bien Común. Madrid, Editorial Taurus, p. 187.

actual del Estado, ellos ya no deben estar al servicio del Estado (la cual considera una desgraciada expresión que pierde totalmente de vista el objetivo de la cosa pública) sino que deben obrar al servicio del ciudadano. La tesis de Tirole es ecléctica, pues sostiene que “(...) el Estado moderno debe contar con los medios financieros necesarios para que sobreviva el sistema social al que tanto aprecio tienen nuestros conciudadanos”, para lo cual señala que “en esto, Francia podría inspirarse en otros países igual de apegados a su sistema social, pero que han comprendido que su supervivencia pasaba por una gestión rigurosa de las finanzas públicas”³⁶⁰.

3.1.3. Vertiente Latinoamericana: El Estado Regulador del Sur³⁶¹

En nuestra opinión, hay dos textos interesantes que explican de manera adecuada la vertiente latinoamericana del Estado Regulador, y que permiten hacer un trazado evolutivo. El primero es el trabajo del profesor Jacint Jordana “*The institutional development of the Latin American regulatory state*”³⁶²; el segundo es un artículo de N. Dubash y B. Morgan , llamado “*Understanding the rise of the regulatory state of the south*”³⁶³ es un interesante intento por proponer una versión Latinoamericana del Estado regulador.

a) El enfoque Jordana (2011)

Jordana sostiene que en la formación del Estado regulador en América Latina podría distinguirse tres etapas.

La primera encuentra sus raíces a mediados del Siglo XIX, pero consolida su

³⁶⁰ TIROLE, J. 2017. La Economía del Bien Común. Madrid, Editorial Taurus, p. 187.

³⁶¹ LEVI- FAUR, D. 2013. Ob. cit. pp. 29-50.

³⁶² JORDANA, J. 2011. The institutional development of the Latin American Regulatory state. En: LEVI-FAUR, D. (Edit.) The Handbook on the Politics of Regulation. Edward Elgar, Cheltenham.

³⁶³ DUBASH, N. y MORGAN, B. 2012. Understanding the rise of the Regulatory State of the South. Regulation and Governance (6): pp. 261-281. Una versión en español, similar al texto referido, véase en MORGAN, B. 2014. La trayectoria del Estado regulador en los países del sur. Revista del CLAD Reforma y Democracia (60): 2014, pp. 5-26.

formación ya avanzando el siglo siguiente. Por ello, este autor sostiene que habría dos períodos en la fase originaria de esta noción en América Latina. La primera, tiene que ver con la idea que “el surgimiento del Estado regulador en América Latina no se deriva de la ola de privatizaciones en la década de los noventa. Ya durante el siglo XIX podemos documentar casos pertinentes de regulación pública, cuando muchos países empezaron a elaborar normas con el fin de mejorar el desarrollo de algunos mercados específicos, o para prevenir riesgos significativos”.

La segunda, sostiene Jordana, se produce “(...) a principios del siglo XX, la mayoría de los países de la región desarrollaron un importante número de innovaciones regulatorias, con el fortalecimiento de la intervención estatal. La presencia del Estado en los bancos centrales, la elaboración de nuevas leyes bancarias, la creación de nuevas agencias reguladoras, fueron iniciativas que se expandieron en la región durante el período de entreguerras. Además, durante la época de sustitución de importaciones, a partir de los años treinta, las actividades de regulación se hicieron más importantes en la región, en la medida en que la intervención gubernamental alcanzó intensamente a muchos sectores económicos”³⁶⁴.

Finalmente, la tercera y final, y que caracteriza a esta noción en la categoría de “Nuevo Estado Regulador”³⁶⁵ “comenzó a construirse en la región durante la década de los noventa fue también un enorme desafío.

El aumento repentino en la creación de instituciones reguladoras en América Latina durante el período más reciente fue una respuesta impresionante. Además, se introdujeron diseños innovadores de regulación en muchos sectores, a menudo muy sofisticados y técnicamente bien diseñados. Estos cambios supusieron un impacto significativo en la formulación de políticas, desafiando en cierta medida el papel de las instituciones políticas tradicionales. Paralelamente a la creación de nuevas instituciones reguladoras, la actividad normativa también se expandió en la región, y la apertura de los mercados al comercio exterior y la competencia externa también disparó la introducción de nuevas regulaciones en

³⁶⁴ JORDANA, J. 2011. El desarrollo del Estado Regulador en América Latina, p. 43.

³⁶⁵ El destacado es nuestro.

diferentes sectores productivos”.

A partir de este trabajo, Jordana plantea una propuesta conceptual, describiendo al estado regulador como “el fruto de la capacidad pública para supervisar y regular las actividades económicas en el ámbito privado, no sólo con el objetivo de aumentar su eficiencia y reducir las externalidades negativas, sino también para intervenir en el control y la prevención de los riesgos para la población, derivados de las actividades económicas y políticas. El Estado regulador no es un invento neo-liberal; en este sentido, puede ser también muy activo en un contexto neo-mercantilista, con el objetivo de definir y orientar fuertemente las actividades económicas, interrelacionándose con un modelo de Estado desarrollista”.

b) El enfoque Dubash/Morgan (2012)

Bronwen Morgan y Navroz K. Dubash escribieron en el año 2012 un trabajo titulado “*Understanding the rise of the Regulatory State of the South*”³⁶⁶. En este trabajo, los autores establecen que hay tres rasgos distintivos en el modo como se ha implementado la lógica del Estado regulador en los países de Sudamérica.

Como el primero de estos rasgos, Morgan y Dubash, creen que la innovación institucional de las agencias reguladoras y la infraestructura normativa que siguió a ese proceso es el fruto de poderosas presiones externas, ejercidas en especial por organismos financieros internacionales. Estos autores sostienen que, estas presiones generaron un involucramiento incompleto y una insuficiente incorporación y asentamiento de estas agencias dentro del contexto político e institucional de nuestros países.

Un segundo rasgo, es la intensidad de las políticas redistributivas que ha caracterizado a estos países, y que se produce – según afirman – en entornos en que la infraestructura de servicios es de muy mala calidad, e incluso inexistentes. Así, concluyen estos autores, las políticas de distribución resultantes, pasarían ahora a estar en manos de

³⁶⁶ DUBASH, N. y MORGAN, B. 2012. *Understanding the rise of the Regulatory State of the South*; *Regulation & Governance* (6): pp. 261-281.

otros actores, como los tribunales y la sociedad civil. Y así, creen Dubash y Morgan, que “la regulación es demasiado importante para ser dejada sólo en manos de reguladores”.

Como una tercera característica que resaltan Dubash y Morgan, destaca la limitada capacidad estatal de los países del Sur, por lo que debieran estudiarse unas dimensiones más “delgadas” o “gruesas” de estos esquemas de estado.

En mi opinión, una de las nociones interesantes en la propuesta teórica de Dubash y Morgan, y que también importa para el Derecho, es la noción de trasplante.³⁶⁷ En efecto, Dubash y Morgan sostienen que una de las preguntas relevantes que se debe formular en este punto consiste en inquirir acerca de la influencia externa en la trayectoria de este “estado Regulador del Sur”. Por ello, parece conveniente plantearse: ¿cuándo el cambio institucional es impulsado por presiones e influencias externas, de qué manera se altera el soporte teórico del estado regulador?

Estos autores toman como una base de comparación la adopción del modelo de agencias reguladoras en los países del Norte, en cuya aplicación ven una particularidad. Ello, porque en los países “del Sur”, el proceso de definir el propósito institucional, el diseño y la práctica a través de los procesos políticos nacionales se atenúa o incluso se prescinde completamente.

Como un efecto, señalan estos autores, se trasplanta la forma institucional de la agencia reguladora independiente, pero sin entendimientos comunes entre los actores políticos de su propósito o de la viabilidad de la implementación. Así, y usando una metáfora cruda, Dubash y Morgan postulan que las agencias reguladoras de los “países del Sur”, tienen más probabilidades de comenzar como cáscaras institucionales relativamente huecas, que están pobladas por expectativas, normas de práctica institucional y reglas y culturas operacionales a lo largo del tiempo.

Desde mi perspectiva, la propuesta de Dubash y Morgan puede ser estudiada conforme a tres puntos de vista. La primera, es que está arraigada en el análisis de lo que se llama en el mundo anglosajón *International Political Economy (IPE)*, y que puede definirse

³⁶⁷ Ob. cit. pp. 261 -216.

como “ el estudio de cómo los intereses económicos y los procesos políticos interactúan para modelar las políticas de gobiernos”³⁶⁸ En segundo lugar, esta perspectiva desarrollada por Dubash y Morgan me parece que puede acertar en términos de las causas mediatas que generaron la adopción de algunas reformas institucionales, a instancias del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional, conocidos también en el ámbito de IPE como “SAP’s” (*Structural Adjustment Programs*)³⁶⁹. En tercer lugar, la noción sobre el trasplante del modelo de agencias anglosajón a América Latina debe ser evaluada con matices, que me parece también revela alguna contradicción en la postura.

Los llamados “países del Sur” revelan sus particularidades en materia de diseño de agencias reguladoras; baste comparar, por ejemplo, el modelo de supervisión colombiano en materia de mercado de capitales, con el modelo chileno, hoy en transición desde la Superintendencia de Valores y Seguros hacia la Comisión para el Mercado Financiero. Si hay algo que creo, ha dado forma a diversos modelos y sus implementaciones, ha sido precisamente las peculiaridades culturales de cada país, lo cual no ha permitido un trasplante institucional desgarrador. Ese ha sido el caso de Chile.

4. Hacia una noción sobre el Estado Regulador chileno

Como ya se ha visto, la pregunta es válida para Latinoamérica³⁷⁰ y corresponde entonces hacerse cargo de la posibilidad de que exista un contenido conceptual de Estado regulador coherente con la realidad de Chile.

En Chile, la noción de “Estado regulador” surge a principios de la década de 1990 como una denominación que identifica el proceso posterior a las privatizaciones que se

³⁶⁸ OATLEY, T. 2004. *International Political Economy. Interests and Institutions in the Global Economy*. New York, Editorial Pearson Education, p.3.

³⁶⁹ Sobre SAP’s, ver MENDES, J. 2013. *The World Bank and the political construction of the structural adjustment programs in the 1980’s*. *Revista Brasileira de Historia* 33(65): 1-25:

³⁷⁰ LEVI-FAUR, D. y JORDANA, J. 2005. *¿Hacia un Estado Regulador Latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores*. *Documentos CIDOB, serie América Latina* (7): 1-52.

iniciaron a partir de mediados de los años setenta³⁷¹. Es tal el impacto que dicha noción ha generado en la doctrina que incluso se afirma por algunos autores que se trataría de una “era” del estado regulador³⁷².

En la evolución de las instituciones chilenas, puede afirmarse, a partir de lo señalado por Gárate, que el estado regulador en Chile es una fase posterior al llamado Estado Empresario, situada entre 1930 y 1985, con la segunda ronda de privatizaciones del gobierno de la Junta Militar³⁷³. Por su parte, a esta fase de “Estado Empresario” Bravo Lira la denomina “Estado Interventor” situándola entre los años 1924 a 1973³⁷⁴. Este historiador afirma que un rol fundamental en la articulación de este “Estado Interventor” se generó durante la presidencia del general Carlos Ibáñez del Campo (1927-1931), y luego, citando a Silva Vargas, concluye que se aprecia una transformación del Estado en “(...) gente del desarrollo económico-social, la transformación de mayor envergadura en la historia chilena del siglo XX”.

Una clara importancia también le otorga a la implementación de lo que denomina “aparato paraestatal”, definido como “(...) una compleja gama de instituciones que van desde semifiscales y de administración autónoma hasta empresas del Estado no dependientes de los ministerios. A diferencia de las estatales, estas entidades se relacionan con el presidente a través de un ministerio, pero suelen contar con un consejo directivo propio, compuesto por representantes del Estado y organizaciones intermedias, tanto de empresarios como de asalariados”³⁷⁵.

Este período, claro está, constituyó “años en que los industriales se beneficiaron de las barreras arancelarias y las restricciones cambiarias que los protegieron, en tanto que la Corfo fue la institución que hizo realidad sus aspiraciones económicas y jugó un papel de

³⁷¹ MUÑOZ, O. 1996 (Ed.) Después de las privatizaciones. Hacia el estado Regulador. Santiago, Cieplan/Dolmen Ediciones. También, GARATE, M. 2014. La revolución Capitalista de Chile (1973 -2003). Tercera Edición. Santiago, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, pp. 260 y ss.

³⁷² BALDWIN, Robert, CAVE, Martin y LODGE, Martin. 2012. Understanding Regulation. Theory, Strategy and practice. Oxford, Oxford University Press, p. 373.

³⁷³ GARATE, M. 2014 La revolución Capitalista de Chile (1973 -2003). Santiago, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Tercera edición. p. 308.

³⁷⁴ BRAVO, B. 2016 Una historia jamás contada. Chile 1811-2011. Cómo salió dos veces adelante. Origo Ediciones, Santiago; pp. 300 y ss.

³⁷⁵ Ob. cit. pp. 312 y 313.

fuerza de crédito.”³⁷⁶ No hay que olvidar que, durante este período de estado interventor, el rol de las dos misiones técnicas que visitaron Chile (Misión Kemmerer en 1925 y Misión Klein & Saks en 1955).

La primera tuvo un rol más acentuado en las recomendaciones sobre diseños institucionales, mientras que la segunda tenía por objeto asesorar en un plan de estabilización económica, aunque “(...) siguiendo su experiencia en Perú, propusieron reorganizar la administración pública, exagerada en tamaño e ineficiente en los servicios que entregaba”³⁷⁷. Finalmente, agrega Bravo, se produce entre el Golpe de Estado y el año 1990 un proceso de redimensionamiento del estado³⁷⁸.

Mi impresión, sobre ambas categorías conceptuales, es que eventualmente podría existir un “Estado Empresario”, sin que necesariamente ello sea sinónimo de un “Estado interventor”, de acuerdo a la expresión que indica el profesor Bravo Lira. Prueba de ello es que, en la realidad chilena actual, se puede delinear claramente un “Estado Regulador”, pero con atisbos o características de un “Estado Empresario”, por ejemplo, en el diseño de gestión del actual Sistema de Empresas estatal (SEP)³⁷⁹.

Sobre este punto, los profesores Javier Tapia y Desmoina Mantzari afirman que “(...) el reconocimiento de que los mercados no son la antítesis de la regulación, y que esta involucra una pluralidad de actores, ha sido tratada exhaustivamente por la literatura contemporánea de ciencia política. Desde la aparición del estado regulador, a la regulación descentralizada y nodos de gobernanza, diferentes caracterizaciones han intentado tipificar

³⁷⁶ CASTRO, J.; CORTES, M.; DUCHENS, M.; LARIOS, G.; SAN FRANCISCO, A.; SOTO, A. 2016. Historia de Chile. 1960 – 2010. CEUSS, Santiago, p. 206.

³⁷⁷ CASTRO, J.; CORTES, M.; DUCHENS, M.; LARIOS, G.; SAN FRANCISCO, A.; SOTO, A. 2016. Historia de Chile. 1960 – 2010. CEUSS, Santiago, p. 223.

³⁷⁸ BRAVO, B. 2016. Una historia jamás contada. Chile 1811-2011. Cómo salió dos veces adelante. Origo Ediciones, Santiago; p. 380.

³⁷⁹ El SEP (Sistema de Empresas) es un organismo técnico asesor del Estado, en relación a la evaluación de la gestión y del gobierno corporativo de las empresas del sector estatal, que se relacionen con el Gobierno a través de los distintos Ministerios y siempre que sea expresamente requerido para ello. Los mercados en los cuales operan estas empresas estatales son portuario, transportes y servicios [en línea] <<http://www.sepchile.cl>> [consulta: 11 noviembre 2016].

lo que es gran medida el mismo fenómeno: que la presencia del Estado no ha disminuido. Y así, esta idea ha sido resumida en el concepto de “capitalismo regulatorio”³⁸⁰.

Como ya se ha hecho mención, la llamada doctrina *New Public Management* (NPM) es la denominación de una tendencia que ha tenido especial y dominante influencia en el diseño de agencias reguladoras tanto en Estados Unidos, Europa³⁸¹, Medio Oriente³⁸², y algunos países en América Latina, tales como Chile. Sus fundamentos mediatos, entre otros, se encuentran en la denominada Teoría de Elección Pública (*Public Choice*) sostenida, en sus orígenes, por el economista y Premio Nobel de 1986 James Buchanan; un gran papel le ha correspondido en este orden a los llamados SAP's (*Structural Adjustment Programs*) difundidos por organismos económicos internacionales, particularmente a mediados de la década 70.

Respecto del primer elemento, el propio Buchanan ha señalado que *Public Choice* “es una perspectiva política que surge como una extensión o aplicación de las herramientas y métodos de los economistas a la formación colectiva de las decisiones”³⁸³.

Mathis (2014) señala que “(...) la teoría económica de la burocracia puede ser vista como un elemento esencial que subyace el desarrollo de *New Public Management*, la cual recomienda que la administración del Estado debiera trabajar más orientada a la gestión, los resultados y el desempeño, como también en forma más autónoma. Así, NPM es entendido como una transferencia de principios de mercado, particularmente la conciencia sobre los costos, una mentalidad enfocada en la eficiencia, orientación al cliente, dentro de la esfera de la administración pública”. Este mismo autor afirma que NPM no constituye en sí misma una disciplina específica o “(...) un modelo auto suficiente de organización administrativa o

³⁸⁰ TAPIA, J. y MANTZARIS, D. 2013. *The Regulation/Competition Interaction*. EN: Damien Geradin & Ioannis Lianos (Ed.), *Handbook on European Competition Law*, Edward-Elgar.

³⁸¹ Por ejemplo, en Rumania y Suecia, MATEI, L. y MIRSEA, O. 2014. *Implementation guidelines of the new public management. cases of Romania and Sweden*. *Procedia-Social and Behavioral Sciences* 143: pp. 857-861.

³⁸² NASRALDEN, K. 2016 *New public governance in Saudi cities: An empirical assessment of the quality of the municipal system in Jeddah*. *Habitat International* 51: pp. 114-123.

³⁸³ BUCHANAN, J. 2000. *The Collected Works of James M. Buchanan*. Vol. 13. *Politics as Public Choice*. Liberty Fund, Indianapolis, p.15. La frase es: “Is a perspective on politics that emerges from an extensión – application of the tools and methods of the economist to collective or nonmarket decisión- making”.

gestión, sino que es un concepto paraguas que reúna diferentes líneas de argumentación para reformas administrativas, basadas en ideas de administración de negocios y la economía”³⁸⁴.

Algunos de los elementos cruciales de NPM son: la orientación a las necesidades del ciudadano como cliente; orientación a eficiencia y efectividad; separación de las competencias operativas y estratégicas; evaluación de productos; promoción de la competencia e incentivos de desempeño; evaluación integral de impacto.

En Chile, y en otros países de habla hispana, este enfoque se ha denominado “Nueva Gestión Pública”, y según algunos autores en el medio nacional, este constituiría un paradigma que “adopta el supuesto del comportamiento racional de los funcionarios de gobierno y recomienda aumentar los mecanismos de control e introducir sistemas de pago por desempeño para mejorar la eficiencia en las acciones de gobierno. Basada en el gerencialismo, la Nueva Gestión Pública asume que para mejorar la gestión es necesario otorgar mayor flexibilidad y autonomía a las agencias y altos directivos”³⁸⁵.

Uno de los efectos que ha generado la influencia de NPM en la configuración del Estado Regulador es que “en numerosos países, el número de agencias se ha incrementado fuertemente a partir de los años 80’s. De acuerdo a esta doctrina, la cual se ha propagado extensivamente entre los 80’s y principios de los años 2000 a través de varios organismos (OECD, IMF, WB y algunos anexos a la UE), la desmembración de grandes y monolíticas burocracias gubernamentales en agencias pequeñas, dóciles y más orientadas al ámbito de los negocios, mejoraría la calidad y la eficiencia de las intervenciones de los gobiernos”³⁸⁶.

³⁸⁴ MATHIS, K. Cultures of Administrative Law in Europe: From Weberian Bureaucracy to “Law and Economics”. En: MATHIS, K. (Edit.) 2014 Law and Economics in Europe: Foundations and Applications, Heidelberg, Springer, pp. 158-159.

³⁸⁵ MORALES, M. 2014. Nueva Gestión Pública en Chile. Orígenes y efectos. Revista de Ciencia Política 34(2): p. 418.

³⁸⁶ VERHOEST, K.; VAN THIEL, S.; BOUCKAERT, G.; LAEGRIED, P. 2012. Ob. cit.

5. Las crisis económicas y su impacto en el Estado Regulador

Hay un aspecto fundamental que ha marcado, a mi juicio, un claro “re ordenamiento” en la noción de Estado regulador, y que arranca de los efectos que provocan las crisis económicas, sobre todo en sus impactos globales. Una prueba de ello es que, la idea de “*macroprudential regulation*” como una consecuencia concreta de esta realidad, en torno al control de los llamados riesgos sistémicos. Un ejemplo concreto de ello es la implementación en nuestro sistema jurídico de la Comisión para el Mercado Financiero.

La crisis financiera global que se inició en el año 2007 en Estados Unidos, y que luego se extendió por varios países del orbe, generó un impacto relevante en el modo de actuación de entidades reguladoras. Según un breve, pero asertivo relato de Ho, Palacios y Stoll, entre los años 2007 a 2009, el mundo sufrió la más devastadora crisis financiera y del sistema de créditos, desde la gran depresión de 1929. Las más grandes instituciones financieras prácticamente desaparecieron o fueron adquiridas (por ejemplo, Bear Stearns, Lehman Brothers, Merrill Lynch) mientras que otras pudieron sobrevivir, sólo porque hubo una fuerte decisión de rescatarlas, tanto por parte de la Reserva Federal como por la Secretaría del Tesoro (tales fueron los casos de AIG o Citigroup). Sin embargo, pareciera ser que la opacidad del sistema de hipotecas *subprime* y el colapso de ese mercado de garantías hipotecarias fueron los grandes responsables del desastre financiero, aunque también existen otros componentes del sistema financiero que manifestaron debilidades o fallas graves. Tal fue el caso de los instrumentos derivados “*swaps*” crediticios en particular; el colapso de los mercados interbancarios de dineros que operaron sin una adecuada o real evaluación o calificación de riesgos por las firmas que se dedicaban a ese negocio y, por cierto, las llamadas GSEs (*Government-Sponsored Enterprises*) como Fannie Mae y Freddie Mac, que tomaron riesgos más allá de lo razonable e igualmente debieron ser rescatadas³⁸⁷.

En ese contexto de secuelas de fallas regulatorias que dejó la referida crisis, el desempeño de los reguladores ha estado bajo un creciente escrutinio, con frecuentes llamados a fortalecer los mecanismos que aseguren transparencia y responsabilidad³⁸⁸.

³⁸⁷ HO, T; PALACIOS, M. y STOLL, H. 2013 *Dynamic Financial System: Complexity, Fragility and Regulatory Principles*. Topics in Financial Intermediation. New York, New York University, Salomon Center.

³⁸⁸ OECD 2014. *The Governance of Regulators, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*, OECD

Un reconocido autor italiano, Giulio Napolitano, ha sostenido que “cualquier gran crisis económica o financiera tendrá un profundo impacto sobre el rol del Estado y en las reglas de Derecho Administrativo y sus instituciones”. En el caso de la gran Depresión iniciada en 1929, afirma Napolitano, el impacto fue de tal magnitud que afectó las –por él denominadas– dos fases del Derecho Administrativo: la primera, aquella que “se ocupa del rol del Estado y sus prerrogativas, dando legitimación a un amplio sistema de comando y control y a la provisión directa de bienes y servicios. La segunda, se refiere a los códigos de conducta de las agencias administrativas y los esfuerzos por ofrecer garantías a los ciudadanos”³⁸⁹.

Prueba de ello, ha sido la abundante literatura³⁹⁰ que hasta la fecha se ha escrito con el fin de analizar las causas y efectos de esa crisis financiera internacional, pues claramente no se trata de un hecho que pudiera calificarse como enteramente económico.³⁹¹ En varios casos, esos textos señalan, a través de las opiniones de diversos autores, al problema regulatorio como uno de sus causas relevantes. Entre varias aproximaciones a esta crisis

Publishing. [en línea] <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264209015-en>> [consulta: 13 noviembre 2016]. El reporte señala: “in the aftermath of regulatory failures linked to the financial crisis, the performance of regulators has come under increasing scrutiny, with calls to strengthen mechanisms to ensure transparency and accountability”.

³⁸⁹ NAPOLITANO, G. 2010 The role of the State in (and after) the financial crisis: new challenges for administrative law; En: ROSE –ACKERMAN, S. y LINDSETH, P. (Eds.) *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, p. 569.

³⁹⁰ Entre otros: POSNER, R. 2009. *A failure of Capitalism*. Cambridge, Harvard University Press; POSNER, R. 2010. *The Crisis of Capitalist Democracy*. Cambridge, Harvard University Press; KRUGMAN, P. 2009. *The Return of Depression Economics and the crisis of 2008*, New York, W.W. Norton Company; FINANCIAL CRISIS INQUIRY COMMISSION. 2011. *United States of America. The Financial Crisis Inquiry Report*, Washington D.C. U.S Government Office; FRIEDMAN, J. y KRAUS, W. 2011. *Engineering the Financial Crisis. Systemic Risk and the failure of regulation*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press; GOODHART, C. 2009. *The Regulatory Response to the Financial Crisis*, Cheltenham, Edward Elgar; PAULSON, H. 2010. *On the Brink. Inside the tace to stop the collapse of the Global Financial System*. New York, Business Plus; RAJAN, R. 2010. *Fault Lines. How hidden fractures still threaten the world economy*, Princeton, Princeton University Press. En Chile, destaque, CLARO, S. y GREDIG, F. 2010. *La pregunta de la Reina. Lecciones de la primera crisis económica del siglo XXI*. Santiago, Pearson Prentice Hall. Sobre el rescate de instituciones hipotecarias, FRAME, S.; FUSTER, A.; TRACY, J.; VICKERY, J. 2015. *The rescue of Fannie Mae and Freddie Mac*. *The Journal of Economic Perspectives* 29(2): pp. 25-52.

³⁹¹ SCHUMPETER, J. 1944. *Teoría del desenvolvimiento económico*. México D.F., Fondo de Cultura, p. 23. “El proceso social es un todo indivisible. Con su mano clasificadora, el investigador saca de una manera artificial de su gran corriente los hechos económicos. La designación de un hecho como económico supone ya una abstracción, la primera de las muchas que nos imponen las condiciones técnicas de la copia mental de la realidad. Un hecho no es nunca pura o exclusivamente económico, pues existen siempre otros aspectos, que a menudo son más importantes”.

destaca la que plantea desde el mundo del Derecho, Richard Posner, en su libro “*A failure of Capitalism*”.

Posner sostiene que, en una primera visión, el proceso de desregulación fue una causa fundamental en el desarrollo de la crisis, provocando un colapso de la normativa financiera, que generó una falla en el sistema de mercado, implicando un alto costo social, pérdidas millonarias para agentes, consumidores y Estados, y generando, al mismo tiempo, un severo juicio de descrédito a la profesión de economista³⁹². Es que, en la práctica, “(...) se demostró que la ausencia de una regulación, de mecanismos de control *ex ante* y de una Administración dotada de poderes y recursos suficientes podía desembocar en desastres financieros que han repercutido en la economía real”³⁹³.

En este orden de ideas, Posner afirma que la desregulación “usualmente se refiere al cambio de marco regulatorio en la dirección de relajar controles sobre las firmas reguladas en orden a generar más libertad y competencia en los mercados”³⁹⁴.

Para explicar este concepto de desregulación, Posner –quien es uno de los más destacados exponentes de la versión fundacional del Análisis Económico del Derecho– cree necesario establecer una distinción entre “marco regulatorio” (*regulatory framework*) y “régimen regulatorio” (*regulatory regime*)³⁹⁵. Por el primero, se entiende “las leyes que establecen los poderes y límites del cuerpo regulatorio”, y por el segundo, “la actual administración del esquema regulatorio, el cual involucra el ejercicio de discrecionalidad oficial dentro de los límites del marco legal”. En este sentido, y a partir de estas observaciones, se puede entender que sean tareas primordiales del Derecho, la definición

³⁹² Sobre valoración del trabajo de los economistas en un contexto de post crisis, FOURCADE, Marion; OLLION, Ettiene; ALGAN, Yann. The Superiority of Economists. 2015. The Journal of Economic Perspectives 29(1): pp.89-113.

³⁹³ CUBERO, J. 2011. Regulación, Iniciativa pública económica y Libre Competencia. Hacia un modelo sin inmunidades. Revista de Administración Pública, Madrid (184): pp. 121-156.

³⁹⁴ POSNER, R. 2009. *A failure of Capitalism*, Cambridge, Harvard University Press, p. 292.

³⁹⁵ LEVI-FAUR, D. (2010) Regulatory Networks & Regulatory Agentification: Toward a Single European Regulatory Space?. *Jerusalem Papers in Regulation & Governance* (30): pp. 1-36. Este es un trabajo sobre la institucionalización de regímenes regulatorios.

tanto de un “*regulatory framework*”³⁹⁶ y de “*regulatory regimes*,” como también la asignación y definición de órganos y potestades, y su evaluación de eficacia y eficiencia.

Provisoriamente, de acuerdo a esta distinción, habrá que situar, entonces, el lugar de las agencias en el ámbito de un “régimen” regulatorio.

La noción de “*regulatory regimes*” cobra importancia en un contexto en que puede ser entendida como un producto específico de reguladores que compiten por ofrecer este “bien”. Hay que señalar también que esta distinción formulada por Posner ha sido estudiada por Peter May, afirmando que “(...) un régimen regulatorio comprende una estructura institucional y asignación de responsabilidades para llevar a cabo las acciones regulatorias”³⁹⁷. Este autor distingue tres clases de regímenes: (a) regulación prescriptiva; (b) regulación basada en sistema; (c) regulación basada en *performance*.

La doctrina considera que existe un marco conceptual sustentado en categorías específicas que se arraigan en procedimientos que llevan a cabo estas entidades. Estas categorías son la adjudicación (*adjudication*) y la potestad de dictar reglas (*rulemaking*).³⁹⁸ Sobre estas dos potestades, la tesis ha discurrido, a partir del modelo sugerido por el profesor Asimow. Estos “*regulatory regimes*” comprenderían estándares, mecanismos de recolección de información y actividades de enforcement³⁹⁹.

El relato de Posner continúa –en términos de identificar entre varias causas de la crisis– algo que él denomina laxitud regulatoria⁴⁰⁰ que resulta interesante analizar, y que será explorada más adelante a propósito de como un diseño adecuado de agencias puede

³⁹⁶ Por ejemplo, se aplica también esta expresión “*regulatory framework*” en conjunto con “*institutional framework*” para explicar diseños institucionales y normativos de ciertos mercados. COFFEE, J; SELIGMAN, J.; SALE, H. 2007. *Securities Regulation*. New York, Thomson West, pp. 1 y ss.

³⁹⁷ MAY, P. 2007. *Regulatory Regimes and accountability*. *Regulation and Governance* (1): p.9.

³⁹⁸ STRAUSS, P.; RAKOFF, T. y FARINA, C. 2003. *Administrative Law. Cases and Comments*. Décima Edición. New York, Foundation Press, p. 238.

³⁹⁹ BALDWIN, R.; CAVE, M. y LODGE, M. 2012. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. New York, Oxford University Press, p. 356.

⁴⁰⁰ POSNER, Richard. *Is capitalism in crisis?* [en línea] <<http://www.becker-posner-blog.com/2012/02/is-capitalism-in-crisis-posner.html>> [consulta: 29 octubre 2017]. La expresión de Posner es “*regulatory laxity*”.

disminuir los riesgos de ésta⁴⁰¹. Una expresión similar a laxitud, esto es, “laxismo”, emplea el Premio Nobel Jean Tirole para explicar una causa no sólo de esta crisis, sino de muchas⁴⁰².

Algo que sí resulta claro, del examen de estos textos, es que la crisis financiera de 2008 generó, en algún sentido, la demanda por parte de los gobiernos por unos mejores estándares de solidez jurídica en el funcionamiento de los mercados y en el diseño regulatorio –normativas, procedimientos y agencias– que a su vez estén en condiciones de adecuar el dinamismo y eficiencia de los mismos, generando más transparencia y resguardo de la fe pública.

Como ya se ha afirmado, una revisión somera de los rasgos generales sobre el entorno posterior a la crisis financiera de 2008, permite sostener que ella generó, a nivel global, un cambio en el modo de analizar la regulación económica, tanto desde la perspectiva del Derecho, la Economía y las políticas públicas, lo cual obliga a hacerse cargo de las realidades que debe asumir el Estado en su función regulatoria económica, posterior a ese suceso. Una de las consecuencias de este fenómeno se manifestó en que, tanto agentes de mercado como reguladores, debieron adecuar y adaptar procedimientos y normativas a este nuevo entorno de supervisión económica. En ese contexto, es necesario examinar diseños e instrumentos, como en el caso de Chile es el modelo de agencias regulatorias –básicamente construido sobre instituciones llamadas Superintendencias– caracterizado, entre otros rasgos, por su relación directa con el Poder Ejecutivo.

Por ello es que la falla de los mecanismos regulatorios en el ámbito financiero, en orden a anticipar o prever la crisis en 2007 o 2008 generó una gran oportunidad para ampliar la discusión acerca del futuro del Estado Regulador. Aunque inicialmente fue vista como una crisis PARA la regulación, esta llegó a ser comprendida como una crisis DE la regulación⁴⁰³ (subrayados nuestros).

⁴⁰¹ Por ejemplo, GALLI, G. y MINGARDI, A. 2009. Lax regulation didn't cause the crisis. Wall Street Journal [en línea] <<http://www.wsj.com/articles/SB123317869729325843>> [consulta: 13 septiembre 2016]. Valga también la explicación: “There are grounds for concluding that insufficient, or at least, inefficient, regulation contributed to the crisis. In the housing market in particular there were arguably regulatory mistakes”. Véase en CLINE, W. 2010. Financial Globalization, Economic Growth, and the Crisis of 2007-2009. Washington DC, Peterson Institute for International Economics, pp. 291-292.

⁴⁰² TIROLE, J. 2017. La Economía del Bien Común. Madrid, Editorial Taurus, p.351. La cita es: “Las crisis tienen con frecuencia su origen en el laxismo de los periodos venturosos”.

⁴⁰³ FITZPATRICK, P. 2016 op. cit. p.17

La crisis también ha generado algún interés para su comprensión jurídica en el ámbito del Derecho Comparado pues, en general, la cuestión incluye elementos que la hacen óptima para un análisis desde esta perspectiva: puntos de partida de la crisis, comunes a muchos estados, la internacionalidad de este proceso, la diversidad de soluciones políticas y jurídicas con resultados diversos, y la pertenencia de algunos estados afectados a estructuras supranacionales.⁴⁰⁴ A partir de este diagnóstico, la crisis fue claramente un fenómeno global en razón de las relaciones intrínsecas de los mercados financieros, por lo que sus efectos fueron sistémicos. Fruto de ello, es que se ha generado consecuencias atractivas desde el punto de vista jurídico, según da cuenta De la Sierra : “(...) se ha producido la integración de conceptos de manera habitualmente acrítica en las mismas instituciones (la propia noción de austeridad, por ejemplo, o el término pretendidamente técnico de ‘reformas’); ha tenido lugar una cierta mutación constitucional encubierta –o no– en la medida en que determinados principios, como el de eficiencia, han pasado a ocupar un lugar preeminente en la interpretación y aplicación del derecho; en general, los conceptos económicos han pasado a vertebrar el sistema jurídico; y todo ello ha redundado en un papel protagonista de las personas e instituciones con sello económico en detrimento de otros sujetos. Así, los técnicos han pasado a dominar el sistema (...). La crisis ha sido un detonante para una nueva comprensión del Derecho”⁴⁰⁵.

4. ¿Cómo contribuye una noción actual del Estado Regulador a una mejor comprensión de los modelos de agencias?

En su clásico texto de 1990, llamado *“Innovation, Creativity and the Law”*, el profesor irlandés William Kingston plantea la siguiente afirmación: “la actividad artística comienza con la propia visión del mundo por parte del artista, y puede ir más allá de la mera

⁴⁰⁴ DE LA SIERRA, S. 2016. Límites y utilidades del Derecho Comparado en el Derecho Público. En particular, el tratamiento jurídico de la crisis económico-financiera. *Revista de Administración Pública*, Madrid (2019): p. 87.

⁴⁰⁵ DE LA SIERRA, S. 2016. Límites y utilidades del Derecho Comparado en el Derecho Público. En particular, el tratamiento jurídico de la crisis económico-financiera. *Revista de Administración Pública* (201): p. 89.

percepción de un posible replanteamiento del mundo tal como lo conocía anteriormente”⁴⁰⁶.

En este sentido, cabe entonces preguntarse si es posible un “nuevo *arreglo*” del Estado regulador. Ciertamente, este es uno de los objetivos de la tesis, al explorar la posibilidad de una nueva configuración del Estado regulador. Esta es una materia que es admitida en la discusión pública, no solo en Estados Unidos y Europa, sino que también en Chile.

Los profesores Luis Cordero y José Francisco García han analizado de manera acuciosa y certera las implicancias que genera el modelo de superintendencias dentro de la estructura del Estado Regulador chileno. Su análisis es, en la doctrina chilena, un punto de vista reconocido, legitimado y, a mi juicio, acertado respecto de este tópico.

Más recientemente, Cordero y García⁴⁰⁷ han sostenido que los esfuerzos que Chile ha desarrollado en aras de reconfigurar, no sólo la noción, sino que la infraestructura del Estado Regulador, han sido importantes. Y en atención a ese diagnóstico, sostienen que explican que ha sido, precisamente ese esfuerzo, el que ha robustecido un consenso en torno a dos cuestiones: (a) fortalecimiento de la autonomía de los órganos reguladores, y; (b) mejorar la calidad, transparencia y espacios de participación en la definición de reglas sobre el funcionamiento de mercados, o bien el diseño de agencias.

Este diagnóstico, a nuestro juicio es correcto, e identifica dos prioridades que son atendibles, y que, desde luego, revelan un proceso lógico en la trama regulatoria; esto es, ocuparse de diseños y las cuestiones relativas a éste, para luego avanzar en la calidad de aquellos productos que emanan de esos entes estructurados, conforme a un modelo específico.

En este orden de cosas, me parece que los profesores Cordero y García sitúan, en primer lugar, la cuestión de autonomía (parte del diseño) y luego, como consecuencia de lo

⁴⁰⁶ KINGSTON, W. 1990. *Innovation, Creativity and the Law*. Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, p.7. El texto original es: “Artistic activity begins with the artist's own vision of the world, and it can go beyond mere perception of a possible re-arrangement of the world as it was previously known to him”

⁴⁰⁷ CORDERO, L. y GARCIA, J. 2017. Repensar nuestro Estado Regulador. *El Mercurio*, 29 Julio 2017, A2.

anterior, la cuestión sobre calidad, transparencia y participación (parte de los efectos del diseño).

Concuero también con los profesores Cordero y García, en orden a superar ese sesgo permanente que la discusión pública revela, acerca sobre el tamaño del Estado. Sin embargo, el matiz que deseo plantear en torno al análisis de Cordero y García está en cómo se vincula el tamaño del Estado a la opción de “agencificar” los problemas públicos, “omitiendo otras cuestiones esenciales como la calidad y efectividad de las reglas que dictamos”⁴⁰⁸.

Estoy de acuerdo en que la discusión sobre el tamaño del Estado puede ser válida, pero admite gradualidad. Tiendo a pensar que la cuestión del tamaño del Estado, suele ser similar a la discusión sobre tamaño de empresas, en una visión antigua –al estilo de la Sherman Act– del Derecho de la Libre Competencia, a otra más actual, centrada antes que, en dimensiones, en conductas específicas. Sin embargo – y puede que ser que García y Cordero aprecien cómo el debate actual podría inclinarse excluyentemente hacia el elemento “agencias” – mi concepción es que un elemento no puede excluir al otro.

Comprendo que una irrefrenable pasión por la dimensión orgánica de la cuestión regulatoria puede llevar a postergar la dimensión posterior, pero al menos desde la perspectiva de este trabajo, el factor institucional determinará esencialmente cuál es el producto normativo, fiscalizador o sancionatorio que emane de una determinada entidad.

También es relevante, en la perspectiva de estos autores, su apreciación en cuanto a que no basta con diseñar agencias con “*empowerment*” regulatorio, normativo, fiscalizador y sancionatorio, sino que “su ejercicio esté sujeto a análisis de impacto regulatorio *ex ante* y *ex post*, y a procesos de consulta pública obligatoria”, junto con la implementación de análisis costo-beneficio en algunos diseños normativos específicas.

Del mismo modo, aciertan los profesores Cordero y García, al indicar que esa reconfiguración ha estado orientada por un proceso de modernización más amplio, incentivado por el ingreso de Chile a la OCDE, las reformas a la institucionalidad de libre competencia, ambiental, energía y la recientemente creada Comisión del Mercado

⁴⁰⁸ CORDERO, L. y GARCIA, J. 2017. Ob. cit. A2.

Financiero. A esta última, los autores le atribuyen el mérito de apoyar el cambio del paradigma de superintendencias hacia comisiones de alto rigor técnico, cuestión que este texto no sólo explora, sino que avala.

A decir verdad, la postura de este texto se funda en el hecho de que concepción que se adopte acerca del Estado Regulador determinará aquella de *Regulatory Law*, *regulatory policy*, *regulatory framework* y *regulatory regime*. Todos estos elementos influyen en una concepción de agencia reguladora, en cuanto a la decisión de crearla, las teorías que explican su existencia, su diseño, su modelo, sus poderes y la evaluación de sus productos normativos.

En esta propuesta, hay que destacar que las expresiones “marco regulatorio” (*regulatory framework*) y “régimen regulatorio” (*regulatory regime*) resultan importantes para la perspectiva de este texto. Sobre el particular ha habido aproximaciones al concepto de “*regulatory regime*” como una noción polisémica. Por ejemplo, Harris y Milkis afirman que “un régimen regulatorio puede ser definido como una constelación de : (1) nuevas ideas justificando control gubernamental sobre actividades económicas; (2) nuevas instituciones que estructuran la política regulatoria, y; (3) un nuevo conjunto de decisiones que inciden en negocios” “Así, mientras las nuevas ideas modelan las instituciones y las decisiones directamente, ellas también inciden políticamente de manera indirecta, a través del cambio institucional. Agencias reguladoras, grupos de interés, y las tres sedes del poder de gobierno que influyen en las decisiones. Ello, porque estas instituciones transmiten o reflejan nuevas ideas regulatorias, ayudando a traducir esas ideas en realidad política. En un sentido, los cambios institucionales sirven como pasos intermedios para un cambio de régimen; así, el reconocimiento de los efectos institucionales en la política, de hecho, apuntala el concepto de las ideas regulatorias y convence a las elites reformistas sobre la necesidad de cambiar la naturaleza del régimen regulatorio existente”⁴⁰⁹.

Como queda de manifiesto, el texto ha analizado la propuesta de Richard Posner sobre este punto. Por el primero –marco regulatorio– se entiende “las leyes que establecen los poderes y límites del cuerpo regulatorio”. Por el segundo –régimen regulatorio–, Posner afirma que se trata de “la actual administración del esquema regulatorio, el cual involucra el

⁴⁰⁹ HARRIS, R. y MILKIS, S. 1989. The politics of regulatory change. A tale of two agencies. Oxford, Oxford University Press, p.28.

ejercicio de discrecionalidad oficial dentro de los límites del marco legal.” Conforme a esta distinción, este mismo autor sostiene que un proceso de desregulación “usualmente se refiere al cambio de marco regulatorio en la dirección de relajar controles sobre las firmas reguladas en orden a generar más libertad y competencia en los mercados”⁴¹⁰.

Finalmente, en mi opinión, en el actual estado de la cuestión en Chile, el Estado Regulador debe entenderse como un sistema de gobernanza, sustentado en categorías jurídico económicas, que se estructura sobre una red de normas y principios, diseños institucionales, técnicas, instrumentos y herramientas, de contenido nacional e internacional, y que aspiran a proveer determinadas reglas obligatorias y también recomendaciones, determinando los perímetros de la Política Regulatoria , así como también de regímenes y marcos similares, cuyos destinatarios son agentes de mercado, , con el fin de hacer imperar el contenido de *rule of law* en el desenvolvimiento de actividades económicas.

5. Conclusiones de este capítulo

El estudio del abundante material bibliográfico que sirvió para construir este capítulo, permite comprobar que el contexto jurídico político en el cual se inserta la discusión sobre modelos de agencias reguladoras es el del llamado Estado Regulador. Esta es una noción amplia y diversa, cuyo contenido ha evolucionado conforme a los cambios experimentados por la Economía y el Derecho.

La globalización económica y la complejidad que asumió el Derecho de la Unión Europea, claramente han sido elementos fundamentales en el modelamiento de la noción de Estado Regulador. Ello, generó una progresiva estandarización⁴¹¹ de las políticas regulatorias, de los procedimientos y de los instrumentos de los que se vale este modelo de

⁴¹⁰ POSNER, R. 2009. A failure of Capitalism. Cambridge, Harvard University Press, p. 292.

⁴¹¹ GADINIS, S. 2015. Three Pathways to Global Standards.: Private, Regulators and Ministry Networks. The American Journal of International Law 109(1): pp. 1-57.

gestión. De allí, que se generara un contexto de internacionalización, pues al decir de Levi-Faur, el estado regulador es un concepto que viaja, o bien que tiene niveles de “regionalización”⁴¹² reconociendo múltiples vertientes.

Concordamos, con parte de la doctrina, en el diagnóstico sobre el estado regulador en América Latina. Este se caracteriza por su capacidad pública para supervisar y regular las actividades económicas en el ámbito privado, no sólo con el objetivo de aumentar su eficiencia y reducir las externalidades negativas, sino también para intervenir en el control y la prevención de los riesgos para la población, derivados de las actividades económicas y políticas.

En nuestra opinión, en la actualidad, un claro “re ordenamiento” en la noción de Estado regulador, arranca de los efectos que provocan las crisis económicas, sobre todo en sus impactos globales. Prueba importante de ello es la noción de “*macroprudential regulation*” en torno al control de los llamados riesgos sistémicos, y que en el sistema jurídico chileno se ha manifestado la implementación de la Comisión para el Mercado Financiero.

Visto de esta forma, es claro que la crisis financiera global que se inició en el año 2007 en Estados Unidos, y que luego se extendió por varios países del orbe, generó un impacto relevante en el modo de actuación de entidades reguladoras. En tal sentido, concordamos con esa doctrina que ha reconocido que “cualquier gran crisis económica o financiera tendrá un profundo impacto sobre el rol del Estado y en las reglas de Derecho Administrativo y sus instituciones”⁴¹³.

En Chile, la doctrina y en especial, los profesores Luis Cordero y José Francisco García⁴¹⁴ han sostenido que los esfuerzos que en el país se han desarrollado en aras de

⁴¹² VEGGELAND, N. 2009. Taming the Regulatory State. Cheltenham, Edward Elgar. Este autor distingue la experiencia del Estado Regulador en Europa Central, en Europa Anglosajona y en la Europa Nórdica, específicamente en Noruega.

⁴¹³ NAPOLITANO, G. 2010 The role of the State in (and after) the financial crisis: new challenges for administrative law. En: ROSE-ACKERMAN, S. y LINDSETH, P. (Eds.) Comparative Administrative Law, Cheltenham, Edward Elgar, p. 569.

⁴¹⁴ CORDERO, L. y GARCÍA, J. 2017. Repensar nuestro Estado Regulador. El Mercurio, 29 Julio 2017, A2.

reconfigurar, no sólo la noción, sino que la infraestructura del Estado Regulador, han sido importantes.

En atención a ese diagnóstico, sostienen que ha sido, precisamente ese esfuerzo, el que ha robustecido un consenso en torno a dos cuestiones: (a) fortalecimiento de la autonomía de los órganos reguladores, y; (b) mejorar la calidad, transparencia y espacios de participación en la definición de reglas sobre el funcionamiento de mercados, o bien el diseño de agencias.

Asimismo, la tesis propone un concepto de Estado Regulador, el cual puede entenderse como un sistema de gobernanza, sustentado en categorías jurídico económicas, que se estructura sobre una red de normas y principios, diseños institucionales, técnicas, instrumentos y herramientas, de contenido nacional e internacional, y que aspiran a proveer determinadas reglas obligatorias y también recomendaciones, determinando los perímetros de la Política Regulatoria, así como también de regímenes y marcos similares, cuyos destinatarios son agentes de mercado, con el fin de hacer imperar el contenido del estado de Derecho, en el desenvolvimiento de actividades económicas.

CONCLUSIONES DE LA TESIS

El estudio de agencias es en realidad, el análisis del elemento subjetivo de la regulación, según la expresión empleada por Esteve Pardo. El tratamiento de cierta literatura, especialmente en Estados Unidos, da cuenta de cierta minusvalía en el interés por lo orgánico e institucional, en comparación con los aspectos sustantivos u objetivos, que parecen dominar el estudio de la regulación de actividades económicas.

No obstante, creo apreciar que ese aparente desinterés que resalta en el sistema legal y la doctrina jurídica de los Estados Unidos, parece revertirse en nuestro Derecho. Mi impresión es que el estudio de la faz institucional –entendiéndose por tal la cuestión de arquitectura jurídico organizacional de entidades supervisoras, fiscalizadoras y sancionatorias– ha cobrado importancia, atractivo y novedad en el Derecho Chileno.

En concordancia con lo señalado, a mi juicio es posible postular que una de las cuestiones centrales en esa discusión orgánica pueda dirigirse a la integración del elemento subjetivo con la legitimidad política; es decir, algo así como la sumatoria entre Esteve Pardo en España⁴¹⁵, y Cordero ⁴¹⁶ en Chile. Este ensamble doctrinario me parece no sólo posible, sino que necesario y conveniente. Para ello, valgan un par de razones: la primera, es que el elemento subjetivo en la regulación –agencia– estrecha el vínculo entre actividad económica y órgano estatal. Si bien este vínculo, en algunos casos no sea necesariamente interdependiente, en el contexto actual es un factor de necesaria discusión. La existencia de mercados eficientes, transparentes y competitivos, no excluye de manera terminante ese elemento orgánico, sino que lo incorpora como un factor necesario. Es decir, el regulador y su diseño han pasado a ser elementos de la esencia o de la naturaleza de algunos mercados, pero no necesariamente accidentales, o per se descartables. La segunda, es que lo orgánico –y a la vez técnico– no podría excluir la legitimidad política. Quizás, el éxito de la opción por cierto modelo institucional recaiga, justamente en la aptitud para equilibrar de manera

⁴¹⁵ ESTEVE PARDO, J. 2015. Lecciones de Derecho Administrativo. Quinta Edición. Madrid, Editorial Marcial Pons, p. 469.

⁴¹⁶ CORDERO, L. 2016. El diseño institucional importa. La Segunda, 8 de agosto de 2016, p. 11.

eficaz, esa nominación de solvencia técnica con el reconocimiento social e institucional que esa legitimación demanda. En este sentido, estimo que la legitimidad técnica, junto a la legitimidad política, permiten optimizar los grados de competencia, responsabilidad e independencia; promover cierta distancia de la interferencia política a corto plazo, y ciertamente, resistir la captura por parte de los grupos de interés⁴¹⁷.

Estructuralmente el trabajo aborda una cuestión central, cual es plantear una mirada hacia los modelos de agencias en sus diversos elementos, perspectivas y opciones, tanto en Chile como en experiencias comparadas. Esa mirada se sostiene en el conjunto de herramientas de que dispone el Análisis Económico del Derecho, y cuan funcionales pueden ser ellas para la construcción de una perspectiva teórica, que contribuya a una mejor comprensión de dichos modelos.

A partir de dichos elementos básicos, el texto emprende la búsqueda de algún o algunos modelos cercanos al óptimo, estimando que una manera de comprender algunos modelos de agencias también afectará el contenido de la noción de estado regulador.⁴¹⁸ Precisamente, el plan del trabajo se justifica en un contexto en que la discusión sobre el estado regulador chileno está muy vigente⁴¹⁹.

En relación a lo expuesto, el texto confirma que una perspectiva teórica de comprensión del modelo de agencias reguladoras en Chile, fundada en la aplicación de algunas categorías conceptuales del Análisis Económico puede contribuir a una mejor elección de diseños, que conlleven mejoras de calidad regulatoria y además una mejor aproximación a la consecución de bienes jurídicos relevantes.

La opción por el AED, en la construcción de dicha una propuesta no es una opción meramente voluntarista. Se trata de un enfoque conceptual que tiene una historia de sustentos teóricos y prácticos, que han influido decisivamente en el diseño de normas

⁴¹⁷ OECD. 2016. Regulatory Policy in Chile: Government Capacity to Ensure High-Quality Regulation, OECD Reviews of Regulatory Reform, OECD Publishing, Paris; p. 70 [en línea] <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264254596-en>> [consulta: 17 enero 2017].

⁴¹⁸ Un análisis de modelos de agencias puede beneficiarse de los insumos conceptuales del Análisis económico del derecho, a fin de aproximarse a un óptimo o cercano a este, e influyendo en la concepción sobre el estado Regulador (M.A + AED ; Optimo + E. R).

⁴¹⁹ Desde PILDES, R.y SUNSTEIN, C. 1995 Reinventing the Regulatory State. The University of Chicago Law Review 62(1); hasta CORDERO, L. y GARCIA, J. 2017. Ob. cit.

jurídicas y políticas públicas. Asimismo, es una corriente intelectual que ha demostrado capacidad de adaptación con la evolución del pensamiento jurídico económico, y que, en el contexto actual, está en condiciones de proveer de los necesarios insumos conceptuales a la política regulatoria. Es así, que el AED ha servido para definir políticas tanto en la era de Reagan como Obama, y en su versión conductual actual –un tanto distanciada de la fundacional– ha logrado penetrar incluso las filas del Partido Conservador británico.⁴²⁰ De esta forma, el fondo de la cuestión es que la decisión de optar por un modelo específico requiere ponderar cuestiones de eficiencia, eficacia y también conductuales.

El texto de la tesis, recogiendo la opinión de destacados autores, da cuenta de la dificultad que existe para establecer la existencia de un modelo óptimo.

Una respuesta jurídica que busque aproximarse al modelo adecuado de agencia, debe construirse conforme al funcionamiento específico de cada mercado, atendiendo a sus peculiaridades. En este caso, la imposición de un modelo, ajeno a las características institucionales, políticas, económicas y también culturales de un sistema jurídico, puede ser un rotundo fracaso.

Como herramientas que contribuyan a optimizar la decisión sobre un determinado modelo de agencia, la tesis propone la aplicación de dos tests. Un test de suficiencia y un test de diseño. El primero tiene por objeto contribuir a adoptar la decisión de crear o reformar una agencia determinada. Por su parte, un test de diseño plantea la forma o la infraestructura jurídica de una determinada entidad.

A partir del conjunto de reflexiones y el análisis de ciertos diseños institucionales, tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en otros extranjeros, el texto postula la existencia, en el derecho chileno, de un “triángulo cercano al óptimo.” Este se integra por tres hitos: (a) Institucionalidad de Libre Competencia: Creación del TDLC (Ley N° 19.911, 8 de octubre de 2003 (fortalecimiento de FNE, Ley N°20.945 de 30 agosto 2016); (b) Institucionalidad de Medio Ambiente: Creación del Ministerio, SEIA, y SMA (Ley N° 20.417, 26 enero 2010); [Creación de Tribunales Ambientales (Ley N° 20.600, 8 julio

⁴²⁰ THALER, R. 2017. Portarse mal. El Comportamiento irracional en la vida económica. Buenos Aires, Editorial Paidós, pp. 454 – 474.

2012)]; y, finalmente, (c) Institucionalidad Financiera: Creación Comisión Mercado Financiero (Ley N° 21.000 de 21 febrero de 2017).

El análisis de este triángulo revela la existencia de un crisol de diseños, que transitan desde la creación de un tribunal con facultades normativas, pasando por un modelo integrado de superintendencias, tribunales y una entidad llamada “sistema”, hasta llegar a una comisión en el ámbito financiero. La razón de ello es que Chile muestra una diversidad de modelos, en atención a la pluralidad de áreas supervisadas.

En concordancia con lo anterior, hemos afirmado que hay ciertos sectores institucionales en que la intensidad de las potestades asignadas a una entidad representan un rasgo esencial del modelo. Es el caso, por ejemplo, del Servicio de Impuestos Internos (SII) cuya finalidad es básicamente la determinación de la obligación tributaria. Su naturaleza obedece más bien a un diseño de autoridad fuerte, no solo jurídica, sino que simbólicamente, represente una imagen de eficacia sancionatoria. Se trata de casos en que esta intensidad potestativa concentrada parece ser más disuasiva que la generación de una decisión colegiado.

Estimo también que, en el actual contexto nacional, es necesario proponer ciertas bases doctrinarias que permitan configurar, desde el Derecho, el concepto de política regulatoria. En razón de ello, la tesis plantea que se trata de un conjunto de principios, normas y diseños institucionales que se ocupan de la generación de reglas aplicadas a la conducta de agentes, individuales o colectivos, en el desarrollo de sus conductas, ya sea en mercados o en otras áreas sociales relevantes, como también la supervisión de las interacciones entre esos agentes, realizada a través de técnicas de intervención, implementadas por entidades técnicas, más o menos independientes.

Esta aproximación conceptual a la Política regulatoria, la concibe como la integración de elementos normativos y organizacionales que se avocan a la observación del comportamiento de agentes económicos o sociales, y que a partir de ese monitoreo deciden determinados patrones de actuación obligatoria o correctiva para dichos actores, dependiendo de la forma jurídico institucional que adopte cada entidad.

Mayoritariamente, podemos afirmar que la Política regulatoria reconoce su fuente en los énfasis adoptados por la autoridad, en el ejercicio de sus funciones supervisoras. En tal sentido, estimo que las decisiones de política regulatoria tienen que ver con la experiencia, conocimiento técnico y la manera como la autoridad administrativa implementa el íter decisional cotidiano en la vigilancia de un mercado. Así, con Hyman y Kovacic se puede afirmar que el grado de coherencia del diseño de la agencia con la política regulatoria mejora las posibilidades de éxito en el cumplimiento de los objetivos.

Como se ha estudiado, la OECD ha sugerido que Chile avance en estándares de explicitación y sistematización de esa política, lo cual a mi juicio mejoraría la calidad de los productos normativos, como también el grado de predictibilidad en las decisiones rutinarias de esas entidades, optimizando la seguridad jurídica y la eficiencia de los mercados.

Conforme a lo precedentemente señalado, estamos de acuerdo con el diagnóstico que la doctrina extranjera formula sobre el estado regulador en América Latina. Este se caracterizaría por su capacidad pública para supervisar y regular las actividades económicas en el ámbito privado, no sólo con el objetivo de aumentar su eficiencia y reducir las externalidades negativas, sino también para intervenir en el control y la prevención de los riesgos para la población, derivados de las actividades económicas y políticas.

A este respecto, la tesis sostiene que esta función preventiva de monitoreo, supervisión y prevención de riesgos sistémicos cobro mayor relevancia en forma posterior a la crisis financiera de 2008, lo cual motivó claramente la distinción entre reguladores microprudenciales y macroprudenciales.

Para lograr ese objetivo, la doctrina chilena debe hacerse cargo de una re-orientación de la noción de estado regulador, así como también de su infraestructura. Por ello es que García y Cordero plantean que las vigas maestras de esa reconfiguración vienen dadas por el fortalecimiento de la autonomía de los órganos reguladores, y la mejora de la calidad, transparencia y espacios de participación en la definición de reglas sobre el funcionamiento de mercados, o bien el diseño de agencias⁴²¹.

⁴²¹ CORDERO, L. y GARCIA, J. 2017. Repensar nuestro Estado Regulador. El Mercurio, 29 Julio 2017, A2.

Es esta reconfiguración de la noción de estado regulador es la que permite influir en la elección de modelos de agencias más adecuados. Por ello, la tesis propone un concepto de Estado Regulador, el cual puede entenderse como un sistema de gobernanza, sustentado en categorías jurídico económicas, que se estructura sobre una red de normas y principios, diseños institucionales, técnicas, instrumentos y herramientas, de contenido nacional e internacional, y que aspiran a proveer determinadas reglas obligatorias y también recomendaciones, determinando los perímetros de la Política Regulatoria, así como también de regímenes y marcos similares, cuyos destinatarios son agentes de mercado, con el fin de hacer imperar el contenido del estado de Derecho, en el desenvolvimiento de actividades económicas.

Destaco la idea de sistema de gobernanza, pues si bien se trata de una noción propia de la politología (*governance*), especialmente de Oran Young, la cual supone ampliar las funciones de gobierno y administración hacia interacciones sociales que van más allá del Poder Ejecutivo⁴²². Enseguida, la orientación del estado regulador hacia la supervisión e implementación supone la asunción de categorías jurídico económicas, que faciliten la comprensión del funcionamiento de los mercados y el dialogo con sus actores. Por su parte, la idea de normas y principios, diseños institucionales y técnicas tiene que ver con una dimensión política, la cual según Hyman y Kovacic es crucial para el diseño de agencia. A esta dimensión los autores le asignan relevancia, pues las decisiones sobre el lugar donde la autoridad se sitúa, pueden determinar quién resolverá ciertas disputas, y en varios casos, cuáles serán los efectos de las mismas⁴²³. Respecto a la perspectiva nacional e internacional, la noción se hace cargo, por una parte, de los crecientes grados de coordinación entre autoridades reguladoras en diferentes estados, y por otra respecto de la estructuración de

⁴²² YOUNG, O. Choosing systems of governance. A plea for comparative research. En: MORAN, M.; REIN, M.; GOODIN, R. The Oxford Handbook of Public Policy. Oxford, Oxford University Press, p. 844. La cita es: “Even more fundamental is the observation that performing the social function of governance in the sense of arriving at public choices that are authoritative and regarded as legitimate by members of the relevant society does not require the existence of a government in the ordinary sense of the term. Many small-scale and especially traditional societies, for instance, rely on the emergence and evolution of social conventions to handle the function of governance (Ostrom 1990). They produce, as Hayek and others have observed, public orders that are spontaneous or self-generating in nature (Hayek 1973). Similar remarks apply to governance in international society, a social system widely construed as a society of states (and increasingly, non-state actors) that is anarchical in character due to the lack of anything resembling a government at the international level (Young 1999)”.

⁴²³ HYMAN, D. y KOVACIC, W. 2014. Ob. cit. p. 1482.

verdaderas redes de reguladores a nivel supranacional. En el mismo sentido, el aumento del flujo de recomendaciones internacionales, a través de informes y estudios sobre el estado institucional de diferentes países –como el caso de los reportes OECD– conforman nuevos insumos y coordenadas para la política regulatoria, que cada estado determina.

BIBLIOGRAFÍA

ADLER, M. y POSNER, E. 1999. Rethinking Cost- Benefit Analysis. John M. Olin Law and Economics Working paper N.72.

AMAN, A. 1989. Administrative Law in a Global era: Progress, deregulatory change and the rise of Administrative Presidency. Cornell Law Review, Vol. 7

AMERICAN BAR ASSOCIATION. 2015. In Sights on Law and Society; Vol. 15, N° 2.

ARANCIBIA, T. 2015 Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de sanciones administrativas. Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, Numero 58.

ASIMOW, M. 2015. Five Models of Administrative Adjudication. The American Journal of Comparative Law, Vol. 63: 3-32.

AVGOULEAS, E. 2012. Governance of Global Financial Markets. The Law, The Economics, The Politics. Cambridge. Cambridge University Press, p.157

BACH, T. et al. 2012. The role of agencies in policy-making. Policy and Society. Vol. 31: 183-193.

(BALDWIN & CAVE, 2012)

BALDWIN, R.; CAVE, M. y LODGE, M. 2012. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. Oxford University Press, New York.

BAKER, E. 1975. *The Ideology of Economic Analysis of Law*. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 5, N° 1, pp. 3 - 48

BEBLAVI, M. *Understanding the waves of agencification and the governance problems they have raised in Central and Eastern European Countries*, Paris, OECD, Publications Service, 2002.

BECKER, G. 1976. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago, The University of Chicago Press. Una referencia permanente a Becker en JOLLS, C., SUNSTEIN, C. y THALER, R. "A Behavioral Approach to Law and Economics", (1998) *Stanford Law Review*, Vol. 50, May 1998, 1476.

BERG, L. 2014. *Who benefits from behavioral economics?* *Economic Analysis and Policy*, Volume 44, Issue 2, pp. 221–232

BERMUDEZ, J. 2011. *Derecho Administrativo General*, Abeledo Perrot/ Thomson Reuters, Santiago.

BERNEDO, P.; CAMUS, P.; COUYOUMDJAN, R. 2014. *200 años del Ministerio de Hacienda de la República de Chile*. Ministerio de Hacienda, Santiago, Chile.

BLACK, J. 2002. *Critical Reflections on Regulation*. London, Centre of Analysis of Risk and Regulation at the London School of Economics and Political Science.

BLOCK, F. y SOMERS, M. 2014. *The Power of market Fundamentalism. Karl Polanyi's Critique*. Cambridge; Harvard University Press.

BRADLEY, K. 2011 The design of Agency Interactions. Columbia Law Review. Vol. 111 (4): 745-794.

BRAITHWAITE, J. 2008 Regulatory Capitalism. How it Works, ideas for making or work better. Cheltenham, Edward Elgar.

BRAVO, B. 2016. Una historia jamás contada. Chile 1811-2011. Cómo salió dos veces adelante. Origo Ediciones, Santiago.

BRAVO, C. y BARRA, E. 2015. Control administrativo de la Superintendencia de Valores y Seguros sobre Hipótesis de uso de información privilegiada. Análisis Jurisprudencia. Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, Numero 57.

BRENT, R. 2006. Applied Cost – Benefit Analysis. Edward Elgar, Cheltenham

BREGER, M. y EDLES, G. 2015. Independent Agencies in the United States. Oxford. Oxford University Press

BUCHANAN, J. 2000. The Collected Works of James M. Buchanan. Vol. 13. Politics as Public Choice. Liberty Fund, Indianapolis,

BULLARD, A. 2003. Derecho y Economía. El estudio de las instituciones legales. Lima, Palestra Editores.

CABALLERO, R. 2011 Las técnicas de regulación para la competencia en el sector energético en general y en el de los derivados del petróleo en particular. Presentación en Seminario, Programa de Doctorado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, martes 6 de diciembre de 2011.

CABRILLO, F. y ALBERT, R. 2011 El análisis económico del Derecho en la encrucijada. *Ekonomiaz*, N° 77, 2º cuatrimestre.

CAFAGGI, F. y PISTOR, K. 2015. Regulatory capabilities: A normative framework for assessing the distributional effects of regulation. *Regulation & Governance*. Vol. 9: 95-107

CALABRESI, Guido. “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts” (1961) *70 Yale Law Journal* 499.

CALABRESI, G. 2011 *Un vistazo a la Catedral. Cuando el Derecho se encuentra con la Economía*. Lima, Palestra Editores.

CAMBINI, C. y RONDI, L. 2017. Independent agencies, political interference and firm investment: evidence from the European Union. *Economic Inquiry*, Vol. 55, No. 1, 281–304.

CANTERO, J. 2011. A vueltas con el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por los particulares. Nuevos retos para el Derecho Administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 151, Julio – Septiembre ; p.631- 639

CARRIGAN, C. y SHAPIRO, S. 2017. What’s wrong with the back of the envelope. A call for simple (and timely) cost- benefit analysis. *Regulation & Governance* (2017) 11, 203 - 212.

CARRO FERNANDEZ, J. 2014 Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, N° 193, Madrid, pp. 11-44.

CASTRO, J.; CORTES, M.; DUCHENS, M.; LARIOS, G.; SAN FRANCISCO, A.; SOTO, A. 2016. *Historia de Chile. 1960 – 2010*. CEUSS, Santiago.

CLARO, S. y GREDIG, F. 2010. La pregunta de la Reina. Lecciones de la primera crisis económica del siglo XXI. Santiago, Pearson Prentice Hall.

COASE, R.H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, Vol.3, (Oct. 1960), pp. 1-44

COGLIANESE, C. (2012. Measuring Regulatory Performance. *Expert Papers N° 1*, OECD; [En línea: https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/1_coglianesse%20web.pdf]

COLOMA, G. 2006. Análisis Económico del Derecho privado y Regulatorio Ciudad Argentina, Buenos Aires.

COOPPER, F. 1965. *State Administrative Law*. Indianapolis, The Bobbs Merrill Company.

COOPER, J. y KOVACIC, W. 2012. Behavioral Economics and its meaning for Antitrust Agency Decision Making. *Journal of Law and Economics & Policy*. Vol. 8; N° 4.

COOTER, R. y ULEN, T. 2000 *Law and Economics*, New York, Addison-Wesley.

COOTER, R. y ULEN, T. 2016. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica.

CORDERO, E. 2015. *Derecho Administrativo Sancionador*, Thomson Reuters, Santiago.

CORDERO, L. y GARCIA, J. 2012. Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias. *Anuario de Derecho Público* Universidad Diego Portales, Santiago; p. 415-435.

CORDERO, L. y TAPIA, J. 2015. La revisión judicial de las decisiones regulatorias. Una mirada Institucional. *Estudios Públicos*, N° 139.

CORDERO, L. 2016. El diseño institucional importa. La Segunda, 8 de agosto de 2016, p. 11.

CORDERO, L. y GARCIA, J. 2017 Repensar nuestro Estado Regulador. El Mercurio, Santiago, 27 Julio 2017, p. A2.

CREW, M. y PARKER, D. 2006. *International Handbook on Economic Regulation*. Cheltenham. Edward Elgar.

CUBERO, J. 2011. Regulación, Iniciativa pública económica y Libre Competencia. Hacia un modelo sin inmunidades. *Revista de Administración Pública*, N° 184, Madrid, pp. 121-156.

CUSHMAN, R. 1941. The independent regulatory commissions. New York, Oxford University Press, citado por MITNICK, B. 1980 The Political Economy of Regulation. Creating, designing and removing regulatory forms. New York, Columbia University Press.

DARNACULLETA, M. 2016 El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?. *Revista de Administración Pública*, N° 199, Madrid, p.48.

DATLA, K. y REVESZ, R. 2014. The False Dychotomy of agency Independence [En línea: <https://www.theregreview.org/2014/05/05/05-datla-revesz-agency-independence/>]

DATLA, K. y REVESZ, R. 2013. Deconstructing independent agencies (and executive agencies). *Cornell Law Review*, Vol. 98, p. 769. En un Op Ed, DATLA, K. y REVESZ, R. 2014. The False dichotomy of agency Independence

DAVIDSON, N. y LEID, E. 2015 Regleprudence at OIRA and beyond. *Georgetown Law Journal*, Vol. 103; 259.

DELEON, P. The historical roots of the field; EN: MORAN, M.; REIN, M; GOODIN, R. (Edits.) 2006. *The Oxford Handbook of Public Policy*, Oxford, Oxford University Press, p.39

DE LA CRUZ FERRER, J. 2002 *Principios de Regulación Económica*, Madrid, Tirant Lo Blanch.

DE LA SIERRA, S. 2016 *Limites y utilidades del Derecho Comparado en el Derecho Público*. En particular, el tratamiento jurídico de la crisis económico-financiera. *Revista de Administración Publica*, N° 201, Madrid, Sept. – Diciembre; p. 86.

DOMENECH, G. La falta de servicio desde el análisis económico del Derecho. En LETELIER, R. 2012. (Coordinador) *La falta de Servicio*. Santiago, Legal Publishing/ Universidad Alberto Hurtado.

DOMENECH, G. 2014. Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho. *Revista de Administración Pública*. N° 195, Madrid, Sept. Diciembre.

DONALDSON, L. 2001. *The Contingency Theory of Organizations*, London, Thousand Oaks; cit. por OTTOW, A. 2015 *Market Competition Authorities. Good agency principles*. Oxford, Oxford University Press; p.95.

DORA STERN, A. 2017. Innovation under regulatory uncertainty: Evidence from medical technology. *Journal of Public Economics* 145; 181–200.

DOUGNAC, A. 1984. La educación en Chile bajo la Constitución de 1833. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 10, pp. 221 -230

DUBASH, N. y MORGAN, B. 2012. Understanding the rise of the Regulatory State of the South. *Regulation and Governance*, 6, 261-281. Una versión en español, similar al texto referido, titulada “De vuelta a la política: La trayectoria del Estado regulador en los países del sur”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 60, octubre, 2014, pp. 5-26

EDWARDS, A. *La fronda aristocrática*. Editorial Universitaria, Edición 2012.

EPSTEIN, R. 2008. Why the modern administrative state is inconsistent with the rule of law. *NYU Journal of Law & Liberty*, Vol. 3: 491.

ESCALANTE, F. 2016 *Historia mínima del Neoliberalismo. Una historia económica, cultural e intelectual de nuestro mundo, de 1975 a hoy*. Tuner Publicaciones/ El Colegio de México, Madrid.

ESTEVE PARDO, J. 2015. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid; Quinta edición.

ESTEVE PARDO, J. 2012 *La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria*. *Revista de Administración Pública*, N° 189, Madrid, pp. 11-40

ESTEVE PARDO, J. 2015. *La Administración Garante. Una Aproximación*. *Revista de Administración Pública*. N° 197, Madrid, Mayo- Agosto, pp. 11-39

FARNSWORTH, W. 2007 *The Legal Analyst. A toolkit for thinking about the law*. The University of Chicago Press, Chicago

FERMANDOIS, A. 2006. Derecho Constitucional Económico, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile.

FERNANDEZ – VILLARDE, J. 2016 Magna Carta, the rule of law, and the limits on government. *International Review of Law and Economics*, Volume 47, Supplement, pp. 22–2.

FERRADA, J. 2003. Los órganos reguladores de actividades económicas relevantes: Una visión panorámica. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, N.2, p.277.

FINANCIAL CRISIS INQUIRY COMMISSION. 2011. United States of America. *The Financial Crisis Inquiry Report*, Washington D.C. U.S Government Office.

FITZPATRICK, P. 2016 *The Politics of Regulation in the UK. Between tradition, contingency and crisis.* Palgrave/McMillan, Londres.

FOURCADE, Marion; OLLION, Etienne; ALGAN, Yann. The Superiority of Economists. 2015. *The Journal of Economic Perspectives*. Vol. 29, N.1, pp.89-113.

FOX, W. 2000. *Understanding Administrative Law.* Danvers, Matthew Bender & Company.

FRAME, S.; FUSTER, A.; TRACY, J.; VICKERY, J. 2015. The rescue of Fannie Mae and Freddie Mac. *The Journal of Economic Perspectives*. Vol.29, N.2, pp. 25-52

FRIEDMAN, W. 1959 *Law in Changing Society*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press.

FRIEDMAN, J. y KRAUS, W. 2011. *Engineering the Financial Crisis. Systemic Risk and the failure of regulation*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press

GADINIS, S. 2015 Three Pathways to Global Standards.: Private, Regulators and Ministry Networks. *The American Journal of International Law*. Vol. 109, N.1, January, pp.1 -57

GAMIR, L. y DURA, P. 2013. *La economía de las agencias reguladoras*. Madrid, Instituto de Estudios Económicos.

GARATE, M. 2014. *La revolución Capitalista de Chile (1973 -2003)*. Santiago, Ediciones Universidad Alberto Hurtado.

GARCIA ALVAREZ, G. 2014. La Unión europea como estado regulador. *Revista de Administración Publica*, Numero 194, Madrid

GARCIA, J. 2011. El Tribunal Constitucional y el uso de tests: Una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial Económica. *Revista Chilena de Derecho*, Vol 38, N° 1.

GARCIA, J. 2009. ¿Inflación de Superintendencias? Un diagnostico crítico desde el Derecho Regulatorio. *Revista Actualidad Jurídica*, N° 19, p. 340.

GARCIA, J.F. y VERDUGO, S. 2010. De las Superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio, *Revista Actualidad Jurídica*, N.22.

GARCIA, J. .2014. De las Superintendencias a las Agencias Regulatorias Independientes. Presentación en Seminario “Administración del Estado y Regulación Económica”, Viernes 11 de abril de 2014, Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

GERSEN, J. 2010. *Designing Agencies*. En: FARBER, D. y O’CONNELL, A. (Eds.). *Research Handbook on Public Choice and Public Law*. Cheltenham, Reino Unido y Northampton, Estados Unidos. Editorial Edward Elgar: 333-362.

GIFFORD, D. 1983. The New Deal Regulatory Model: A history of criticisms and refinements. *Minnesota Law Review*, Vol. 68, 299.

GILARDI, F. Institutional change in regulatory policies: regulation through independent agencies and the three new institutionalisms. En JORDANA, J. y LEVI – FAUR, D. (Edits.) 2004 *The Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar; p. 67

GILARDI, F. 2008. Delegation in the Regulatory State. *Independent Regulatory Agencies in Western Europe*. Cheltenham, Edward Elgar.

GOODHART, C. 2009. *The Regulatory Response to the Financial Crisis*, Cheltenham, Edward Elgar.

GOODIN, R. (Edit). 2003. *Teoría del diseño institucional*. Barcelona, Gedisa Editorial, p.21

GRAHAM, J. 2008. Saving Lives through administrative Law and Economics. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 157: 395.

GUASCH, J. L. y SPILLER, P. 1999. *Managing the regulatory Process: Design, concepts, issues and the Latin America and Caribbean Story*. Washington D.C. The World Bank,

GUILLOFF, M. 2014. Análisis Costo beneficio judicial/ Análisis costo Beneficio Administrativo. Comentarios al fallo de las ciclovías en Rancagua. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Comentarios de Jurisprudencia Año 21 - No 1*; pp. 523-533.

HARRIS, R. y MILKIS, S. 1989. *The politics of regulatory change. A tale of two agencies.* Oxford, Oxford University Press

HERRERA, C. 2009. La vocación de Universalidad del Derecho Administrativo. El *Administrative State* para un país que no es administrado por ángeles. *Revista de Administración Pública*, N° 178, Madrid.

HYMAN, D. y KOVACIC, W. 2012. *Competition Agency Design. What's on the menu?.* *Public Law and Legal Theory Paper*, N° 135.

HYMAN, D. y KOVACIC, W. .2014. *Why Who does What Matters: Governmental Design and Agency performance.* *The George Washington Law Review*, Vol. 82: N° 5, pp. 1446-1516.

HO, T; PALACIOS, M. y STOLL, H. 2013 *Dynamic Financial System: Complexity, Fragility and Regulatory Principles.* *Topics in Financial Intermediation*, New York, New York University, Salomon Center.

HOVENKAMP, H. 2017. *Appraising the Progressive State.* *Iowa Law Review*, Vol. 102, 1063 -1112.

Informe Comisión de Reforma de la Regulación y Supervisión del Mercado Financiero.

INTERNATIONAL ATOMIC ENERGY AGENCY. *Managing Regulatory Body Competence; Safety Reports Series N° 79*, Vienna, 2013.

IRARRAZAVAL, A. 2012. *Diccionario Jurídico-Económico.* Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.

HUME, D. Investigación sobre el conocimiento humano. Madrid, Alianza Editorial, Edición 2015.

JAKOBSEN, M. y THRANE, C. Public Innovation and Organizational Structure. Searching (in vain) for the optimal design, EN: TORFING, J. y TRIANTFILLOU, P. 2016 (Edits.) Enhancing Public Innovation by Transforming Public Governance. Cambridge; Cambridge University Press, p. 270

JOLLS, C; SUNSTEIN, C. y THALER, R. 1998. “A Behavioral Approach to Law and Economics”, Stanford Law Review, Vol. 50, May 1998, 1476]

JORDANA, J. 2011. The institutional development of the Latin American Regulatory state, EN: LEVI-FAUR, D. (Edit.) The Handbook on the Politics of Regulation. Edward Elgar, Cheltenham

JUDT, T. 2016 Postguerra. Una Historia de Europa desde 1945, Barcelona, Taurus-Historia, Reimpresión.

KAPLOW, L. y SHAVELL, S. 2002. Fairness versus Welfare. Cambridge, Harvard University Press

KINGSBURY, B.; KRISCH, N. y STEWART, R. 2004 The Emergence of Global Administrative Law. International Law and Justice Working Papers, New York.

KINGSTON, W. 1990. Innovation, Creativity and Law. Kluwer Academic Publishers, London, p. 3.

KOVACIC, W. 2012 The Institutions of Antitrust Law. How Structure Shapes Substance. 110 Michigan Law Review, 1019, 1042-43.

KRUGMAN, P. 2009. *The Return of Depression Economics and the crisis of 2008*, New York, W.W. Norton Company

LAFFONT, J. y MARTIMORT, D. 2002. The theory of incentives. The Principal –Agent model. Princeton. Princeton University Press;

LANDIS, J. 1960. Report on Regulatory Agencies to the President Elect.

LANGE, B. 1998. Understanding Regulatory Law: Empirical versus system – theoretical approaches. Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 18; Autumn 1998; pp. 450 y ss.

LEAL, B. 2015. La potestad de inspección de la administración del Estado. Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, Numero 56,

LEVI-FAUR, D. (2010) Regulatory Networks & Regulatory Agentification: Toward a Single European Regulatory Space? Jerusalem Papers in Regulation & Governance. (30).

LEVI FAUR, D. 2011. Regulation and Regulatory Governance; EN: LEVI-FAUR, D. Hanbooks on the Politics of Regulation (Edit). Cheltenham, Edward Elgar, p.3

LEVI-FAUR, D. 2011 The Odyssey of the Regulatory State: Episode one: The rescue of the welfare State. Jerusalem Papers in Regulation & Governance. (39).

LEVI – FAUR, D. 2013 The Oddisey of Regulatory State: From a “Thin” Monomorphic concept to a “Thick” and polimorphic concept. Law & Policy, Vol. 35, Nos 1-2.

LEVI-FAUR, D. y JORDANA, J. 2005. ¿Hacia un Estado Regulador Latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores. Documentos CIDOB, serie América Latina, N° 7.

LEWIS, D. y SELIN, D. 2013 Sourcebook of United States Executive agencies. Nashville, Vanderbilt University, 2013, p.93 [En línea: https://www.acus.gov/sites/default/files/documents/Sourcebook-2012-Final_12-Dec_Online.pdf] (Consulta : 11 Enero 2018)

LIPSEY, R. y LANCASTER, K. 1956. The General Theory of Second Best. The Review of Economic Studies, Vol. 24, No. 1 (1956 1957), pp. 11-32

LOMBARDI, D. y MOSCHELLA, M. 2017. The symbolic politics of delegation: macroprudential policy and independent regulatory authorities. NEW POLITICAL ECONOMY, VOL. 22, No. 1, pp. 92–108.

MAGAT, W. 1979. The effects of environmental Regulation on Innovation, Law and Contemporary Problems, Vol. 43; N°.1, pp. 5-25.

MAJONE, G. 1994 The rise of the Regulatory State in Europe, 14(3) West European Politics 77-101.

MAJONE, G. 1997 The Agency Model: The Growth of Regulation and Regulatory Institutions in the European Union. EIPASCOPE (3): 1-6;

MAJONE, G. 1998 The Regulatory State and its Legitimacy Problems. Political Science Series Vol. 56: 1-22.

MAJONE, G. 2006. Agenda Setting. EN, MORAN, M.; REIN, M; GOODIN, R. The Oxford Handbook of Public Policy, Oxford, Oxford University Press, p. 234.

MARMOLEJO, C. 2015. Elementos de Derecho y Regulación Económica, Valparaíso, Edeval.

MARTINEZ, C. 2014. Insuficiencias del análisis económico como base para una teoría de la adjudicación. Revista Chilena de Derecho, Vol.41, N°3.

MATEI, L. y MIRSEA, O. 2014. Implementation guidelines of the new public management. cases of Romania and Sweden. Procedia - Social and Behavioral Sciences 143; pp. 857- 861.

MATTHIEU, E. 2016. Regulatory Delegation in the European Union. Networks, Committees and Agencies. Palgrave Macmillan

MATHIS, K. Cultures of Administrative Law in Europe: From Weberian Bureaucracy to “Law and Economics”, EN: MATHIS, K. (Edit.) 2014 Law and Economics in Europe: Foundations and Applications, Heidelberg, Springer,

MAY, P. 2007. Regulatory Regimes and accountability. Regulation and Governance ,1, p.9

MENDES, J. 2013. The World Bank and the political construction of the structural adjustment programs in the 1980´s. Revista Brasileira de Historia , Vol.33; N° 65.

MERCURO, Nicholas y MEDEMA, Steven. *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*. Princeton University Press, New Jersey, 1999.

MILL, J. 1943. Principios de Economía Política. Fondo de Cultura Económica, Mexico D.F

MITNICK, B. 1980. The Political Economy of Regulation. Creating, designing and removing regulatory forms. New York, Columbia University Press, pp. 5-20.

MONTERO, J. 2014. La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N°12, Segundo semestre, pp. 23-44.

MONTT, S. 2009 *State Liability in Investment treaty arbitration. Global Constitutional and Administrative law in the BIT generation*. Portland, Hart Publishin.

MONTT, S. 2011. El Tribunal de defensa de la Libre Competencia como regulador del comercio. *RegCom*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

MORALES, M. 2014. Nueva Gestión Pública en Chile. Orígenes y efectos. *Revista de Ciencia Política*, Vol. 34, N° 2,

MORAN, M. 2001 The rise of the Regulatory State in Britain. *Parliam Aff*; 54 (1): 19-34.

MORAN, M. 2003 *The British Regulatory State*. Oxford, Oxford University Press

MORGAN, B. 2014. De vuelta a la política. La trayectoria del estado regulador en los países del sur. *Revista del CLAD. Reforma y Democracia*, N° 60, octubre 2014; pp. 5-26

MOYANO, G. 2013. Incorporación del análisis de impacto regulatorio en los Estados Unidos. *Revista de Derecho Económico*; pp. 101-124.

MUÑOZ, O. 1996 (Ed.) *Después de las privatizaciones. Hacia el estado Regulador*. Santiago, Cieplan/ Dolmen Ediciones.

NAPOLITANO, G. 2010 The role of the State in (and after) the financial crisis: new challenges for administrative law. En: ROSE –ACKERMAN, S. y LINDSETH, P. (Eds.) *Comparative Administrative Law* , Cheltenham, Edward Elgar.

- NASRALDEN, K. 2016 New public governance in Saudi cities: An empirical assessment of the quality of the municipal system in Jeddah. *Habitat International* 51; 114 - 123
- NELSON, D. .1964. *Administrative Agencies of the U.S.A Their decisions and authority.* Detroit, Wayne University Press.
- NORMAN, J. 2008. *Compassionate Economics. The social foundations of economic prosperity.* University of Buckingham Press – Policy Exchange, London.
- NUNES, R.; NUNES, S.; REGO, G. 2015. A new governance Model for independent regulatory agencies. *Theoretical Economic Letters*, 5, 4.13.
- OATLEY, T. 2004. *International Political Economy. Interests and Institutions in the Global Economy;* Pearson Education, New York
- OECD. 2014. *The Governance of Regulators, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy,* OECD Publishing.
- OECD. 2016, *Regulatory Policy in Chile: Government Capacity to Ensure High-Quality Regulation,* OECD Reviews of Regulatory Reform, OECD Publishing, Paris.
- OGUS, A. 2004. *Regulation. Legal form and Economic Theory,* Portland, Hart Publishing.
- OLIVARES, A. 2014. Libre Mercado y regulación: la experiencia en el sector eléctrico español. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N°1. p. 210.
- ORTIZ, S. 2014. *Entre regulación y competencia: revisión institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC.* Tesis para optar al grado de Doctor en

Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. [En línea : <http://eprints.ucm.es/28137/1/T35657.pdf>

OTTOW, A. 2015. Market Competition Authorities. Good agency principles. Oxford, Oxford University Press.

PARDOW, D. 2014. Hacia una mejor coordinación entre las instituciones públicas relacionadas con la protección del Consumidor.

PARDOW, D. 2016. ¿Control o autonomía? El debate sobre agencias regulatorias independientes. Inédito, citado con autorización del autor.

PARDOW, D. La Segunda, 28 de Diciembre de 2017.

PAREJO, L. 2011. Lecciones de Derecho Administrativo. Tirant Lo Blanch, Valencia.

PAULSON, H. 2010. On the Brink. Inside the tace to stop the collapse of the Global Financial System. New York, Business Plus;

PETTIT, P. El diseño institucional y la elección racional; En: GOODIN, R. 2003. Teoría del Diseño institucional. Barcelona, Gredisa Editorial. La versión original de este trabajo es: GOODIN, R. 1996. The Theory of Institutional Design. Cambridge, Cambridge University Press.

PILDES, R.y SUNSTEIN, C. 1995 Reinventing the Regulatory State. The University of Chicago Law Review, Volume 62, Winter 1995

POLLIT, C. 2004 Theoretical Overview; EN: POLLIT, C. y TALBOT, C (Eds.). *Unbundled Government: A critical Analysis of the Global trend to agencies, quangos and contractualisation*, London, Routledge.

POSNER, R. 2009. *A failure of Capitalism*, Cambridge, Harvard University Press.

POSNER, R. 2010. *The Crisis of Capitalist Democracy*. Cambridge, Harvard University Press.

POSNER, R. Is capitalism in crisis? [En línea] <http://www.becker-posner-blog.com/2012/02/is-capitalism-in-crisis-posner.html>).

POSNER, R. .2011. Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts). An Analytical Framework; EN: KESSLER, D. 2011 (Editor). *Regulation versus Litigation. Perspectives from Economics and Law*. Chicago, The University of Chicago Press, p.13

POSNER, R. 2009. How I became Keynesian. *The New Republic*, 22 Septiembre 2009. [En línea : <https://newrepublic.com/article/69601/how-i-became-keynesian>].

POSNER, R. 2010. Cómo me convertí en keynesiano. *Segundas reflexiones en medio de una crisis*. *Revista de Economía Institucional*, Vol. 12, N° 22; pp. 293 – 305

POSNER, E. Y SUNSTEIN, C. 2017. *Moral Commitments in Cost-Benefit Analysis*. Coase – Sandor Institute for Law and Economics. Working Paper N° 802; Public Law and Legal Theory Working paper N° 620.

RAJAN, R. 2010. *Fault Lines. How hidden fractures still threaten the world economy*, Princeton, Princeton University Press.

REVESZ, R. 2014. Quantifying Regulatory Benefits. California Law Review, Vol. 102,p. 1423.

REVESZ, R. 2017. Cost-Benefit Analysis and the Structure of the Administrative State: The Case of Financial Services Regulation. [En línea : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2733713##].

RODRIGUEZ, D. 2014. Gestión organizacional. Elementos para su estudio. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.

RODRIGUEZ, M. 2015. Curso de Derecho administrativo Iberoamericano. Instituto Nacional de Administración Publica, Madrid.

RODRIGUEZ, J. 2016 El Derecho administrativo Global: El espacio jurídico administrativo Iberoamericano, EN: RODRIGUEZ- ARANA, J. y HERNANDEZ, J. El derecho administrativo global y el arbitraje internacional de Inversiones. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid

ROEMER, A. 2008. Introducción al análisis Económico del Derecho. México D.F. Fondo de Cultura Económica.

ROGERS, J.; HEALY, M. y KROTOSZYNSKI, R. 2003. Administrative Law. New York, Aspen Publishers.

SAGERS, C. 2011. Antitrust, New York, Wolters Kluwer Law & Business, pp.332-333.

SCOTT, C. 2004. Regulatory Innovation and the Online Consumer. Law and Policy, 26, p.

484.

SELZNICK; P. Focusing Organizational Research on Regulation, EN: Noll, R. (Ed.) 1985 , Regulatory Policy and the Social Sciences, Berkeley, p. 363

SCHOLZ, J. 1984. Cooperation, Deterrence, and the Ecology of Regulatory Enforcement, Law & Society Review, Vol. 18, No. 2, pp. 179-224.

SCHWARZ, B.; CORRADA, R. y BROWN, J. Administrative Law. 2006. A Casebook, New York, Aspen Publishers, p.15.

SHAPIRO, S. 2010. The evolution of Cost-Benefit Analysis US. regulatory decision making. Jerusalem Papers in Regulation & Governance. Working Paper (5): 1-22.

SHEPPARD, S. 2012 (Edit.) Bouvier Law Dictionary Desk Edition, Vol. II, Frederick, Wolters Kluwer, p. 2357

SITARAM, G. Reforming Regulation: Policies to Counteract Capture and Improve the Regulatory Process. Center for American Progress, Vanderbilt University, 2016 [En línea : <https://ssrn.com/abstract=2891498>]

SKIDELSKY, R. 2015 John Maynard Keynes. RBA Libros, Barcelona.

SMITH, A. 1776. La Riqueza de las Naciones. Libros I, II y III y selección de los libros IV y V. Alianza Editorial, Madrid, 3ª edición, 2015. Traducción de Rodríguez, C.

SOLANES MULLOR, J. 2016 Administraciones Independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público Español, Congreso de los Diputados; Madrid.

SOTO, S. Super Ochenteras. Columna en diario Estrategia, 14 de Octubre de 2008.

STRAUSS, P.; RAKOFF, T. y FARINA, C. 2003. Administrative Law. Cases and Comments. New York, Foundation Press, Tenth edition,

Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS) Manual del Cliente. [En línea : http://www.siss.gob.cl/577/articles-8797_manual_cliente.pdf]

SUNSTEIN, C. 1990. Paradoxes of Regulatory State. The University of Chicago Law Review, 57.

SUNSTEIN, C. 1996. The Cost-Benefit State, University of Chicago, Working Papers in Law and Economics.

SUNSTEIN, C. 2002, *The Cost-Benefit State. The future of Regulatory Protection*. American Bar Association, Chicago.

SUNSTEIN, Cass. Cognition and Cost –Benefit Analysis. John M. Olin Law and Economics Working Paper N.85

SUNSTEIN, C. 2005. Cost and Benefit Analysis of Environment. Ethics, 115 (2):351-385

SUNSTEIN, C. 2014. Valuing Life. Humanizing the Regulatory State. Chicago. The University of Chicago Press

SUNSTEIN, C. 2014. El verdadero mundo del costo – beneficio. Treinta y seis preguntas (y casi la misma cantidad de respuestas). Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo, Año III, N° 1, p.19.

SUNSTEIN, C. *Simpler*. 2013. *The future of government*. New York, Simon and Schuster.

SUNSTEIN, C. 2015. The Ethics of Nudging, 32 Yale J. on Reg.

TALBOT, B. Teorías de segunda mejor alternativa y sus implicaciones para el diseño institucional; EN : GOODIN, R. 2003. Teoría del Diseño institucional. Barcelona, Gredisa Editorial.

TAPIA, J. y MANTZARIS. D. 2013. The Regulation/Competition Interaction. EN: Damien Geradin & Ioannis Lianos (Ed.), Handbook on European Competition Law, Edward-Elgar.

TAYLOR, R. 1963. “The Emergence of the modern regulatory state”, by James Anderson. Book Review. EN: American Political Science Review .Volume 57, Issue 2, June 1963, p. 473.

THALER, R. y SUNSTEIN, C. 2008. *Nudge. Improving decisions about health, wealth and Happiness*. New Haven, Yale University Press.

THALER, R. 2017 Portarse mal. El Comportamiento irracional en la vida económica. Paidós, Buenos Aires

TIROLE, J. 2017. La Economía del Bien Común, Taurus, Madrid.

TORFING, J. y TRIANTAFILLOU, P. Enhancing Public Innovation by transforming public governance? EN: TORFING, J. y TRIANTAFILLOU, P. 2016 (Edits.) Enhancing Public Innovation by Transforming Public Governance. Cambridge; Cambridge University Press, p. 13.

TOZZI, J. OIRA´s formative years: The Historial Record of centralized regulatory review preceding OIRA´s founding. Administrative Law Review, Volume 63, Special Edition, 2011.

TRILLAS, F. 2010. Independent regulators: Theory, evidence and reform proposals. IESE Business School, Universidad de Navarra, Working Paper – WP – 860, 2010

TRILLAS, F. 2016. Behavioral regulatory agencies. Document de Treball, Universitat Autònoma de Barcelona.

VAQUER, M. 2011. El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo. Revista de Administración Pública, N. 186, Madrid, Septiembre – Diciembre.

VAN GENUGTEN, M. Comparing the impact of regulatory regimes. Combining transaction cost economics and Institutional Legal Theory.

VEGGELAND, N. 2009 Taming the Regulatory State. Cheltenham, Edward Elgar.

VELJANOVSKI, C. 2006. *The Economics of Law*, London, The Institute of Economic Affairs.

VERHOEST, K. et al. 2010. *Autonomy and Control of State Agencies*. London, Palgrave/MacMillan.

VERHOEST, K.; VAN THIEL, S.; BOUCKAERT, G.; LAEGRIED, P. 2012. *Government Agencies. Practices and Lessons from 30 countries*. UK, Palgrave/Mc Millan.

WEBER, M. *Economía y Sociedad*. México D.F., Fondo de Cultura Económica.

WENDT, C. 2017. *Max Weber and Institutional Theory*. Springer; Siegen.

ZYWICKI, T. 2013. The Consumer Financial Protection Bureau: Savior or Menace? *The George Washington Law Review*, Vol. 81; 856.

JURISPRUDENCIA

CS: Rol N° 1119/2015 (Casación); Resolución N° 154.702, Corte Suprema, tercera Sala (Constitucional) de 30 de septiembre de 2015

CAP: Rol 21.331 / 2011, 9 de Marzo de 2012, CAP Santiago/ Rol 6743-2016, Corte de Apelaciones de Valparaíso

TC : STC, Rol 3312-17, Considerando 47°, p. 118

TDLC: Sentencia 140/2014, del TDLC; Sentencia Rol 160-2017, TDLC

Órganos reguladores

SPensiones: Resolución N° 102, de fecha 27 de Diciembre de 2018, la Superintendencia de Pensiones

CMF: Boletín 9015-05 que Crea la Comisión Nacional de Valores / Mensaje N° 011-361, de S.E El presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que crea la Comisión de Valores y Seguros, Santiago, 2 de Julio de 2013, p. 5