

## **Las regulaciones: un análisis desde el derecho y las políticas públicas**

**Sebastián Donoso R.**

Abogado

Magister en Políticas Sociales

LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE

Director del Magister en Políticas Públicas

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Desde hace un buen tiempo las regulaciones están en la mira. Frente a la natural inclinación del ser humano –muy arraigada además en nuestra idiosincrasia– de recurrir a leyes y reglamentaciones para solucionar cualquier problema, han ido surgiendo voces, primero tímidamente y después con más fuerza, que advierten sobre los efectos negativos que aquéllas pueden implicar.

Este trabajo pretende entregar una visión crítica del rol que juegan las regulaciones en el Chile de hoy. A partir de la teorización que existe sobre las regulaciones, necesaria para comprender su naturaleza y efectos, se trata de analizar críticamente el impacto que aquéllas tienen en la economía y en el derecho. Para lo anterior es necesario entender quién dicta las regulaciones y quién fiscaliza su aplicación. De particular interés es el proceso en virtud del cual se crean las regulaciones, y el rol que en dicho proceso le cabe a funcionarios públicos, parlamentarios, grupos de interés y entidades reguladas. Este análisis permite además extraer implicancias de políticas públicas, en un momento en que estas últimas ocupan un espacio cada vez más visible del debate político.

No obstante, es preciso señalar desde un principio –y éste es uno de los principales problemas que enfrenta la investigación en esta materia– que es escasa la evidencia que permite evaluar el impacto de las regulaciones. Tampoco existen indicadores o “proxys” que permitan estimar, aunque sea indirectamente, dicho impacto. Por lo mismo, y por ahora, este trabajo pretende aportar un marco teórico que permita a futuros investigadores –con más evidencia e indicadores ad hoc– evaluar el impacto concreto de las regulaciones sobre una sólida base conceptual.

Tanto en el campo de la economía como en el del derecho hay debate sobre el "estado de salud" de nuestra institucionalidad. Se puede decir que en nuestro país se superponen dos visiones sobre el particular: una "autoflagelante" y una "complaciente". A un nivel micro, por supuesto, las críticas abundan. En lo que a nuestro sistema legal se refiere, las críticas apuntan a los defectos de la justicia civil, a las debilidades que se han detectado en el funcionamiento del nuevo sistema procesal penal, a la falta de independencia e imparcialidad de ciertos tribunales, etc. Sin embargo, a un nivel macro, la mirada predominante es más bien complaciente. Se arguye que, excepto algunas situaciones excepcionales que generan debate –como la violencia asociada a demandas mapuches en la novena región–, nadie discute que en nuestro país impere el Estado de Derecho; que se ha puesto en marcha una profunda modernización de nuestra justicia criminal; que el derecho de propiedad se encuentra adecuadamente protegido según estándares internacionales; en fin, que la Constitución Política de la República, después de la última reforma, es ya una carta de consenso. Con la institucionalidad económica ocurre algo parecido. En el nivel micro existe bastante criticismo, entre otras áreas, a la rigidez de nuestra normativa laboral, a la precariedad de las PYMES, a las debilidades en materia de investigación, desarrollo e innovación y, por supuesto, a nuestro gran talón de Aquiles: la calidad de la educación y su impacto en la formación de capital humano. No obstante, a un nivel macro, la percepción se invierte. Chile se percibe y es percibido como un país líder y exitoso, en que existe una razonable ecuación entre estabilidad política, inserción económica internacional, cuentas fiscales ordenadas y un adecuado marco institucional.

Es cierto que hemos avanzado en muchas áreas. También es cierto que si nos comparamos con nuestros vecinos, la conclusión puede ser gratificante. Pero –nos guste o no admitirlo– son muchas las materias en que ofrecemos flancos débiles o, peor aún, nubes amenazantes. Una de ellas es la regulación, o para decirlo más francamente, la sobrerregulación o exceso de regulaciones.

La polémica que generan las regulaciones no es nueva. Ya a principios de los años noventa existía debate entre los miembros de nuestro Congreso Nacional respecto a la conveniencia de una proliferación del trabajo parlamentario. Algunos congresistas estimaban que la sede legislativa debía trabajar intensamente y evacuar el mayor número de leyes posible. Otros, en cambio, sostenían un criterio de sana prudencia frente al trabajo legislativo, alertando sobre los peligros que significaba para el país un aumento –inorgánico– de leyes y regulaciones.

Así, y como bien acota Guzmán (1993), el problema de la regulación se circunscribe dentro de la ya tradicional discusión sobre los límites de la actividad del Estado. En efecto, la actitud frente a la regulación es radicalmente distinta

dependiendo de la ideología o prisma doctrinario que inspira al agente regulador o al observador. Para quienes desconfían de las empresas y empresarios, o afirman la necesidad de un Estado fuerte y activo en la reglamentación de las relaciones sociales y económicas; para quienes no ponen gran fe en el individuo como motor de cambios y prosperidad, o no dan mayor importancia al impacto que tiene un marco legal en la iniciativa y el emprendimiento, las regulaciones constituyen una herramienta útil e indispensable para imponer esa visión. En estos casos las regulaciones, más que imitar las condiciones del mercado, tienden a degenerar en una intrincada red de reglamentaciones, controles y fiscalizaciones que pueden provocar serios trastornos socio-económicos.

Esta discusión, tanto o más vigente hoy que entonces, nos lleva directamente al objetivo central de este artículo. Las regulaciones no son dañinas *per se*: producen beneficios y costos. A veces nos benefician a todos, y a veces sólo benefician a ciertos grupos de consumidores o productores. Algo parecido ocurre con los costos que muchas regulaciones imponen. El problema es que, aunque estamos en condiciones de mencionar los beneficios que supuestamente producen ciertas regulaciones, tenemos poca conciencia de los costos y perjuicios que pueden conllevar. Lo que interesa analizar, pues, es qué hay en la naturaleza de las regulaciones y de los procesos que les dan vida que producen esos resultados, y en qué formas afectan el funcionamiento de la economía y del sistema jurídico.

### **Las regulaciones: un acercamiento teórico**

Siguiendo a Dudley (2005), se puede definir a las regulaciones como estándares específicos o instrucciones que dicen lo que pueden o no hacer las personas, empresas y otras organizaciones. Las regulaciones son, desde esta perspectiva, el principal vehículo a través del cual los organismos del Estado –cualquiera sea su naturaleza y misión– implementan sus objetivos.

Por supuesto, las regulaciones afectan todos los aspectos de nuestras vidas. Desde que nos levantamos en la mañana hasta que nos vamos a dormir, las regulaciones influyen prácticamente todo lo que hacemos. Partiendo por el contenido de nuestra pasta de dientes, jabón o champú, hasta las normas de seguridad en los lugares de trabajo, pasando por el uso de sillas para niños en los vehículos o la información nutricional en cada alimento o bebida que consumimos, las regulaciones afectan nuestra vida diaria en formas que a veces ni siquiera imaginamos. No obstante, tal como advierte Dudley, las personas saben muy poco acerca del impacto de las regulaciones o respecto al proceso que les da vida.

En términos generales, las regulaciones son justificadas con diversas razones:

- a) Para intentar reproducir lo que serían condiciones de mercado, cuando estamos frente a un mercado imperfecto. Es el caso, por ejemplo, de los llamados “mercados regulados”, como el del suministro de energía eléctrica;
- b) Para proteger a los consumidores, como ocurre con la Ley de Protección al Consumidor;
- c) Para proteger la libre competencia. Aquí se inscriben las normas anti-monopolio y de defensa de la libre competencia;
- d) Para insertar parámetros de equidad en las condiciones de acceso a determinados servicios. Ejemplo de este argumento fue la discusión en torno a las recientes reformas en educación, en que se impuso a los establecimientos particulares subvencionados una cuota mínima de admisión de alumnos “vulnerables”; y
- e) Para conseguir diversos objetivos de “bienestar social”, como ocurre con las regulaciones que buscan proteger el medio ambiente, o con aquellas que se justifican por motivos de “seguridad” (como la obligación de usar cinturón de seguridad, o que los niños hasta cierta edad deben viajar en “sillas de auto”).

Precisamente porque recaen en aspectos tan diversos, se suele distinguir dos principales categorías de regulaciones: las regulaciones económicas y las regulaciones sociales.

### **Las regulaciones económicas**

En una economía de mercado, las personas y empresas son las que deciden qué producir, en qué cantidad, cuánto cobrar y qué insumos usar. Por su parte, los consumidores y trabajadores deciden cuánto gastar, cuánto ahorrar, cuánto trabajar y qué comprar. A través de la interacción de la oferta y demanda en miles de mercados, los bienes y servicios son asignados a sus mejores usos. Por eso, Dudley (2005: 28) no trepida en calificar a las regulaciones económicas como el *“uso del poder del Estado para restringir las decisiones de los agentes económicos”*.

Las regulaciones económicas tienden a ser específicas para cada industria. La Superintendencia de Bancos y su par de Valores y Seguros son dos ejemplos de organismos gubernamentales que administran regulaciones económicas.

Este tipo de regulaciones suele ser justificadas como una respuesta a “monopolios naturales”, en que un mercado puede ser satisfecho al menor costo por un solo proveedor. Las regulaciones económicas generalmente controlan:

1. Los precios, por la vía de fijar un máximo (si la preocupación es que el monopolista fijaría precios muy altos) o un mínimo (si la inquietud son los “precios predatorios” para desincentivar la competencia);
2. La cantidad, limitando la cantidad a producir de un bien o servicio, o exigiendo que toda la demanda sea satisfecha a un precio determinado regulado (por ejemplo, en los servicios eléctricos);
3. La calidad del servicio, en particular cuando los precios están regulados; o
4. El número de empresas, por la vía de limitar la entrada de nuevos actores o prohibir a las firmas existentes salirse del mercado.

Si la empresa dotada de poder monopólico cobra un precio que excede a aquel que cobraría si es que existiera competencia, una regulación ideal puede imitar las condiciones de competencia y obligarla a cobrar el precio “competitivo”. Si así fuera, una tal regulación tiene al menos dos efectos beneficiosos: por una parte los consumidores que ya estaban comprando el servicio lo pueden comprar ahora a un precio más bajo, y por otra dicho precio más bajo induce a los consumidores a comprar más, y este incremento en el consumo aumenta su bienestar.

Tal como advierte Dudley, estas regulaciones tienen como propósito beneficiar a los consumidores produciendo un precio igual al que habría en un mercado competitivo. No obstante, advierte que no hay ninguna garantía de que ello ocurra así en la práctica, y que la experiencia indica que las regulaciones pueden además crear otros problemas. Son varias las razones:

1. Si los precios regulados quedan bajo niveles competitivos de mercado, las empresas se abstendrán de invertir en el negocio si esperan que dichos precios “no remunerativos” se mantengan. Al final, esta falta de inversión crea escasez, deterioro en la calidad del servicio, y otros problemas que disminuyen el bienestar del consumidor.
2. Las regulaciones de precios y de entrada a un mercado competitivo pueden aumentar los precios y reducir el consumo. Esto puede ocurrir cuando los reguladores –por equivocación– imponen regulaciones en un mercado competitivo, o bien cuando lo hacen conscientemente en respuesta a incentivos políticos. Las presiones políticas para obtener regulaciones pueden

venir de la industria –para impedir una mayor competencia e incrementar sus ganancias–, o de ciertos segmentos de consumidores, para obtener servicios a precios subsidiados.

3. Las regulaciones que afectan servicios frecuentemente alteran la elección que la empresa debe hacer de sus insumos, con la consecuencia que fallan en su objetivo de producir al costo mínimo. Los precios resultantes pueden parecer justos y razonables, desde el momento que reflejan los costos, pero los costos mismos ya están inflados.

4. Las regulaciones afectan negativamente la innovación y el emprendimiento. Este es, tal vez, el más negativo de todos los efectos de una mala o inoportuna regulación. En efecto, las regulaciones disminuyen los incentivos de las empresas a reducir costos, mejorar la calidad y desarrollar nuevos productos y servicios. Dudley agrega que hay estudios empíricos sobre industrias desreguladas que demuestran el impacto de la innovación, ya que han encontrado consistentemente que las desregulaciones generan reducciones de precios más grandes de lo que los economistas predecían basados en los costos previos a la desregulación y las condiciones de mercado.

Pero tanto o más importante es el impacto de las regulaciones sobre el emprendimiento. Aquí ya no se trata del efecto de las regulaciones sobre las empresas ya existentes, sino sobre la creación de nuevas unidades productivas. Como ocurre en otras materias, existe aquí lo que se conoce como “cifra negra”: nunca podremos saber con certeza la cantidad de emprendimientos, nuevos negocios o industrias que se frustran, fracasan o simplemente nunca llegan a concebirse debido a regulaciones que imponen un exceso de trámites, controles, requisitos, papeleos, etc., para darles vida. Este efecto negativo tiene además un componente social que es importante considerar: los más afectados son los emprendedores que pertenecen a sectores sociales más desaventajados, para quienes este tipo de regulaciones se transforman en una barrera económica casi infranqueable.

### **Las regulaciones sociales**

Las regulaciones sociales recaen en temas como la salud, educación, seguridad y medio ambiente. La CONAMA es un ejemplo de un organismo gubernamental que administra regulaciones sociales.

Así como la justificación para muchas regulaciones económicas es el control de los precios fijados por “monopolios naturales”, la justificación normativa



para las regulaciones sociales suelen ser las denominadas “externalidades” y las “asimetrías de información”.

Dudley distingue cuatro enfoques distintos que usan estas regulaciones:

a. *Regulaciones basadas en la tecnología*, como la exigencia que los edificios de oficinas incorporen detectores de humo con determinadas especificaciones. Este tipo de regulaciones –también llamadas “command-and-control regulations”– son más fáciles de fiscalizar, pero desalientan la innovación y no se adaptan bien a diferentes circunstancias.

b. *Estándares de “desempeño” o “performance standards”*, por ejemplo cuando se establecen límites a las emisiones contaminantes de una industria. Comparadas con el grupo anterior, este tipo de regulaciones tiene la ventaja que permite a los entes regulados experimentar con diferentes métodos para cumplir con los respectivos estándares.

c. *Incentivos económicos*, cada día más utilizados. Es el caso de los llamados permisos transables de emisión que operan en los Estados Unidos, en que las empresas cuyo costo de cumplir con los límites de emisión es muy alto pueden comprar permisos para emitir hasta ciertos niveles durante un período de tiempo, y además transar dichos permisos en el mercado. Estos permisos responden al modelo de internalización de externalidades del economista británico A. C. Pigou.

d. *Definición clara de los derechos de propiedad*. Este enfoque enlaza con el trabajo del premio nobel Ronald Coase y es utilizado menos frecuentemente. Coase argumentó que las externalidades emergen cuando los derechos de propiedad no están bien definidos y que, en la medida que lo son, las partes involucradas en desacuerdos pueden negociar una solución que internalice la respectiva externalidad. Ejemplo de ello serían los costos impuestos por una fábrica que contamina el agua de un río a quienes lo utilizan para fines recreacionales aguas abajo. Si estos últimos tuvieran un derecho de aprovechamiento sobre dichas aguas, el dueño de la fábrica tendría que negociar con ellos para descargar residuos al río, abriéndose varias alternativas posibles de negociación.

En el caso de las “asimetrías de información”, las regulaciones a veces asumen la forma de obligaciones que se imponen a ciertos actores de entregar determinada información al mercado, lo que tiene la ventaja de permitir a los consumidores tomar sus propias decisiones.

## ¿Por qué existen las regulaciones? Teorías

Diversas teorías han intentado explicar el origen de las regulaciones y dar respuesta a la pregunta que encabeza este párrafo.

### 1. Teoría del interés público o “fracaso del mercado”

La primera teoría de las regulaciones reconocía que –en términos generales– los mercados son eficientes al asignar recursos escasos a sus mejores usos. Sin embargo, estimaba que la intervención estatal es necesaria en aquellos casos en que no se configuran condiciones de competencia y en que los mercados fallan en su tarea de asignar los recursos eficientemente. Por su parte, el concepto de “fracaso del mercado” proviene del paradigma económico neoclásico del “mercado perfectamente competitivo”, en que muchos compradores y vendedores de un producto homogéneo tienen información perfecta.

Según Dudley (2005), estas fallas o fracasos del mercado caen en cuatro categorías:

- a) Las *externalidades*, que ocurren cuando las acciones de un agente económico imponen costos o beneficios en otros agentes sin una compensación. Si esas acciones afectan el bienestar de la otra parte tanto como para que esté dispuesta a pagar para alterarlas, entonces los recursos no están siendo asignados en la forma que lo serían si todos los costos y beneficios estuvieran “internalizados” en el mercado.
- b) Los llamados *bienes públicos* son recursos comunes a los que pueden acceder libremente todos los usuarios o, dicho de otra forma, bienes o servicios caracterizados por la “no-exclusividad” y “no-rivalidad” en el consumo. Como dice Cobin (1999), el costo de proporcionarlos a una o más personas es el mismo, el consumo que hace una persona no reduce la cantidad disponible para otras y quienes no pagan no pueden ser impedidos de consumirlos. Los bienes públicos son considerados un fracaso del mercado, porque la gente puede obtener gratis los beneficios sin pagar por ellos. Dudley agrega que el problema con estos bienes públicos es que tienden a ser sobreadministrados (por ejemplo, la extracción de mariscos) o subprovidos (no habrían nuevos descubrimientos si no existieran patentes que garantizan al descubridor el derecho a profitar de ellos).
- c) El *poder monopolístico* en un mercado permite a una empresa controlar los precios. Los “monopolios naturales” se dan cuando un mercado puede ser satisfecho al menor precio sólo si la producción está limitada a un solo productor. En estos casos, en ausencia de algún tipo de regulación, los precios serían más altos y la cantidad producida menor que en un mercado competitivo.



d) Cuando los participantes en un mercado tienen *información inadecuada* –lo que se suele llamar como “asimetrías de información”– los mercados pueden no asignar los recursos en forma eficiente.

Como dice Guzmán (1993), la premisa fundamental de esta teoría descansa en la idea de que los reguladores (agencias del Estado en muchos casos) estarían actuando en el interés de la sociedad. Por consiguiente, los reguladores –en forma altruista y buscando servir el interés público– promueven regulaciones para corregir los “fracasos del mercado” y asegurar que las externalidades sean internalizadas, los bienes públicos proveídos, los monopolios reglamentados y la información que se entregue la adecuada.

Para Cobin (1999) la teoría del fracaso del mercado es la suposición clave que subyace bajo la regulación y que justifica –para algunos– la intervención del Estado en ciertos mercados.

## **2. Teoría de la “captura”**

Esta teoría nace de la observación de que muchas leyes y regulaciones no corresponden a industrias caracterizadas por “fracasos del mercado”, y que más bien parecen servir intereses privados. Ello llevó a Shughart (citado por Cobin, 1999) a sostener que, dados los incentivos económicos disponibles para los productores, es probable que ellos formen coaliciones de grupos de interés para “*usar el aparato de la regulación pública para su propia ganancia*”. En otras palabras, los políticos y reguladores terminan siendo “capturados” por intereses especiales, usualmente los de los mismos productores a quienes deben regular. El resultado es que las leyes y regulaciones no persiguen el interés público, sino que –muy por el contrario– sirven dichos intereses especiales.

El problema con esta teoría es que muchos reguladores no parecen estar favoreciendo deliberadamente a las industrias reguladas, y por lo mismo no da una explicación de su comportamiento.

## **3. Teoría económica de la regulación**

Stigler (1971) ofreció una nueva teoría que daba cuenta de la presencia de regulaciones en diferentes industrias. Según sus propias palabras, la tarea central de esta teoría es explicar quién recibirá los beneficios o cargas de las regulaciones, qué forma adoptarán éstas, y cuáles son sus efectos sobre la asignación de recursos.

Stigler –nos dice Dudley– partía de las siguientes premisas:

- a) El recurso básico del Estado es el poder coercitivo.
- b) Un grupo de interés que es capaz de convencer al Estado de usar su poder coercitivo para su beneficio puede aumentar su bienestar a costa de otros.
- c) Los agentes –empresas, personas, funcionarios públicos, parlamentarios, grupos de interés– se comportan racionalmente y tratan de maximizar su propia utilidad.

Desde dichas premisas, Stigler fija su teoría según la cual las regulaciones son suministradas en respuesta a la demanda de grupos de interés actuando para maximizar su propio bienestar o ingreso. Dicho de otro modo, las regulaciones son una “conquista” de la industria y por lo mismo son diseñadas e implementadas para su propio beneficio. Al mismo tiempo, Stigler observó que el comportamiento de los legisladores estaba manejado por su deseo de mantenerse en sus cargos, es decir, de maximizar apoyo político. Desde esta perspectiva, las regulaciones son una vía de redistribuir riqueza, y los grupos de interés compiten por esa redistribución ofreciendo apoyo político a cambio de legislaciones favorables.

Una de las implicancias de esta teoría es que las regulaciones tienden a favorecer a grupos pequeños que están mejor organizados y que tienen más que ganar de la redistribución de riqueza, en desmedro de grupos de interés más grandes, peor organizados –o cuyo costo de organización es más alto, a diferencia de los anteriores– y que tienen menos que ganar. Por otra parte, a diferencia de la teoría de la captura (en que las regulaciones favorecen siempre a la industria regulada), y dado que con frecuencia hay intereses contrapuestos en ciertos temas, la teoría de Stigler sugiere que las regulaciones tienden a reflejar un balance de fuerzas políticas. De este modo, si los intereses especiales de un grupo coinciden con el interés público, o si a los ciudadanos les preocupa un tema lo suficiente como para que afecte sus decisiones de votación, las regulaciones pueden terminar sirviendo el interés público.

#### **4. Teoría de la “elección pública” o “public choice”**

En una línea similar a la de Stigler, el premio nobel James Buchanan y Gordon Tullock desarrollaron un análisis científico del comportamiento de los reguladores que afirma dos hechos básicos:

- a) Los funcionarios públicos, parlamentarios y votantes están movidos por un interés personal, tal como lo están todos los individuos en otras circunstancias; y

b) No son altruistas ni buscan el interés público (como pretende la teoría de fracaso del mercado) sino que tratan de maximizar sus propios intereses privados.

El interés personal o privado de los legisladores, agrega la teoría de la elección pública (coincidiendo con Stigler), es mantenerse en el poder. Con estas premisas, nos dice Cobin (1999), el principal elemento de la elección pública es la *lógica de los beneficios concentrados con costos dispersos*. En otras palabras, como señala Boettke (citado por Cobin), los incentivos en el proceso político están dados para que los "políticos-reguladores" concentren los beneficios en pequeños grupos de interés bien informados y bien financiados (a cambio de su apoyo) y dispersen los costos entre las masas mal informadas y desorganizadas de votantes (sin sufrir un castigo electoral de su parte).

La teoría de la elección pública implica el fin de la visión romántica del Estado. Nos dice que los políticos y los burócratas, lejos de ser altruistas, actúan igual que cualquier otro agente en los mercados de la sociedad. O como lo pone el propio Buchanan (2003), la elección pública puede ser resumida en tres palabras: "*politics without romance*", la "política sin romanticismo". Desde este punto de vista, agrega Buchanan, la elección pública se transformó en una teoría de "fracaso del Estado", como contrapartida a la de "fracaso del mercado".

### **Teoría de la regulación y grupos de interés**

La teoría económica de la regulación de Stigler afirma que el Estado, dado su carácter de agencia monopólica del poder de coerción, puede ser "colonizado" por grupos de interés que buscan utilizar esa estructura para su propio beneficio. Estos grupos de interés, según Stigler, pueden beneficiarse del Estado por cuatro vías:

- a) Subsidios directos en dinero;
- b) Establecimiento de barreras a la entrada de nuevos rivales (por ej. integración vertical; cuotas de producción o importación);
- c) Medidas que afectan bienes sustitutos y complementarios. Stigler cita el ejemplo de los productores de mantequilla, cuyo deseo es eliminar a la margarina y fomentar la producción de pan;
- d) Fijaciones de precios.

Guzmán (1993) advierte que cuando un grupo de interés recibe recursos del Estado, los beneficios que éstos generan son menores que los costos que soporta la sociedad. La lógica nos indica, entonces, que en una sociedad democrática estas demandas de los grupos de interés debieran ser rechazadas (salvo que el grupo de interés en cuestión tenga control sobre la mayoría). Sin embargo, la realidad nos indica otra cosa: en muchos casos estos grupos logran su objetivo y obtienen del Estado regulaciones que los benefician. La respuesta a esta contradicción la encontramos en lo que podríamos llamar "mercado político", cuyas características ya hemos enunciado al describir las teorías sobre el origen de las regulaciones, y en particular la visión de Stigler y la teoría de la elección pública.

### **Las regulaciones frente al derecho**

Interesa ahora analizar qué impacto pueden tener las regulaciones en el funcionamiento del derecho como sistema, y las interacciones que se producen con la economía.

En un ensayo sobre "Lo Público y lo Privado", y coincidiendo en parte con el análisis precedente, Enrique Barros (2001) sostiene que la legislación y el gobierno tienen, ante todo, la función de satisfacer lo que los economistas llaman "bienes públicos", esto es, aquellos que no pueden ser realizados mediante la interacción espontánea de las personas y asociaciones. *"A pesar de que el interés que expresan los bienes públicos es común a muchos, no puede razonablemente ser satisfecho mediante contribuciones individuales"*. Ejemplo de bienes públicos son la persecución criminal, la administración de justicia, la fuerza pública y la defensa. Asimismo, agrega Barros, el Estado también debe corregir las "externalidades negativas" que producen ciertas actividades privadas y que no están naturalmente incorporadas como costos en la producción de otros bienes. Por otra parte, a lo anterior deben agregarse las clásicas funciones del Estado en materia de justicia distributiva, que en opinión de Barros consisten en *"asegurar a las personas y grupos humanos un umbral mínimo de existencia y de igualdad de oportunidades, atendidas las condiciones generales de desarrollo, en bienes como la educación, la salud, la seguridad social o la cultura"*.

Estas funciones del Estado son precisamente las que se concretan en regulaciones. Más que en la provisión de los llamados "bienes públicos", el problema de las regulaciones se plantea cuando éstas intentan corregir las externalidades negativas, reproducir condiciones de competitividad en ciertos mercados, o conseguir objetivos de justicia, equidad o igualdad de oportunidades. En estos casos, al beneficio inmediato que reporta una determinada regulación para ciertos grupos o efectos, frecuentemente se suman consecuencias negativas para otros grupos

o efectos, muchas veces en el mediano o largo plazo. Por otro lado, desde el punto de vista del derecho, las regulaciones claramente tienen un impacto sobre los principios en que se fundamenta su sano y correcto funcionamiento.

En efecto, uno de los principios generales del derecho es el respeto de la "autonomía privada" en la esfera del derecho privado. En términos generales, entendemos la autonomía privada como la potestad que tienen todos los particulares para regular por sí mismos sus relaciones jurídicas. Profundizando el concepto, Alcalde (2003) la define como un *"poder complejo, inherente a la persona humana, y que en función de su capacidad natural de autodeterminarse para la obtención de sus fines existenciales, debe serle reconocido por el ordenamiento jurídico con el objeto de que se halle en condiciones de disponer de los derechos subjetivos de que es titular, así como generar y regular los efectos jurídicos que derivan de su actuación en sociedad"*.

Alcalde incluye a la autonomía privada entre aquellos principios generales del derecho que, directa o indirectamente, emanan de la propia naturaleza humana, por lo cual su validez y obligatoriedad se nos imponen como una realidad que no depende de nuestra mera voluntad. Si entendemos, pues, al derecho como un "cauce" que permita a cada persona alcanzar sus fines naturales –tanto en una esfera individual como social–, entonces debemos también reconocer la facultad de esa persona para crear reglas jurídicas. Esta facultad, advierte Alcalde, le pertenece al ser humano de un modo originario: no se trata de una concesión graciosa de la autoridad estatal.

Aquilatar la trascendencia de este principio es vital para evaluar mejor el impacto de las regulaciones. Las regulaciones son un instrumento de que dispone la autoridad estatal para constreñir la actividad humana en pos de loables –supuestos– objetivos de bienestar social. Pero no debemos olvidar que el Estado –y las regulaciones que éste impone– deben estar al servicio del ser humano y no al revés.

Aquí entroncamos con otro principio general del derecho, que Alcalde define como la *"primacía de la persona frente al Estado y la consecuente "servicialidad" de éste"*. En efecto, cuando las regulaciones proliferan y se extienden en todas direcciones, inorgánicamente; cuando invaden esferas de la vida personal y social sin adecuada justificación; cuando coartan y arrinconan la iniciativa de personas naturales y jurídicas para libremente "generar y regular los efectos jurídicos que derivan de su actuación en sociedad", entonces las regulaciones dejan de servir al ser humano y pueden transformarse en un obstáculo a su realización. Por tal razón, dice Alcalde, la supresión de la autonomía privada como principio general del derecho llevaría consigo la *"total anulación de la persona y su conversión en un puro instrumento de la comunidad"*.

Pero el análisis de la autonomía privada no puede confinarse a los márgenes de los principios generales del derecho. La autonomía privada, nos dice Alcalde, encuentra un cauce natural de expansión y desarrollo en el ejercicio de la iniciativa que asiste a los particulares en materia económica. Se puede afirmar así que la autonomía privada, como pilar del derecho privado, no es otra cosa que la natural –y necesaria– contrapartida jurídica del libre mercado como sistema económico, con sus pilares naturales, que son la iniciativa privada y el emprendimiento. En otras palabras, si entendemos un marco legal como “el rayado de cancha” de los agentes económicos, y si la cancha es el libre mercado, entonces es imprescindible que dicho marco legal tenga como principio fundante el de la autonomía privada. En este contexto, tal como se enseña a los estudiantes de derecho, los privados pueden ejecutar todos aquellos actos jurídicos que no estén expresamente prohibidos por la ley, y por lo mismo pueden ejercer una amplia iniciativa y creatividad con ese objeto.

En ese sentido, la principal expresión de la autonomía privada es la *libertad contractual*, entendida como la vía que en mejor medida permite que los particulares participen en la creación del derecho, generando y a la vez regulando sus relaciones jurídicas. Hilando más fino, debemos distinguir aquí entre la *libertad de contratar* –el contrato siempre ha de ser el resultado de una libre determinación de las partes– y la *libertad contractual* –al contratar las partes aceptan libremente el contenido de la respectiva convención.

Si estamos a la definición que de regulaciones se ha dado anteriormente, el impacto que ellas pueden tener es entonces evidente. En algunos casos las regulaciones prohíben determinados actos o limitan severamente ciertas facultades, como ocurre con las limitaciones al dominio de las tierras indígenas en la Ley 19.253. En otros, la gran mayoría, lo que hacen las regulaciones es reglamentar profusamente la forma en que debemos realizar determinados actos jurídicos y su contenido.

El impacto de estas limitaciones podría ser considerable. La apertura comercial e inserción internacional de la economía chilena supone interacciones cada vez más intensas y complejas entre múltiples agentes económicos a través de las fronteras. Frente a esta realidad, el derecho debe mostrar flexibilidad y permitir la creatividad necesaria para que se provean nuevas figuras legales que den cauce a los negocios de hoy.

Las regulaciones, desde esta perspectiva, se erigen no sólo como una amenaza en contra de los derechos individuales, sino también en contra de la competitividad. El gran riesgo aquí es que el derecho muestre cierta incapacidad o lentitud para adaptarse a las transformaciones de la sociedad, o que derechamente obstaculice el normal desenvolvimiento de los actores sociales

y económicos. Por eso Alcalde advierte que muchos de los embates que se dirigen en contra de los derechos de la persona por parte del poder público importan *“desconocer o bien confundir cuál es, primero, el origen y naturaleza de la facultad que asiste a los particulares para “autonormar” sus relaciones jurídicas, y, segundo, los límites que no ya los privados, sino que la misma autoridad, deben observar en este campo”*. Muchos de estos ataques se escudan en argumentos como el *“interés superior de la sociedad”*, el *“bien común”*, el *“orden público económico”*, o incluso el propio *“mercado”*. En este sentido, Alcalde llega a decir que *“el nuevo “Leviatán” que amenaza la libertad y dignidad del hombre ha optado por utilizar el ropaje de una exorbitante “regulación”, llegando incluso a fundar sus limitaciones en una pretendida “superioridad” –o en el mejor de los casos “igualdad”– que tendría frente a ella la “naturaleza”, con la significación que le atribuyen a este concepto algunas corrientes ecologistas”*.

La invocación del *“orden público económico”* para justificar regulaciones excesivas resulta particularmente equívoca, si entendemos aquél precisamente como el conjunto de normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país. Algo similar ocurre con el principio de subsidiariedad, muchas veces mal entendido y utilizado para justificar la acción protectora del gobierno más con ribetes de intervencionismo que de auténtica subsidiariedad.

En el ámbito de las regulaciones sociales, y en la misma línea, Rodríguez Grez (1992) nos recuerda que en algunos sectores aún impera un marcado interés por la llamada *“ingeniería social”*. Para dar rienda a ese interés se recurre a una nutrida legislación reglamentaria y a nuevos intentos de dirigismo contractual.

## **Regulaciones y discrecionalidad funcionaria**

Una cuestión adicional, y no menos relevante, tiene que ver con la autoridad de la que emanan las regulaciones. A este respecto, en nuestro país podemos distinguir dos situaciones:

1. Regulaciones emanadas del órgano legislativo, es decir, las leyes dictadas por el Congreso Nacional.
2. Regulaciones emanadas del órgano ejecutivo en ejercicio de la potestad reglamentaria, en sus distintos niveles, a través de reglamentos, decretos, resoluciones, ordenanzas e instrucciones.

Esta distinción nos sitúa frente a una problemática de carácter distinto que plantean las regulaciones: la discrecionalidad. En efecto, un aspecto de la cuestión (que hemos visto hasta ahora) tiene que ver con el impacto de las regulaciones en cuanto tales. Otra cosa son ciertos factores –como la discrecionalidad de que gozan ciertas autoridades– que pueden incidir en el carácter, contenido y extensión de las regulaciones.

Las regulaciones emanadas del Congreso Nacional, por costosas u odiosas que sean, tienen al menos el sello de legitimidad que otorga el proceso de discusión parlamentaria de las leyes. Distinto es el caso de las regulaciones que emanan del ejecutivo. Acá se producen dos situaciones diversas que generan problemas. Una es el mandato que muchas veces entregan las leyes para que un reglamento, dictado por la autoridad sectorial respectiva, regule ciertas materias. Otra es la potestad reglamentaria que tiene la autoridad –en los distintos niveles– para regular ciertas materias sin necesidad de que una ley lo autorice. En ambos casos, las regulaciones quedan expuestas a la discrecionalidad funcionaria.

Esta potestad para reglamentar la tiene no sólo el Presidente de la República, sino también, por ejemplo, los jefes superiores de servicios y los alcaldes, dentro de la esfera de su competencia y de acuerdo a las atribuciones que les han sido expresamente conferidas por ley. En el derecho administrativo se ubica a la potestad reglamentaria como parte del llamado *poder normativo*, es decir, aquel poder jurídico inherente a todo jerarca o autoridad que consiste en normar la actividad de sus dependientes o subordinados, formación que podrá ser por vía general –en la forma de reglamentos, circulares o instrucciones– o por vía singular o particular, por medio de órdenes concretas y específicas dirigidas no ya al conjunto de los agentes dependientes sino a uno determinado individualizadamente. Aunque este poder normativo está sujeto a la Constitución Política y a las normas dictadas en su conformidad (artículo 6° inciso 1° de la Constitución) y aunque para que sus actos sean válidos han de adecuarse al principio de juridicidad (de lo contrario serían nulos de acuerdo al artículo 7° de la Constitución), no está de más recordar que también deben respetar los derechos de los subordinados o dependientes y los derechos de terceros.

En este contexto, Harald Beyer (2004) sostiene que un buen marco regulatorio es aquel que no sólo busca evitar los costos sociales que imponen ciertas imperfecciones del mercado (como los monopolios naturales), sino que además debe limitar el poder discrecional de la autoridad. Pero advierte a continuación que posiblemente la falencia más importante del sistema regulatorio chileno tiene que ver con la excesiva dependencia de los reguladores del Poder Ejecutivo y, por consiguiente, del mundo político.





## Las regulaciones en la mira

Como se adelantó en el comienzo de este trabajo, la preocupación ante el aumento creciente de las regulaciones no es nueva. Esta preocupación se ha incrementado particularmente en los últimos años, hasta el punto que connotados políticos, economistas y observadores han incluido, dentro de la lista de amenazas a la competitividad de Chile, lo que perciben como un aumento inorgánico de las regulaciones.

La mejor demostración de que dicha preocupación no es un espejismo o exageración local es el último *Índice de Libertad Económica*, clásica publicación conjunta de la Heritage Foundation y The Wall Street Journal, en que Chile figura en la posición 14 en el ranking mundial 2006. Dicho índice califica la libertad económica de los países de acuerdo a 10 áreas, entre las que se incluyen la política comercial, carga impositiva, intervención gubernamental, política monetaria, inversión extranjera, derechos de propiedad y las regulaciones. El área en que Chile recibe peor calificación, precisamente, es en las regulaciones.

Si bien se destaca que el sistema regulatorio chileno es transparente y expeditivo, se afirma que las regulaciones gubernamentales pueden ser onerosas en algunas áreas. *“Los sectores más regulados de la economía chilena son el sector de servicios públicos, el sector bancario, los mercados de valores y los fondos de pensiones”*. Resaltan también las regulaciones enfocadas a normas laborales, ambientales y sanitarias, y en particular las primeras: *“las leyes laborales son un poco rígidas, y perjudican principalmente a las pequeñas y medianas empresas, que requieren una importante cantidad de mano de obra y emplean a la mayor parte de la población”*.

Este diagnóstico es compartido no sólo por personalidades de distintos ámbitos, sino que también ha sido objeto de análisis por los centros de estudios o “think tanks” nacionales, como el Instituto Libertad y Desarrollo, el Instituto Libertad o Expansiva. Así, por ejemplo, Guzmán (2003) sostiene que reducir las regulaciones que detienen la inversión en sectores claves es una de las múltiples reformas necesarias para mejorar las expectativas. Por su parte Quiroz (2001) señala que el servicio de las instituciones públicas (dentro del que incluye las regulaciones, permisos, patentes y burocracia en general) no está a la altura de los requerimientos mínimos para hacer atractivo a empresas extranjeras localizarse en Chile, con los consecuentes beneficios que ello tendría en materia de competencia e innovación.

## **Preguntas clave: cuándo y cómo regular**

Tal como anunciamos al principio de este trabajo, el objetivo de un buen análisis regulatorio es verificar que una determinada regulación produzca más beneficios que costos o, dicho en forma menos académica, que haga más bien que mal.

Dudley (2005) identifica los siguientes pasos para lograr lo anterior:

### 1. Identificar una falla de mercado relevante.

Las regulaciones sólo debieran imponerse en caso de una clara falla o imperfección del mercado, que no puede ser adecuadamente enfrentada por otros medios. En esta parte del análisis es importante asegurarse de que estamos efectivamente frente a una falla de mercado y no ante otros problemas, como por ejemplo una inadecuada definición de los derechos de propiedad. Otro ejemplo de una falla aparente del mercado es el de empresas que han logrado una posición monopólica gracias a protecciones estatales, más que debido a economías de escala.

### 2. ¿Es apropiada una intervención del Estado para solucionarla?

Incluso cuando una falla de mercado es identificada, puede no haber necesidad de una regulación si es que otras medidas podrían resolver el problema mejor. Entre otras alternativas disponibles están, por ejemplo, recurrir a los tribunales de justicia, aplicar las leyes antimonopolio, etc. Por tanto, al considerar la necesidad de dictar una regulación es primordial preguntarse si ese tipo de intervención es el adecuado para solucionar el problema en cuestión.

Observar esta exigencia es fundamental y todo lo que se diga para resaltarla es poco. Las regulaciones debieran entenderse como un instrumento de excepción para corregir situaciones que, entregadas a las fuerzas espontáneas del mercado, causan perjuicios a las personas. Este enfoque no tiene nada que ver con el "delirio regulatorio" que afecta por momentos a la clase dirigente, y que es especialmente pronunciado en ciertos sectores políticos. La prensa que cubre la política tampoco colabora al respecto, por ejemplo cuando utiliza como indicador de eficiencia de los parlamentarios la cantidad de mociones de ley que han presentado durante su ejercicio.

### 3. Examinar las alternativas.

El próximo paso es examinar una amplia gama de alternativas para solucionar la falla de mercado de que se trate. Estas alternativas deberían incluir medidas

encaminadas a enfrentar la causa fundamental de la falla de mercado. Así, si la imperfección del mercado identificada es información asimétrica, las soluciones que implican proveer mejor información son las más apropiadas.

En términos generales, agrega Dudley, son preferibles los enfoques basados en criterios de mercado y de desempeño, más que los mecanismos de "command and control". Si las regulaciones crean derechos privados u obligaciones privadas, deberían también fomentar un intercambio libre de ellos. En cuanto a las regulaciones sociales, deberían fijarse en los fines más que en los medios. Los estándares de desempeño o incentivos económicos son más efectivos que las regulaciones basadas en tecnología, que por la vía de dictaminar los medios para alcanzar una meta, desalientan la innovación.

#### 4. Escoger la acción regulatoria que maximice beneficios netos.

La alternativa seleccionada debe ser la que maximice beneficios netos para la sociedad. Para ello, junto a otros argumentos, un buen análisis de costo-beneficio es indispensable y debe tener las siguientes características:

- a) Las estimaciones de beneficios y costos deben construirse sobre una línea de base realista.
- b) Los riesgos e incertidumbres debieran ser tratados con transparencia y objetividad.
- c) Todos los valores de los costos y beneficios que ocurren en diferentes años deben ser descontados a su valor presente.
- d) Los beneficios y costos deben ser cuantificados y valorizados.

La mera enunciación de estos pasos nos entrega un mensaje nítido: ciertas regulaciones tienen justificación y por lo mismo deben agotarse todos los esfuerzos para que sean idóneas y maximicen beneficios. Pero también nos da otro mensaje: las regulaciones deben ser un mecanismo de *ultima ratio* y por tanto deben considerarse restrictivamente.

En este punto, el principio de subsidiariedad que informa nuestro entramado constitucional es una buena guía para evaluar la conveniencia o necesidad de una determinada regulación. En otras palabras, donde haya un mecanismo espontáneo de mercado para ajustar ciertas imperfecciones de éste, o donde haya disponibles acciones o medidas de los particulares para hacerse cargo de aquéllas sin necesidad de una intervención estatal, entonces no serán necesarias ni convenientes las regulaciones.

## Conclusiones

Aunque la regulación siempre es presentada bajo la apariencia bondadosa de beneficiar a un grupo determinado, nociones básicas de economía (y sentido común) sugieren que siempre debemos mirar más allá y analizar el impacto de esa regulación no sólo en sus beneficiarios directos, sino en otros grupos. El efecto neto no siempre es positivo, y muchas veces es derechamente negativo. Y los efectos negativos se manifiestan de muchas maneras, pero particular y frecuentemente en resultados adversos para los propios beneficiados, distorsiones en los mercados, pérdida de competitividad e impacto negativo sobre principios e instituciones fundamentales en el derecho. Si bien las regulaciones no son negativas o dañinas *per se*, es preciso estar consciente del potencial negativo que conllevan y que obliga a evitarlas o a ser muy exigentes en su tratamiento, según cada caso.

Chile enfrentará en los próximos años una fuerte presión política y social para introducir nuevas regulaciones en muchos ámbitos, pero particularmente en dos áreas muy sensibles: salud y previsión. En ambos casos el riesgo que se corre es aprobar regulaciones que, con el loable propósito de beneficiar a los usuarios de las ISAPRE y AFP, pueden terminar perjudicándolos gravemente si es que implican cambios muy drásticos en los incentivos para que existan entes privados prestadores de dichos servicios.

No podemos dejarnos estar. Las bases de un Chile competitivo y floreciente se sentaron hace muchos años, y en lo fundamental se han respetado. Sin embargo, por la vía de regulaciones excesivas e inadecuadas se pueden socavar fácil y rápidamente los cimientos del edificio.

## Bibliografía

- Susan E. Dudley (2005) *Primer on Regulation*. Mercatus Policy Series, Policy Resource N° 1, Regulatory Studies Program, Mercatus Center, George Mason University.
- Enrique Barros (2001) *Lo Público y lo Privado en el Derecho*. Estudios Públicos N° 81, Centro de Estudios Públicos (CEP).
- The Heritage Foundation/The Wall Street Journal. Índice de Libertad Económica 2006. [www.heritage.org](http://www.heritage.org)
- Enrique Alcalde (2003) *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Harald Beyer (2004). *Autonomía de los Reguladores*. En Revista Capital, semana del 20 de mayo de 2004.
- John M. Cobin (1999). *La ficción del fracaso del mercado*, en Ensayos Sobre Temas Modernos de la Economía de Mercado, capítulo 12. Universidad Finis Terrae.
- Pablo Rodríguez (1992). *Interpretación, Creación y Desviación en el Proceso de Generación de las Normas*. Editorial Jurídica de Chile.
- James Buchanan (2003). *Public Choice: The Origins and Development of a Research Program*. Center for Study of Public Choice, George Mason University.
- José A. Guzmán (2002). *Expectativas 2003: ¿Qué hacer para mejorarlas?* Serie Informe Económico N°135, Instituto Libertad y Desarrollo.
- Jorge Quiroz (2001). *Explorando nuevos enfoques en innovación*. Debate III, Innovación, Productividad y Crecimiento, Expansiva.
- George J. Stigler (1971). *The theory of economic regulation*. The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 2, N° 1 (Spring, 1971), pp.3-21.
- Eugenio Guzmán (1993). *Teoría de la Regulación, Grupos de Interés y Burocracia. Un Marco para la Discusión*. Revista de Ciencia Política, Vol. XV, N° 1-2.