Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile

José Francisco García G.*

Master y Doctorando en Derecho

UNIVERSIDAD DE CHICAGO

PROFESOR INVESTIGADOR, FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

“El control económico no es meramente el control de un sector de la vida humana que puede ser separada del resto; es el control de los medios para todos nuestros fines. Y quien quiera que tenga el control exclusivo de los medios determinará también qué fines deben perseguirse, qué valores están más alto y cuáles más bajo y, en otras palabras, en qué se debe creer y por qué se debe luchar”.

F. Hayek¹

1. Introducción

El fenómeno de la regulación económica en Chile ha ido de la mano con la tendencia mundial en esta materia. Así, mientras entre la década del 40 y finales de los 70 se observó la expansión del Estado regulador en diferentes ámbitos económicos y sociales; en los 80 y 90 se llevaron a cabo importantes procesos de privatización y desregulación que buscaron revertir la tendencia anterior. Hoy en día, nuestro país se encuentra ante un fenómeno, el regulatorio económico, complejo y sofisticado.

Sin embargo, la complejidad de este fenómeno no cuenta con una dogmática jurídica a la altura del desafío. En un tema eminentemente multidisciplinario,

* Quisiera agradecer la destacada participación del ayudante Juan Pablo Schnake Ferrer en la preparación de este artículo, como asimismo los permanentes consejos y sugerencias de Arturo Fermandois en estas materias. Este artículo es una de las publicaciones derivadas del proyecto “La regulación económica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en el marco del concurso de Fondos de Investigación UDD 2009 y parte de mi tesis de Magister de Derecho Público UC.

¹ HAYEK (1991) p. 92.

que requiere del concurso de áreas relevantes de las ciencias sociales, como la economía y la ciencia política, existe un déficit notorio en la comunicación entre la dogmática jurídica y otras ciencias sociales. Ello es problemático dado que no existe mayor conexión en aspectos básicos.²

Sin ir más lejos, hay ciertas preguntas que no encuentran respuesta en la dogmática jurídica nacional. Por ejemplo, ¿cómo entender los esfuerzos permanentes de ciertas industrias, sectores productivos, colegios profesionales, gremiales o sindicatos para la obtención de subsidios, franquicias tributarias o la imposición de barreras a la entrada de los competidores? o ¿cuáles son las razones de bien común que permiten justificar un trato diferenciado, frente a igual capacidad, en la prestación de algunos servicios que pueden prestar oftalmólogos y optometristas, en una sociedad que garantiza la libertad económica? ¿cómo distinguir entonces las posibles razones de bien común (e.g., “la protección de los consumidores”) de las razones de interés privado (e.g. *lobby* del grupo respectivo para el establecimiento de barreras de entrada para nuevos competidores)?

Si nuestra dogmática está construida sobre la base de una suerte de optimismo combinado de republicanismo y *ius naturalismo*, esto es, que los marcos regulatorios generados por la autoridad son producto de un proceso de deliberación democrática profunda, informada, coherente y que tiene por finalidad el bien común, me parece hay un espacio interesante para introducir alguna cuota de escepticismo respecto de cómo nace a la vida del derecho un marco regulatorio.

Ahora bien, si nuestras regulaciones no son puro “bien común” o “interés general”, como la teoría económica de la regulación pretende mostrar, y no

² Para Ogus, la regulación económica consiste en “los instrumentos legales usados por los gobiernos para inducir a los actores económicos a obtener resultados que, de otra manera, no podrían haber alcanzado si se les hubiera permitido tomar parte libremente en la actividad de mercado”. OGUS (2008) p. 104. Para POSNER (1974) p. 335, el término regulación económica, definido apropiadamente, “se refiere a los impuestos y subsidios de todo tipo como asimismo, a controles explícitos legislativos o administrativos sobre precios, la entrada y otras facetas de la actividad económica”. Para Ariño, cuando se habla de “regulación” se hace referencia con frecuencia a dos ámbitos distintos, que conviene aclarar: “Una es la regulación externa, que se ha llamado de “policía administrativa”, que hace referencia a aquellas condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física en que se desarrolla la actividad económica de que se trata, pero sin entrar en el interior de ésta ni prede-terminar las decisiones empresariales. Otro tipo de regulación es la llamada “regulación económica”: ésta afecta a sectores intervenidos (en muchos casos, de servicio público), se centra fundamentalmente en la entrada y salida de la actividad (en muchos casos, mediante concesiones) y afecta a las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla: al “quantum” de producción, a las zonas o mercados que sirve cada empresa, a los precios o retribuciones que se perciben por ella y, en definitiva, al negocio mismo en que la actividad consiste. Nadie ha puesto seriamente en duda la necesidad de la primera, que muy probablemente se intensificará. La que está puesta en cuestión es la segunda. Y no en cuanto a su existencia, sino en cuanto al sentido y fines que con ella se buscan”. ARIÑO (1999) p. 553.

tan sólo existen “fallas de mercado” que “corregir”, sino que existen “fallas de la regulación”, entonces ¿puede haber un espacio “nuevo” o argumentos adicionales de legitimidad a la hora de fundamentar el rol clave que cumple la Constitución, la Constitución Económica (CE), o el Tribunal Constitucional chileno (TCCh) al interior de nuestro ordenamiento jurídico? Si es plausible que determinadas regulaciones tengan por objeto principal entregar beneficios privados a grupos de interés bien organizados, fruto de la captura de los reguladores por parte de una determinada industria y en perjuicio de la sociedad, ¿pueden ser replanteados los argumentos a favor de la defensa del principio de subsidiariedad estatal o la importancia de contar con estándares o parámetros de control exigentes en materia de revisión judicial económica?

Ello nos lleva de suyo a buscar nuevos enfoques para responder con otros argumentos la vieja pregunta que se hiciera el constitucionalismo hace tantos siglos: ¿cómo limitar el poder público para salvaguardar los derechos y libertades individuales? En este caso, con un énfasis particular en materia económica.

Creemos que es posible darle un nuevo sentido y vigor a aquello que Fernandois ha popularizado entre nosotros bajo el concepto de CE³ como alternativa al viejo concepto de Orden Público Económico (OPE). Ello implica pasar desde una concepción que pone el énfasis en las potestades regulatorias del Estado sobre la economía (OPE), hacia una que, de manera contraria, acentúa los derechos y libertades en el ámbito económico, precisamente garantizando una esfera de autonomía privada frente a los “tentáculos” estatales (CE). Esta mirada, que implica la consolidación de la CE y el abandono del OPE, se enmarca en una tradición libertaria de iuspublicistas chilenos de la que este trabajo se siente parte,⁴ y a la que espera entregar argumentos adicionales para lograr su objetivo. Además, bajo una interpretación constitucional sistemática y finalista,⁵ seguida por el TCCh, parece una consecuencia evidente.

Guerrero del Río, uno de los padres fundadores de la CE al ayudar e instar su elaboración ante la CENC, sostuvo, con notable claridad:

“Entendemos que cuando se habla de buscar la configuración de una nueva institucionalidad, se desea básicamente la preservación de una sociedad fundamentalmente libertaria, en que los individuos sean libres de decidir su destino, con limitaciones sólo en la medida que afecten al bienestar e integridad del

³ Ver FERNANDOIS (2006).

⁴ Ver, por ejemplo, los trabajos precursores de GUERRERO (1979) e YRARRÁZVAL (1987) en la materia; como asimismo, AVILÉS (1998) y ARÓSTICA (2001). Ver otros autores con trabajos posteriores al 2000 en FERNANDOIS (2006).

⁵ Sobre este método de interpretación constitucional ver ZAPATA (2008).

resto (...) si se quiere establecer un sistema en que exista libertad y participación amplia, es necesario evitar el estatismo centralizado".⁶

Como veremos a lo largo de este trabajo, ello va de la mano con los argumentos de la mejor tradición económica que aconseja ser extremadamente prudentes a la hora de entregarle al Estado potestades amplias en materia de regulación económica. Primero, por razones de eficiencia. Ahogar la iniciativa privada es costoso en términos de bienestar social. Segundo, porque el uso de las "fallas de mercado" como justificación para la intervención regulatoria del Estado, debe ser ponderado con las "fallas de Estado" o "fallas de la regulación".

En síntesis, si la Constitución fue desarrollada por el constitucionalismo clásico como un instrumento sofisticado de limitación del poder público, resulta evidente que una CE, debe ser pensada como especie de la anterior. Ello es además coherente con la literatura económica que ha demostrado que existen buenas razones para ser escépticos de confiar ciegamente en categorías como el OPE que suelen ser utilizadas por la autoridad para justificar sus intervenciones en ámbitos de iniciativa privada.

Siguiendo la cita de Hayek que encabeza este trabajo, concordamos que los derechos y libertades en el ámbito económico constituyen *condictio sine qua non* a la hora de pensar en cuán robusta puede ser nuestra democracia y el Estado de Derecho. El control económico que puede hacer, y suele estar tentado a realizar, el Estado sobre los medios de producción y recursos privados, sea en la forma de expropiación, como ocurrió en el pasado, o de manera moderna, a través de tenues, imperceptibles y sofisticadas regulaciones económicas sectoriales, es una amenaza permanente a las libertades individuales. Y no sólo a la libertad económica, como se ha malinterpretado, sino a la libertad política misma.⁷ Como sostiene Guerrero del Río: "(...) la libertad económica es consustancial a la democracia, ya que permite o facilita el ejercicio del resto de los derechos que un sistema democrático asegura a los habitantes del país".⁸

Y es que la regulación económica es en la actualidad, parafraseando a Hayek, *el camino a la servidumbre*.⁹ Este instrumento, la mayoría de las veces imperceptible en sus formas, suave en su aplicación y paulatino en su desarrollo temporal, puede tener un potencial devastador respecto de la iniciativa privada, la capacidad de emprender y de crear de los individuos. Ello no es otra cosa que

⁶ GUERRERO (1979) p. 83.

⁷ Para analizar la relación libertad económica y política ver FRIEDMAN (1962). Entre nosotros ver FONTAINE (1985).

⁸ GUERRERO (1979) p. 84.

⁹ HAYEK (2000).

la vía por la que actúa el Estado de Bienestar, que entre nosotros los juristas se ha intentado consolidar bajo la idea de Estado Social de Derecho. Ya De Tocqueville, hace casi 200 años, nos advertía sobre sus peligros:

“Después de haber tomado así alternativamente entre sus poderosas manos a cada individuo y de haberlo formado a su antojo, el soberano extiende sus brazos sobre la sociedad entera y cubre su superficie de un enjambre de leyes complicadas, minuciosas y uniformes, a través de las cuales los espíritus más raros y las almas más vigorosas, no pueden abrirse paso y adelantarse a la muchedumbre: no destruye las voluntades, pero las ablanda, las somete y dirige; obliga raras veces a obrar, pero se opone incesantemente a que se obre; no destruye, pero impide crear; no tiraniza, pero oprime; mortifica, embrutece, extingue, debilita y reduce, en fin, a cada nación a un rebaño de animales tímidos e industriosos, cuyo pastor es el gobernante. Siempre he creído que esa especie de servidumbre arreglada, dulce y apacible, cuyo cuadro acabo de presentar, podría combinarse mejor de lo que se imagina con alguna de las formas exteriores de la libertad, y que no le sería imposible establecerse a las sombras mismas de la soberanía del pueblo”.¹⁰

Como sostiene Ariño, desde la perspectiva jurídico-política, la principal consecuencia del Estado Social es que éste se convierte en un Estado *dominador*. Así, Estado de Derecho y Estado Social son hasta cierto punto incompatibles como sistemas conceptuales:¹¹

“Existe una manifiesta incapacidad conceptual del Estado de Derecho para encauzar o conformar jurídicamente al Estado Social. Ello porque el “Estado de Derecho” garantiza las libertades, los derechos fundamentales, la paz y el orden público; constituye un excelente sistema de defensa frente a las intervenciones del Estado en el ámbito de los bienes o derechos de los ciudadanos. Pero no garantiza en absoluto la sanidad, la educación, la protección frente al desempleo, la protección del suelo, de los ancianos, la cultura, etc. El Estado de Derecho mira al individuo y trata de protegerle frente a las intervenciones limitadoras del Estado. Por el contrario, en el Estado Social, el ciudadano vive del Estado. El Estado no es su agresor, sino su benefactor”.¹²

¹⁰ DE TOCQUEVILLE (2001) p. 634.

¹¹ Como correctamente sostiene ARIÑO (2004), p. 137, el “Estado Social” (o “Estado Social de Derecho”) es la denominación que los juristas damos al llamado “Estado de Bienestar” (*Welfare State*), que es como le llaman los economistas, “y constituye un tipo de modelo de Estado prestador de bienes y servicios, garante de la denominada procura existencial, que se desarrolla en Europa entre 1930-1980. A su vez, la expresión “Estado Social de Derecho” arranca del constitucionalismo alemán posterior a la Segunda Guerra Mundial, y en 1978, en plena crisis del modelo de Estado Social imperante en toda Europa es recogido, por ejemplo, en el artículo 1º de la Constitución española (Estado social y democrático de derecho)”.

¹² ARIÑO (2004) p. 137.

Soto Kloss por su parte, parece advertirnos acerca de que en Chile, en los últimos años el “enjambre de leyes complicadas” de las que habla De Tocqueville, están lesionando las bases fundamentales de la arquitectura constitucional de la CE:

“(...) desdibujando(se) a partir de mecanismos aparentemente inocentes pero que han “minado” el campo económico debilitando esas raíces y vaciándolas de contenido; se ha ido destruyendo su savia como un cáncer estatista y totalitario en potencia. Ese “intervencionismo” regulador de las actividades –que impide la actividad de la iniciativa privada– cerca, limita, restringe de mil maneras la libertad para desarrollar la actividad económica lícita (en cualquier ámbito que sea: no sólo empresarial, sino artesanal, educacional, artístico, etc.) y ello bajo la aparente finalidad de bien común, pero que esconde –sin necesidad de ser un genio para descubrirlo– la persistente idea colectivista, probadamente fracasada, de que “lo privado es perverso” y “sólo lo público estatal es lo bueno”. Y los mecanismos utilizados, tanto del orden del “legislador” como de la “Administración” (en contubernio deleznable) han tejido una verdadera telaraña de formación, en la cual se debate el ciudadano emprendedor como héroe de tragedia griega, agotado por el destino, en una “agonía”/lucha o combate, en que sólo por la perseverancia (o la “coima”, como dicen los más críticos) logra subsistir en su actividad, siempre amenazado (por la voracidad burocrática) de desaparecer”.¹³

En este contexto, y como veremos, corolario necesario de la teoría económica de la regulación y de la Constitución Económica consagrada en la Carta Fundamental, resulta fundamental el rol del TCCh y la judicatura. Como órgano encargado de garantizar el respeto de la supremacía constitucional, cumple un rol clave en la defensa de las garantías económicas individuales: ser en extremo riguroso en la aplicación e interpretación de las regulaciones estatales sobre la actividad económica. Lo anterior dado que más allá de los efectos meramente económicos de la regulación, estamos precisamente en presencia de la afectación, en diversas magnitudes, de derechos y libertades fundamentales, reconocidas tanto por nuestra Carta Fundamental como por la jurisprudencia.

No obstante lo anterior, mejorar la *revisión judicial económica* no sólo es un desafío frente al legislador. Como se verá, ello es también fundamental ahí donde más se le necesita: el esfuerzo de la justicia ordinaria y especializada en ciertos campos regulatorios por aumentar los niveles de escrutinio al controlar la acción administrativa, en particular la de ciertas agencias regulatorias o entes administrativos (e.g., Superintendencias).

¹³ SOTO KLOSS (2009) p. 410.

Así las cosas, mejorar la respuesta del juez constitucional y del ordinario, la revisión judicial económica, conlleva múltiples beneficios.

En primer lugar, por la comprensión por parte de éste de la complejidad del fenómeno regulatorio, tanto desde la perspectiva jurídica como desde el aporte de otras ciencias sociales. No podemos dejar de enunciar lo relevante que resulta para una revisión judicial de la regulación económica exitosa el uso de criterios económicos por parte de la misma. Como sostiene el juez Breyer, miembro de la Corte Suprema y eminencia del derecho administrativo americano:

*“En estas áreas del derecho (regulación económica) estoy entre aquellos que favorecen un mayor uso del razonamiento económico en las decisiones judiciales. La economía no determinará necesariamente el resultado de estos casos, pero si las cortes y los organismos administrativos comprenden bien los aspectos económicos, al menos podrán considerar con más inteligencia cómo inciden en la sensatez de una política pública los ingredientes no económicos”.*¹⁴

En segundo lugar, con el desarrollo de ciertos tests, que pueden contribuir a objetivizar el control que realiza el Tribunal.¹⁵ Estos tests existen en el derecho comparado. Son muy utilizados por la Corte Suprema americana,¹⁶ como también por el Tribunal Constitucional alemán.¹⁷ En tercer lugar, para garantizar y aumentar la certeza jurídica al interior de nuestro ordenamiento. Esta falta de certeza jurídica tiene consecuencias negativas no sólo desde la perspectiva del derecho, sino social: impacto en inversiones, desarrollo económico, etc. Asimismo, esta mejora resulta fundamental desde la perspectiva del control académico (*accountability*) en la labor del TCCh, que no es otro que el análisis profundo de la fundamentación de las sentencias.

Desde la perspectiva del desarrollo de este artículo, el lector encontrará en la sección 2, que exploraremos los diversos enfoques que, desde la economía y la ciencia política, han surgido para explicar la regulación económica. En la sección 3 se analizará la manera en que nuestra dogmática y jurisprudencia constitucional ha enfrentado la regulación económica, centrándose en el concepto de OPE. En esta parte entregaremos argumentos que han dado diversos autores en la tradición libertaria para esgrimir su abandono y reemplazo por el

¹⁴ BREYER (2008) p. 38.

¹⁵ Profundizaremos más acerca de la idea de test en la sección IV de este trabajo.

¹⁶ Por mencionar algunos tests: *Lemon* (para fallar causas en las que está en juego la norma constitucional que prohíbe aprobar una ley que adopte una religión como la oficial del Estado); *Penn Central* (para determinar casos de regulación expropiatoria); *Sullivan* (establece cuándo un funcionario público puede demandar daños por críticas falsas vinculadas a su conducta oficial); *Chevron* (para analizar la interpretación de las leyes realizadas por las agencias gubernamentales); etc.

¹⁷ El más destacado, por cierto, es el de proporcionalidad.

más pertinente de CE. En la sección 4, plantearemos los aspectos conceptuales y aplicaciones que nos parecen más relevantes a la hora de pensar en fortalecer la revisión judicial de la regulación económica. Finalmente, se abordarán en las conclusiones los aspectos más relevantes que han surgido en esta investigación.

2. Enfoques económicos de la regulación

En esta sección, se explorará la problemática de la regulación económica desde una perspectiva multidisciplinaria, incluyendo las contribuciones a esta materia desde la economía y la ciencia política, y en algunos casos, su recepción por parte del derecho. En efecto, se analizará lo que es un mercado (competitivo) y las fallas de mercado, estas últimas como justificación de la intervención estatal en la economía. Asimismo, se analizará la evolución de las diversas teorías que desde la economía y la ciencia política han sido desarrolladas para estudiar la regulación económica. Ello es de suma relevancia en la medida en que mostrará cómo la literatura evolucionó desde posiciones favorables a la regulación estatal ante las “fallas de mercado”, hacia posiciones más escépticas que mostraban cómo dichas regulaciones también “fallaban”.

En la parte final de esta sección se evaluarán las implicancias de esta literatura. Creemos que este análisis permitirá integrar a la dogmática jurídica nacional, debates, conceptos y principios de estas disciplinas, lo que creemos contribuirá al desarrollo y enriquecimiento del derecho como ciencia; como también, buscar en concreto la forma de vincular ambas aproximaciones a la problemática de la regulación económica, cuestión que se hará en la sección 4.

Con todo, no podemos dejar de mencionar, siguiendo a Prosser, que las justificaciones económicas no son las únicas que proveen una racionalidad para la regulación, y en donde podemos encontrar “regulaciones sociales”, que tienen por objeto justificar las regulaciones por cuestiones de naturaleza distributiva.¹⁸ Hacia el final de esta sección se profundizará un poco más en estas nuevas razones para justificar la regulación.

2.1 Mercados con competencia perfecta. Fallas de mercado

Para la economía clásica, los mercados son el mejor mecanismo de asignación de los recursos. Ello implica utilizar el mercado para responder a tres preguntas básicas: ¿qué producir?, ¿cómo producir? y ¿para quién producir? El modelo

¹⁸ PROSSER (2000) p. 231. Ver también SUNSTEIN (1990) y OGUS (2004).

teórico que lleva a este resultado, el punto de partida de cualquier análisis económico, descansa sobre la base del concepto de mercado perfecto o con competencia perfecta.¹⁹

2.1.1 Mercados con competencia perfecta

La competencia perfecta es el paradigma utilizado por la economía para la descripción del funcionamiento de un mercado cuya característica medular es el hecho de que ni oferentes ni demandantes pueden aisladamente influir en el precio, cantidad, calidad u otra variable de mercado de los bienes y servicios transados. Por ello se dice que tanto los oferentes como los demandantes actúan como “tomadores” de precio, esto es, son pasivos respecto de la determinación del precio o de las variables indicadas, puesto que precio y demás variables resultan de la interacción de la oferta y la demanda. Dicha interacción da lugar a un precio de equilibrio y a una cantidad de equilibrio, en torno a los cuales se mueve el mercado.²⁰

En este sentido, los precios constituyen el mecanismo central de asignación en una economía de mercado, guían las elecciones de los consumidores entre los distintos bienes, y la asignación de los recursos productivos entre los diferentes sectores y actividades.²¹

Si bien el gran economista inglés, por muchos considerado como el padre de la Economía, Adam Smith argumentó que bajo un sistema de libre competencia, los individuos, al actuar buscando su utilidad propia, se ven conducidos por una “mano invisible” a promover el interés común, sería el economista italiano Vilfredo Pareto (1848-1923) quien establecería de forma precisa que la competencia perfecta asigna eficientemente los recursos. En efecto, para Pareto, si a partir de una asignación determinada de recursos se observa que es posible mejorar, al menos, el bienestar de una persona sin empeorar el de ninguna otra, podemos afirmar, en el sentido paretiano, que se están despilfarrando recursos. La producción adicional obtenida eliminando ese despilfarro puede utilizarse para mejorar el bienestar de una persona, sin que con ello se perjudique a ninguna otra. Así pues, la competencia perfecta genera una asignación eficiente de los recursos, evitando el despilfarro.²²

¹⁹ Es posible hacer la distinción conceptual entre las ideas de mercado perfecto, competencia pura y competencia perfecta. Nosotros no entramos en este detalle. Caracterizan a la competencia perfecta la concurrencia simultánea de cuatro presupuestos: atomicidad del mercado, homogeneidad del producto, transparencia del mercado y total movilidad de los factores productivos. Ver VALDÉS (2006) pp. 37-39.

²⁰ VALDÉS (2006) p. 37.

²¹ LARROULET y MOCHÓN (2003) p. 255.

²² LARROULET y MOCHÓN (2003) pp. 252-254.

Cada una de estas mejoras adicionales se denominan situaciones o movimientos pareto superiores. Luego de sucesivas mejoras adicionales, y cuando se llega a un punto en que se hace imposible mejorar el bienestar de las partes o la sociedad, se dice que estamos ante una asignación de recursos de máxima eficiencia u óptimo de pareto. Las implicancias jurídicas son relevantes.²³ Según los desarrollos del análisis económico del derecho de los contratos, la búsqueda de la eficiencia paretiana es uno de los fundamentos del sistema contractual.²⁴

En definitiva, como sostienen Galetovic y Sanhueza, cuando los mercados son competitivos los precios de bienes y servicios reflejan el costo económico de producirlos:

“Estos precios, determinados libremente por la interacción de la oferta y la demanda, cubren los costos de producción, permiten que las empresas más eficientes obtengan rentabilidades que remuneran adecuadamente el capital invertido y dan las señales correctas para decidir cuánto y en qué invertir. Los usuarios son los principales beneficiados por la competencia. Pagan sólo el costo económico de producir y la combinación precio-calidad que reciben coincide con la que desean, porque la viabilidad económica de las empresas depende de que satisfagan sus necesidades. La competencia es el medio más efectivo para salvaguardar los intereses de los usuarios, garantizar que las empresas sean eficientes y lograr un mayor grado de desarrollo económico. Por eso, debe privilegiarse por sobre la regulación siempre que sea posible”.²⁵

Bajo este esquema, para estos autores, el Estado debe limitarse a definir y salvaguardar los derechos de propiedad, proveer una institucionalidad jurídica que permita zanjar los conflictos que pudieran ocurrir entre privados o con el gobierno y evitar establecer barreras legales que limiten la competencia o impidan el ingreso de nuevos oferentes.

2.1.2 Fallas de mercado

No obstante las implicancias teóricas o ideales del modelo de competencia perfecta, en determinadas circunstancias hay factores que no dejan operar libremente al mercado como consecuencia de lo cual no se asignan bien los recursos, debido a que los precios que enfrentan quienes toman las decisiones no son los correctos, o, en otras palabras, son precios “mentirosos”.

²³ La importancia del principio de Pareto en la formulación de la ley y las políticas públicas ha sido objeto, durante mucho tiempo, de debate académico. Ver, por ejemplo, el debate entre FLEURBAEY ET AL (2003) y KAPLOW y SHAVELL (2001). También ver CALABRESI (1991).

²⁴ Ver BULLARD (2006) pp. 41-42.

²⁵ GALETOVIC y SANHUEZA (2002) p. 102.

Estos factores, que afectan la ineficiente asignación de recursos y por ende impiden la correcta operación de los precios, suelen deberse a alguna de las tres razones siguientes: sistemas de derechos de propiedad insuficientes o inexistentes; costos de información excesivos o la imposibilidad de que las partes potenciales de una transacción económica alcancen acuerdos.²⁶ En estos casos, estamos ante la presencia de “fallas de mercado”, las cuales están claramente identificadas y delimitadas en la literatura regulatoria: competencia imperfecta (monopolios), recursos de propiedad común, externalidades y problemas de información asimétrica.²⁷

Es en este contexto que nace un espacio para la existencia de una regulación que busque la manera más eficiente para corregir estos problemas. Como sostiene Breyer:

*“Un método de análisis de la regulación administrativa es considerarla como un intento de resolver varios problemas asociados a las “fallas del mercado” identificadas por los economistas. Tal mirada, popular entre los economistas, trata al mercado como la norma y considera que aquellos que promueven la regulación administrativa deben justificarla, mostrando que es necesaria para alcanzar un objetivo público fundamental que el mercado no puede generar”.*²⁸

Sin embargo, el debate en torno a la regulación estatal como método infalible y deseado de “corrección” de las fallas de mercado ha sido ampliamente rebatido en la literatura económica y de la ciencia política. Si bien en un comienzo se pensó que la intervención estatal perseguía buscar el bienestar social (Teoría del Interés Público desarrollada en los 30 y 40), comenzó a surgir literatura en los 60 y 70 que cuestionó fuertemente los incentivos y fines que tenía el

²⁶ LARROULET y MOCHÓN (2003) p. 256.

²⁷ Ver BREYER (1982); OGUS (1994) y (2008); y BREYER ET AL. (2002). En Chile, ver VALDÉS (2006). Para Stearns y Zywicki, analizando el caso de las externalidades negativas como fundamento de la intervención regulatoria, “los impulsores de la regulación reconocieron que invariablemente los intereses particulares no se alineaban con el bien público y creyeron que una intervención apropiada del gobierno era necesaria para asegurar que socialmente los mercados produjeran un resultado óptimo. El famoso economista Inglés Arthur Cecil Pigou afirmó que en donde los derechos de propiedad estuvieran imperfectamente definidos, los dueños de la propiedad, actuando en su propio interés, estaban motivados para participar en actividades económicas lucrativas aun cuando estas actividades generasen “externalidades negativas” considerables, incluyendo la contaminación como una resaltante de estas. Dado que los dueños de las firmas causantes de polución no internalizaron la totalidad del costo social de producción, Pigou afirmó que la búsqueda de ganancias interpuso una cuña entre la actividad económica privada de interés particular y la actividad social óptima. El resultado fue “una falla de mercado” en el cual, abandonado a sus propios recursos, el “mercado” (o más exactamente los individuos actuando dentro del mercado) tendió a producir demasiados bienes perjudiciales, mientras que se cargaba los costos reales a otros, que no se beneficiaban de la actividad económica problemática. STEARNS y ZIWICKY (2008) capítulo 3, p. 4.

²⁸ BREYER ET AL. (2002) p. 5

regulador. Más aún, de la teoría de las “fallas de mercado” se pasó a la teoría de las “fallas de Estado” o “fallas de la regulación”. Por otro lado, y aunque parezca paradójico, es el propio mercado el que puede generar instrumentos indirectos para corregir las fallas de un determinado mercado.

La evolución de este debate será analizada a continuación cuando analicemos los diferentes enfoques que, desde las ciencias sociales, aunque principalmente desde la economía, se han dado para estudiar el fenómeno de la regulación económica.

2.2 Teorías de la regulación económica

2.2.1 Teoría del interés público

En un sentido contemporáneo, algunos de los primeros desarrollos acerca del tema de la regulación fueron realizados por la “teoría del interés público”, que consideraba a la acción de gobierno como basada en los intereses de la sociedad, como una respuesta a las fallas del mercado, y que dominaron el entendimiento de la regulación gubernamental hasta bien entrados los 60.

La teoría del interés público o funcionalista de la regulación, como sostiene Romero,

*“plantea que la motivación o explicación de la intervención del Gobierno o del Estado en los mercados descansa, principalmente, en las fallas del mercado. En efecto, cuando la economía de mercado opera ineficientemente, como cuando hay problemas relacionados con el poder monopólico; cuando existen problemas de información; cuando se dan problemas de coordinación; cuando se está en presencia de externalidades; cuando se presentan inconvenientes relacionados con la existencia de bienes públicos o recursos comunes; o, incluso, cuando se presentan inequidades de acuerdo con los sentimientos populares prevalecientes, por nombrar fallas de mercado típicamente mencionadas, habrá prima facie, desde el punto de vista del interés público, un caso o justificación para una intervención regulatoria”.*²⁹

Para Ogus, en términos generales, la teorías del interés público o los diversos enfoques desde este prisma respecto de la regulación, tienden a asumir que ésta está inserta dentro de reglas legales dictadas por el legislador, quien puede luego delegar la creación de una regla particular a agentes reguladores a veces con una considerable discreción en el desarrollo de tales reglas. Estas teorías

²⁹ ROMERO (2008) p. 12.

adoptan una mirada instrumental de la ley, considerándola una herramienta usada por los cuerpos del Estado para lograr sus fines a través del diseño de las instituciones.³⁰

Y es que en el periodo anterior a los 60, según Posner, existían dos supuestos fuertemente enraizados entre los economistas. El primero, que los mercados eran extremadamente frágiles y podrían operar de manera muy ineficiente (o inequitativa) si se les dejaba actuar libremente; el segundo, que la regulación estatal estaba exenta de costos. Bajo estos supuestos, sostiene el autor, era fácil argumentar que las principales intervenciones estatales en la economía (protecciones a los exportadores, regulaciones a las empresas de servicios públicos, subsidios agrícolas, licencias para ejercer algún trabajo, salarios mínimos o aranceles) eran simplemente respuestas estatales evidentes ante las demandas ciudadanas para corregir ineficiencias e inequidades palpables de la operación de los mercados libres. Detrás de cada regulación era posible ver una imperfección del mercado, que se convertía en la justificación de la regulación estatal, que sería efectiva y sin costo.³¹

Para Stearns y Zywicki, el modelo de interés público de la regulación gubernamental descansa sobre la base de varias premisas importantes, algunas de las cuales son controversiales:

*“Este asume que podemos identificar diversas deficiencias en el ordenamiento de los mercados privados, como la externalidad negativa de la contaminación, y luego crear una respuesta legal apropiada que obligará a los actores privados a que de alguna forma se responsabilicen por la divergencia entre sus costos privados y los costos totales. Al obligar a los actores de mercado a internalizar la totalidad de los costos de sus actividades, el sistema reglamentario facilitaría la obtención de resultados con beneficios sociales”.*³²

El problema de una interpretación extensiva del concepto de “falla de mercado” es que eventualmente podríamos encontrar cualquier falla, en cualquier mercado. Junto con lo anterior, y siguiendo a Posner, el problema de esta teoría es que la literatura y evidencia empírica que comenzó a surgir en los 60 mostró las debilidades normativas y positivas (empíricas) de esta teoría.³³

Las limitaciones de este enfoque pueden resumirse, en primer lugar, en que esta teoría asume que los programas regulatorios están bien inspirados y que

³⁰ OGUS (2004).

³¹ POSNER (1974) p. 336.

³² STEARNS y ZYWICKI (2008 ch.3 p. 4)

³³ POSNER (1974) p. 336.

los reguladores buscan de buena fe la satisfacción del interés público tal como se define en las leyes o reglamentos en que se expresan. De acuerdo a esto, "aunque incluso las evidencias empíricas muestren algunos desempeños regulatorios desilusionantes, tal como es posible encontrar en la realidad, la falla o el fracaso tendría su explicación en un mal manejo de las entidades reguladoras, las cuales, además, son instadas a acometer tareas muy dificultosas".³⁴

En segundo lugar, y siguiendo el trabajo de Coase, para que funcione exitosamente el modelo regulatorio de la teoría del interés público, el regulador debe operar en el rol de interventor de amplio conocimiento, una entidad que de alguna manera es capaz de identificar y corregir al menor costo las fallas de mercado a medida que estas ocurran. Este autor propuso que los conflictos en el uso de recursos pueden ser resueltos mediante la negociación de las partes afectadas, siempre y cuando los costos de transacción sean bajos.³⁵ Para Ogus, las implicancias normativas del enfoque de Coase son evidentes: "las intervenciones públicas centralizadas y coercitivas para resolver tales conflictos probablemente serían menos efectivas que las aproximaciones privadas consensuadas".³⁶

Una mirada similar propone Hayek, representante de la tradición austriaca, para quien tratar de alcanzar las preferencias sociales a través de instituciones centralizadas es un sinsentido, en la medida en que la burocracia estatal no posee la información suficiente para reemplazar las decisiones libres (e informadas) que cada individuo en particular toma al interactuar en diversos mercados. Hayek muestra el contraste entre dos sistemas de organización social: el primero de "orden espontáneo", fuertemente dependiente en la información descentralizada y en el cual los principios guía evolucionan gradualmente en el tiempo en respuesta a los cambios en aquella información; y, el segundo, o "constructivismo racional", en el cual los legisladores centralistas procuran imponer resultados sobre la base de la información (limitada) que tienen disponible. El sistema de precios del mercado y la legislación resumen la primera de estas; una economía planificada y la legislación regulatoria la segunda.³⁷

2.2.2 Teoría de la captura

En los años cincuenta Bernstein y otros científicos políticos³⁸ buscaron explicar los fenómenos regulatorios desde la óptica del interés privado por sobre el

³⁴ ROMERO (2008) p. 12.

³⁵ COASE (1960).

³⁶ OGUS (2008) p. 104.

³⁷ Ver HAYEK (2006).

³⁸ BERNSTEIN (1955).

público y en el que se invocaba como elemento central de este enfoque, el tema de la captura regulatoria. Dicho autor planteó que una vez que un ente regulador está recién establecido tiende a atraer la atención pública y actúa con vigor, pero que cuando la atención pública se desplaza hacia otros temas, dicho respaldo público comienza a declinar y la agencia reguladora queda vulnerable a la dominación por los intereses de los regulados.³⁹

Posner critica los planteamientos de esta “teoría de la captura” argumentando, entre otras cuestiones, que sus postulados teóricos son tan débiles que sólo puede ser considerada una hipótesis sobre la regulación (no una teoría); que a diferencia de la teoría de los grupos de interés y la “teoría económica de la regulación”, estos planteamientos pretenden justificarla sobre la base de una única captura, la del regulado al regulador, cuando son diversos los grupos que buscan obtener regulación favorable en una determinada área; se confunde con la teoría del interés público en su falta de escepticismo respecto de los reales intereses del legislador o regulador al actuar, entre otros.⁴⁰

2.2.3 Teoría económica de la regulación: Escuelas de Chicago y Virginia (Elección Pública)

a) Escuela de Chicago

Stigler y Friedland fueron pioneros en la incorporación de evidencia empírica cuestionando las bases de la teoría del interés público.⁴¹ Estos son los orígenes de la teoría económica de la regulación, la que sería desarrollada con mayor profundidad por el propio Stigler, Peltzman y Becker, todos de la denominada “Escuela de Chicago”.

Para Posner, si bien en principio este enfoque pareciera ser una versión refinada de la “teoría de la captura” desarrollada desde la ciencia política, existen varias diferencias que la convierten en una verdadera “teoría” sobre la regulación: el uso de la teoría microeconómica; un análisis coherente respecto de los incentivos de todos los agentes participantes en el proceso (tanto demandantes como oferentes de regulación); o, la consideración de que no es sólo la industria regulada la que busca obtener regulación favorable, sino los más diversos grupos de interés en un área. Sin embargo, comparte con la anterior el hecho de que la regulación económica es utilizada por grupos de interés efectivos que persiguen la obtención de beneficios privados.⁴²

³⁹ ROMERO (2008) p. 14. También ver OGUS (2004).

⁴⁰ POSNER (1974) pp. 341-42.

⁴¹ STIGLER y FRIEDLAND (1962).

⁴² POSNER (1974) p. 343.

Destaca, en primer lugar, el trabajo de Stigler, quien planteó que el regulado (cualquier industria) tiene incentivos para “capturar” al regulador e influenciar la regulación para promover sus propios intereses. Para este autor, “como regla general, la regulación es obtenida por la industria y primordialmente se diseña y opera para su beneficio”.⁴³ Por ello, el objeto principal de una teoría económica de la regulación dice relación con “explicar quién recibirá los beneficios o soportará los costos de la regulación, qué forma tomará la regulación, y qué efectos tendrá la regulación respecto de la asignación de recursos”.⁴⁴

¿Qué beneficios puede proveer el Estado a una industria? Stigler sostiene que el Estado posee un recurso básico que no comparte con ninguno de los ciudadanos: “el poder de la coerción”.⁴⁵ Ello implica, entre otras cosas, el poder de cobrar impuestos, afectando las decisiones económicas de empresas y hogares, incluso sin su consentimiento. Así, “se genera la posibilidad de que este poder estatal pueda ser utilizado por una industria para aumentar sus utilidades”.⁴⁶

Los beneficios que puede entregar el Estado a una industria son cuatro, según Stigler: subsidios monetarios directos, el control de la entrada de nuevos rivales de la empresa favorecida (barreras a la entrada a nuevos competidores en la forma de políticas de precio o aranceles proteccionistas), afectando bienes sustitutos o complementarios o a través de políticas de fijación de precios.⁴⁷

Para Stigler, las firmas tienen una clara ventaja sobre los consumidores, puesto que las firmas son menos en número, haciendo que sea menos costoso coordinar la organización de grupos de interés así como un mayor potencial para una mejor y más concentrada ganancia per cápita. Además, habitualmente es menos costoso para las firmas organizarse.⁴⁸ Así, la teoría económica de la regulación se basa en la premisa que esta es un instrumento para mejorar el bienestar de un grupo (o grupos) dentro de la sociedad y no la mejora del interés o bienestar social, que es aquel al que está llamado el regulador. Paradójicamente, un grupo de interés pequeño, pero con una alta sensibilidad hacia un cierto tema (e.g., industria, asociación gremial, sindicatos, etc.), es

⁴³ STIGLER (1971) p. 3. El autor identifica cuatro posibles mecanismos para hacer uso efectivo del Estado: subsidios monetarios directos, barreras a la entrada a competidores, afectar bienes sustitutos y complementarios y fijación de precios.

⁴⁴ STIGLER (1971) p. 3.

⁴⁵ STIGLER (1971) p. 4.

⁴⁶ STIGLER (1971) p. 4.

⁴⁷ STIGLER (1971) pp. 4-6.

⁴⁸ Stigler, siguiendo el trabajo de OLSON (1965) que enlazaba una organización política efectiva al tamaño de un grupo, sugirió que grupos pequeños y bien organizados (especialmente aquellos sin oposición significativa), o sea aquellos mejor preparados para conferir beneficios regulatorios a sus miembros, están más capacitados para comprometerse en una efectiva búsqueda de renta, mientras que grupos más grandes y difusos no lo están. STIGLER (1971) pp. 13-14.

capaz de dominar a un grupo mayor (en número de miembros), y cuyo interés es exactamente el opuesto (v.g. consumidores o contribuyentes).

Con todo, la obtención de regulación favorable desde el proceso político tiene un costo para dicha industria o grupo de interés, dado que el proveedor de regulación, un político, tiene costos operacionales y organizacionales que cubrir, por ejemplo, el funcionamiento del partido al que pertenece o financiamiento de campañas electores. Así, la industria

*“debe estar preparada para pagar aquellas dos cosas que requiere un partido político: votos y recursos. Los recursos pueden ser provistos a través de donaciones para campañas electorales, prestación de ciertos servicios (un empresario que dirija un comité de recolección de fondos) o métodos más indirectos de contribución tales como emplear a los militantes de un partido”.*⁴⁹

Posteriormente, Peltzman, perfeccionando el trabajo de Stigler, vinculó el resultado de la regulación no sólo al tamaño y organización de los grupos de interés o lobby, sino al número de votos obtenidos (o perdidos) en respuesta a una determinada regulación implementada. Para Peltzman: “Los costos de usar el proceso político limitan no sólo la importancia del grupo dominante, sino también otros beneficios”.⁵⁰ Para Stearns, las implicancias de esto último se refieren a que “la regulación no es un mero proceso de licitación en el cual ganen grupos industriales óptimamente formados, sino que es un proceso complejo a través del cual los proveedores de la regulación, o sea los legisladores, sopesan los beneficios derivados de una transferencia presunta contra los costos provenientes de acuerdo a los votos”.⁵¹

Siguiendo la línea de Stigler y Peltzman, Becker introdujo a esta línea de investigación los efectos de la competencia entre los distintos grupos de interés que perseguían beneficios particulares a partir de la regulación.

⁴⁹ STIGLER (1971) p. 12.

⁵⁰ PELTZMAN (1976) p. 213.

⁵¹ STEARNS (1997) p. 125. Para MERCURO y MEDEMA (2006) pp. 193-94: “Peltzman argumentó que podría ser en el mejor interés de los oferentes políticos elegidos, restringir o elevar barreras de entrada, tal como sugiere Stigler, si pensaban que los beneficios a los productores serían suficientemente grandes y si la probabilidad de un contraataque en la próxima elección por parte de los consumidores, que cargarían con el peso de los costos asociados, era baja (...) La conclusión es una historia directa de análisis costo-beneficio: el legislador tiene un incentivo para restringir la entrada hasta aquel punto donde los votos obtenidos desde el último incremento de precio como resultado de la legislación, es exactamente igual al número de votos de consumidores que se pierden como consecuencia de lo anterior. Esto llevó a que él concluyera que los proveedores políticos elegidos no siempre servirán el interés de las firmas o de las asociaciones industriales. En cambio, dependiendo de variables relacionadas al grado e intensidad del apoyo de la oposición (lo que él denomina como “funciones de apoyo y oposición”), el equilibrio político podría terminar en cualquiera de los lados”.

Becker asume que los individuos pertenecen a grupos particulares de acuerdo a los intereses comunes que comparten. Estos grupos gastan tiempo y dinero en publicidad política, contribuciones a campañas, formando parte de huelgas, actos terroristas, asesinatos políticos, etc., ejerciendo presión política para ganar transferencias de ingresos de otros grupos de la sociedad. La competencia entre los grupos de interés determina la estructura de equilibrio de los impuestos y subsidios de una sociedad. Este equilibrio político-económico tiene la propiedad de que la totalidad de los grupos de interés maximizan el bienestar de sus miembros por la vía de ejercer su nivel óptimo de presión política, dado el comportamiento del resto de los grupos.⁵²

Debemos notar que estos grupos no pierden o ganan, dado que los grupos contribuyentes invierten en presión política para reducir sus impuestos hasta que un dólar adicional gastado en lobby sea igual a la reducción en impuestos inducida por la presión. Dado que el gobierno no puede entregar más de lo que recauda en impuestos, este monto tiene que ser igual al monto total disponible para subsidios, y dado que los grupos exitosos pagan impuestos, ellos tampoco son completamente subsidiados. Como sostiene Becker: “Estos resultados difieren de los resultados de “todo o nada” implícitos en los modelos de comportamiento político de mayorías, donde la mayoría gana y la minoría pierde completamente”.⁵³

Becker muestra que el equilibrio político “depende de la eficiencia de cada grupo de interés en producir presión política, el efecto de producción adicional de presión por cada grupo, el número de personas en los distintos grupos, y los costos y beneficios sociales de los impuestos y subsidios”.⁵⁴

En síntesis, y como sugieren Mercurio y Medema, “el modelo de Becker es un modelo referido a la competencia por la influencia política –quién obtiene los subsidios y cuánto, y quién se llevará el peso del impuesto. Los grupos de presión ejercen su influencia a través del lobby, contribuciones de campaña, y otros

⁵² BECKER (1983) p. 372.

⁵³ BECKER (1983) pp. 372-373.

⁵⁴ BECKER (1983) p. 395. Así, por ejemplo, si un grupo aumenta su eficiencia en producir presión política, su nivel óptimo de presión subirá bajo cualquier nivel de presión ejercida por los otros grupos. Un ejemplo de esto es el control del *free-riding*, que consiste en la tentación individual de sus miembros a evadir las obligaciones personales de producción de presión política, imponiéndoselas a los otros miembros. Cada miembro del grupo tiene incentivos al *free-ride*, y mientras más grande el grupo, mayores son los incentivos al *free-ride* y mayores son a su vez los costos de fiscalización de dicho problema. Dado que el monto total recaudado en impuestos tiene que ser igual al monto total disponible para subsidios, no es posible mejorar simultáneamente los resultados políticos de todos los grupos. Por lo tanto, el éxito político de un grupo particular no está determinado por un control exitoso y absoluto sobre el *free-riding*, sino por el éxito relativo en comparación a otros grupos. Si cada grupo fuera eficiente para controlar este problema, entonces, el equilibrio político no variaría en forma sustancial. BECKER (1983) p. 380.

gastos, tanto en términos de dinero como en tiempo. Ellos también gastarán recursos para limitar el *free-riding* dentro de su propio grupo de presión”.⁵⁵

b) Escuela de Virginia (Teoría de la elección pública o *public choice*)

Estrechamente vinculada a la teoría económica de la regulación de Chicago, surgió la teoría de la elección pública o *public choice*.⁵⁶ Para nuestros propósitos hay dos aspectos de esta teoría que son relevantes. En primer lugar, sistematizar la idea de las “fallas de la regulación” o “fallas del Estado”; y, en segundo lugar, la idea de la “búsqueda de renta” (*rent-seeking*).⁵⁷

La teoría de la elección pública estudia cómo el gobierno toma decisiones sobre los impuestos, los gastos, la regulación y otras políticas económicas. Este proceso de decisiones o de elecciones públicas es visto como un mercado: el mercado político. En éste, intervienen oferentes (autoridades públicas con capacidad decisoria) y demandantes (electores y grupos de interés) de regulaciones. Al igual que los empresarios que maximizan utilidades con sus empresas, los “empresarios políticos”, que ocupan cargos de representación popular, son maximizadores de votos, condición *sine qua non* para lograr su objetivo principal: ganar elecciones.

Como se desprendía de los trabajos de la escuela de Chicago, a lo largo de todo el proceso de elaboración y de puesta en práctica de las decisiones públicas, votantes y grupos de interés que buscan beneficiarse o se ven afectados por una determinada regulación, ejercen presión sobre la autoridad pública decisoria, sea el legislador, el Ejecutivo o una agencia regulatoria. Así, al igual que el mercado “falla”, el proceso de toma de decisiones públicas, el proceso político, puede fallar. Así,

*“las fallas del Estado (o de la elección pública) tienen lugar cuando éste fracasa en su intento por mejorar la eficiencia económica. En este sentido, no debe olvidarse que los agentes que toman decisiones públicas suelen tener sus propios objetivos y tratan de maximizar su propio interés. Lo deseable es que esta maximización se alcance haciendo coincidir sus objetivos con los de la colectividad. En otras ocasiones los políticos se limitan a perseguir sus objetivos particulares, tales como volver a ganar las elecciones o ascender en la jerarquía de la Administración Pública, olvidándose de los intereses de la colectividad”.*⁵⁸

⁵⁵ MERCURO y MEDEMA (2006) p. 194.

⁵⁶ Al respecto ver BUCHANAN y TULLOCK (1962); FARBER (2007); MUELLER (1997) y (2003); y NISKANEN (1971).

⁵⁷ Para ver la vinculación de este enfoque con el derecho constitucional chileno GARCÍA (2008) y GARCÍA Y SOTO (2009).

⁵⁸ LARROULET y MOCHÓN (2003) p. 90.

Un segundo punto desarrollado por esta escuela dice relación con el concepto de “búsqueda de rentas” (*rent-seeking*). De acuerdo a lo expresado por Mercurio y Medema, las rentas son simples retornos por sobre la norma, un retorno extra para recursos valiosos, cuyo suministro es extremadamente limitado, ya sea este un talento atlético, un producto de gran demanda cuya producción esté protegida por patentes, o una evidente posición monopólica: “Dentro de la arena política, estas toman la forma de privilegios especiales, posiciones monopólicas, y otras formas de transferencia otorgadas a ciertos individuos o grupos a través de la acción gubernamental”.⁵⁹

Una de las ideas básicas sustentadas en esta literatura, y desarrolladas originalmente por Tullock,⁶⁰ se refiere a que las actividades desarrolladas para asegurar o mantener un privilegio o transferencia del Gobierno son costosas, y hacen uso de recursos que tienen costos de oportunidad –el uso alternativo de aquellos recursos en actividades más valiosas y productivas–. En otras palabras, actividades desarrolladas por un grupo con miras a obtener cualquier tipo de riqueza o distribución de recursos en su favor (o tratando de prevenir una pérdida), tratando de influenciar la decisión de una autoridad pública (por ejemplo, subsidios, licencias, tarifas, normas específicas que pueden limitar la competencia, etc.), no son neutrales, en términos de bienestar agregado, debido a que ello consume escasos recursos.

El problema se genera en el uso ineficiente de los recursos en este esfuerzo de búsqueda de rentas buscando “capturar” al proceso regulatorio. Así, recursos que se utilizan para adquirir o mantener estas posiciones privilegiadas, lo que implica el pago de lobbystas de alto costo, abogados, contadores, agentes de prensa, y economistas, podrían haber sido usados en actividades económicamente productivas.⁶¹

2.2.4 Nuevas tendencias

a) Teoría del interés público 2.0

Para Sunstein, buena parte de los desafíos en el debate regulatorio consiste en hacerse cargo de nuevas categorías o causales de justificación de la regulación, las que exceden las clásicas fallas de mercado (externalidades, bienes público, monopolio y asimetrías de información).⁶²

⁵⁹ MERCURIO y MEDEMA (2006) p. 201.

⁶⁰ TULLOCK (1967).

⁶¹ MERCURIO y MEDEMA (2002) p. 202.

⁶² Ver SUNSTEIN (1990) pp. 55-56.

Así, por ejemplo, el uso de la regulación con fines redistributivos. Con todo, ello no implica dejar de considerar los aspectos de diseño institucional para permitir que este tipo de regulación opere de manera eficiente. Para el autor, a menudo las medidas redistributivas no transfieren directamente recursos a las personas menos favorecidas o a aquellos que se quiere subsidiar, pero buscan lidiar con la coordinación o problemas de acción colectiva que enfrentan los grupos mayoritarios. Debido al problema de la acción colectiva es que la regulación debe hacer inalienable ciertos derechos relevantes que no pueden dejarse al libre mercado (v.g. derechos laborales). Así, la regulación pasa a ser un intento por redistribuir recursos a determinados grupos.

Sin embargo, Sunstein reconoce las limitaciones de su propuesta. Para él, una de las paradojas del "Estado regulador" es que sus esfuerzos por redistribuir recursos a veces tienden a lesionar el mínimo bienestar ya existente provocando complejos efectos, muchas veces perversos (v.g. cesantía por sueldos mínimos elevados). Muchas veces también la regulación beneficia a grupos que no lo necesitan. Por lo tanto, la premisa de que la regulación produce una simple redistribución de una clase a otra no es cierta, por cuanto sus efectos son mucho más complejos y a veces desafortunados.

Otro ejemplo de lo que Sunstein considera como nuevas justificaciones regulatorias lo podemos encontrar en lo que él denomina el problema de la "irreversibilidad".⁶³ La justificación regulatoria viene dada por ciertas conductas (actuaciones en un mercado sin regulaciones), que, de continuar, llevarán a resultados sociales que afectarán a futuras generaciones de manera irreversible o sólo a cambio de un alto costo (v.g., impacto en la naturaleza o extinción de ciertas especies). El efecto anterior se produce desde que los mercados responden a las preferencias de los consumidores actuales sin tomar en cuenta el efecto de sus transacciones en las generaciones venideras.

Por otra parte, para Ogus, la regulación se justifica porque el régimen regulatorio puede hacer cosas y cumplir objetivos que el mercado no puede cuando se está ante fallas de mercado. Ahí donde el régimen regulatorio funciona debe ser mantenido. Cualquier intento de formular una lista omnicompreensiva de los objetivos de interés público que pueden ser utilizados como justificación para la regulación es inútil, dado que la idea de "interés público" varía según lo hacen las circunstancias.⁶⁴

En el mundo real los supuestos necesarios para que el mercado genere eficiencia (adecuada información, competencia y ausencia de externalidades) suelen

⁶³ SUNSTEIN (1990) pp. 67-69.

⁶⁴ OGUS (2004) p. 29.

no cumplirse. El derecho privado no siempre provee una solución efectiva. Entonces cuando las fallas de mercado van acompañadas de una falla en el derecho privado, hay *prima facie* un caso a favor de la regulación en el interés público. Sólo lo es *prima facie* y no de manera conclusiva, ya que la regulación puede resultar peor en la corrección de las fallas. En otras palabras, falla de mercado y falla de leyes privadas deben ser comparadas con una falla en la regulación.⁶⁵

Uno de los aspectos de las fallas de mercado que más recalca Ogus dice relación con los problemas de información (falta de o asimetrías de información entre las partes contratantes). Para Ogus, la afirmación de que el comportamiento del mercado según las preferencias expresadas conduce a una eficiente asignación depende fundamentalmente de dos supuestos: que los consumidores tengan una adecuada información sobre el listado de alternativas disponibles, incluyendo las consecuencias que conlleva para ellos cada opción; y que ellos sean capaces de procesar dicha información y de comportarse racionalmente de una forma que maximice las utilidades esperadas por ellos.

Sin embargo, para Ogus el supuesto de la información perfecta no existe en el mundo real.⁶⁶ Siempre habrá algún grado de incertidumbre ya sea sobre hechos del presente o del futuro. Por ello es que la ausencia de una información absoluta no puede justificar por sí misma la intervención. De esta manera lo que sucederá es que las personas evaluarán el costo/beneficio que significa recopilar más información (v.g., visitar varias concesionarias para comparar precios de autos).

Generalmente será el oferente el que suministrará la información principalmente como una forma de diferenciar sus productos de la competencia, pero esta información puede adolecer de diversas distorsiones, como por ejemplo exageraciones de los aspectos positivos del producto, ocultamiento de los negativos, etc. Para hacerse cargo de estas contingencias es que la regulación podría parecer justificable *prima facie*. Por otra parte en relación a la capacidad de procesar la información disponible, la mayoría de los economistas aceptan la noción de que el comportamiento humano está constreñido por una "racionalidad limitada",⁶⁷ esto es, que la capacidad de los individuos de recibir, almacenar y procesar la información, es baja y costosa.

⁶⁵ OGUS (2004) p. 29.

⁶⁶ Ver OGUS (2004) pp. 38-41.

⁶⁷ Ver SUNSTEIN (2005). Ver también THALER y SUNSTEIN (2008).

Así, la regulación se presenta como una práctica social que funciona o debería funcionar como un medio para un fin: maximizar el bienestar general, concebido en términos de maximizar la eficiencia en la asignación.

b) Tripartismo

Este enfoque, desarrollado por Ayres y Braithwaite,⁶⁸ descansa sobre la base de que por sus propias características la regulación o la definición de un marco regulatorio fomentan tanto la cooperación entre ambas partes (regulador y regulado), como asimismo el intento de captura y la corrupción. Y el problema está centrado precisamente en que al hablar de regulación se asume una relación entre dos partes, y en múltiples casos resulta más ventajoso para ellas evadir el cumplimiento de sus obligaciones y caer en prácticas corruptas o deshonestas. Esto se da principalmente en procesos de regulación en que la relación entre el agente regulador y el regulado se mantiene en el tiempo sin que haya renovación, generándose entre ambos una relación riesgosa que podría derivar en prácticas no deseadas (v.g., sobornos).

Por ello, estos autores plantean el "tripartismo", que consiste en agregar al proceso regulatorio los "grupos de interés público relevantes" (v.g., un grupo medioambiental en la discusión de la legislación sobre bosque nativo), para que se conviertan de pleno derecho en el tercer jugador del juego. De esta forma pueden castigar directamente al empresario (regulado) e incluso más, aplicar normas para castigar al regulador que falla en su objetivo, y así en vez de castigar al regulado infractor castiga al regulador ineficiente (se trata de "quién vigila al vigilante"). Con ello se persiguen tres objetivos que permiten favorecer a los grupos de interés relevantes. Primero, les garantiza acceso a la información disponible para el regulador. Segundo, les otorga un lugar en la mesa de negociación. Tercero, les concede la misma posición para demandar o perseguir bajo el estatuto regulatorio del ente regulador.

2.3 Evaluación

Detengámonos un momento para recapitular acerca de las principales lecciones que hemos obtenido de los diferentes enfoques económicos de la regulación, en particular de la "teoría económica de la regulación", que es probablemente el esfuerzo más consistente y robusto a la hora de explicar la gestación de un marco regulatorio. Ya hemos anticipado en otro trabajo algunas de ellas.⁶⁹

⁶⁸ AYRES y BRAITHWAITE (1992). Ver MORGAN y YEUNG (2007) pp. 53-59.

⁶⁹ Ver GARCÍA (2009).

En primer lugar, que el estudio sistemático y riguroso del fenómeno regulatorio es más bien reciente, lo que ha sido relevante desde la perspectiva de la cantidad y calidad de la evidencia empírica (información) con la que cuenta el mercado y los agentes económicos, pero sobre todo, la que tiene el regulador.

Segundo, que ha aumentado la “creatividad” estatal en términos de invocar y crear nuevas causales y justificaciones para intervenir mercados a través de la regulación, la mayoría francamente discutibles tanto desde la eficiencia como de una sociedad de libertades.⁷⁰

Tercero, se ha avanzado bastante en la literatura regulatoria en que sólo se justifican regulaciones en la medida en que proveen un beneficio superior al costo que genera la falla de mercado que se pretende corregir.⁷¹⁻⁷² Esta mirada puede ser considerada como una de las herederas principales de las contribuciones realizadas por la “teoría económica de la regulación”, tanto la de Chicago como la de Virginia, al haber puesto de manifiesto las falencias del proceso de toma de decisiones públicas, en particular, los fuertes incentivos que tienen los grupos de interés, el regulado o ambos, de intentar capturar al regulador.

Así, frente a los costos sociales generados por una “falla de mercado” se debe observar los costos de la “falla del Estado” al generar una regulación que

⁷⁰ A las nociones tradicionales ya expuestas, se han sumado algunas que podríamos denominar categorías genéricas, por ejemplo, (i) la eliminación de la competencia excesiva; (ii) cuestiones redistributivas (e.g., sistema de seguridad social o legislación laboral); (iii) provisión de ciertos bienes no provistos por el mercado o aspiraciones democráticas (e.g., programas culturales en la televisión abierta); (iv) paliar desventajas sociales en ciertos individuos adscritos a determinados grupos o razas (e.g., legislación antidiscriminación o de discriminación positiva); y (v) regulaciones paternalistas fundadas en la “obligación estatal” de proteger a determinados individuos que actúan sobre la base de comportamientos de “racionalidad limitada” o para el control de riesgos (e.g., cotizaciones previsionales obligatorias, uso de determinados artefactos de seguridad para manejar vehículos o motocicletas); entre otras. BREYER ET AL (2002) pp. 10-13.

⁷¹ Y es que frente a una falla de mercado las soluciones pueden ser variadas: no hacer nada (tal vez sea menos costosa la falla de mercado que cualquier tipo de regulación), normas de responsabilidad extracontractual (subjettiva u objetiva), intervenciones menores (e.g. solicitud de información), regulaciones mayores (e.g., prohibiciones), etc. Esta verdadera *mentalidad* pro evaluación costo-beneficio de la regulación, cobra fuerza en el Gobierno de Reagan en Estados Unidos en los '80 al potenciar la Oficina de Administración y Presupuesto. Un detallado análisis de esta evolución puede verse en BREYER ET AL (2002).

⁷² Sin ir más lejos, el mismo fin persigue en nuestro país la Dirección de Presupuestos, dependiente del Ministerio de Hacienda. Cabe hacer presente que la Ley Orgánica del Congreso Nacional, Ley N° 18.918, establece, en el inciso segundo del artículo 17, que cada Cámara deberá tener una comisión de hacienda, encargada de informar los proyectos en lo relativo a su incidencia en materia presupuestaria y financiera del Estado, de sus organismos o empresas. Dicha Comisión deberá indicar en su informe la fuente de los recursos reales y efectivos con que se propone atender el gasto que signifique el respectivo proyecto, y la incidencia de sus normas sobre la economía del país. Si bien esta norma podría tener gran impacto en el debate parlamentario y en la discusión pública en materia de evaluaciones costo-beneficio de diversas regulaciones (tanto económicas como otras sociales), en la práctica ha pasado más bien a ser una formalidad, y, en algunas ocasiones, las estimaciones de costos son bastante lejanas a la realidad.

busque “corregir” dicha “falla”. La filosofía es simple: el remedio no puede ser más caro que la enfermedad. Lo anterior también va de la mano con los avances tecnológicos y las respuestas y soluciones que el propio mercado va generando frente a sus “fallas”,⁷³ alternativas que muchas veces serán mucho más costo-efectivas que las regulaciones de “comando y control”.

3. La regulación económica ante la Constitución

Una vez analizado lo que la economía y la ciencia política ha escrito sobre la gestación de regulaciones, en particular la literatura generada desde la teoría económica de la regulación, conviene analizar la manera en que el derecho, y en particular el derecho constitucional chileno, ha abordado esta problemática.

Como se verá, y sin haber recibido aparentemente noticia alguna de la literatura y evidencia empírica generada desde las ciencias sociales, desde fines de los 70 se ha impuesto un concepto de OPE, tanto en doctrina como a nivel jurisprudencial, que no sólo parece desfasado en el tiempo y ante la economía, sino ante el nuevo conjunto de valores y principios que forman la Carta de 1980.

Así, a pesar de la claridad de lo dispuesto en el capítulo I sobre bases de la institucionalidad en conexión con las garantías de naturaleza económica dispuestas en el Capítulo III de la Carta Máxima, sólo sería a principios de esta década en que las voces disidentes al enfoque “tradicional” o “clásico” del OPE comenzarían a ganar adeptos y buscarían reemplazarla con la idea de CE, pese a que, como hemos dicho en la introducción, existían antecedentes en las obras de Guerrero del Río e Yrarrázaval que mostraban el rumbo al enfoque libertario desde hace prácticamente tres décadas.⁷⁴

3.1 ¿Constitucionalización de un ideal regulativo específico?

Hace más de 20 años se escribía en nuestro país que

“algunos constitucionalistas siguen pensando que la Constitución es eminentemente de carácter político y que lo económico y social deben estar excluidos,

⁷³ El análisis económico del derecho ha avanzado bastante en esta materia. Buenos ejemplos los podemos encontrar en la literatura sobre cómo las empresas invierten en mejorar su marca y reputación, y los costos que acarrear, consecuentemente, violaciones contractuales o al derecho del consumidor. Asimismo, muchos problemas de asimetrías de información en la compra y venta de determinados bienes (v.g., automóviles) están siendo aminoradas por el surgimiento masivo de empresas certificadoras o de garantías. Ver POSNER (2000) y SHAVELL (2004).

⁷⁴ Ver GUERRERO (1979) e YRARRÁZAVAL (1987).

*porque, en el mejor de los casos, constituirían declaraciones programáticas sin mayor eficacia jurídica. Felizmente la posición contraria (...) ha ido ganando progresivamente partidarios no solamente en Chile, sino que mundialmente, en casi todos los textos constitucionales más recientes”.*⁷⁵

Con ello se reconoce que los aspectos económicos y sociales son variables claves para el buen funcionamiento del sistema político y que ello de suyo genera una predisposición favorable a su consagración constitucional. Como sostiene Ariño, “la mayoría de las Constituciones, especialmente las más antiguas, nunca se lo plantearon, lo que no quiere decir que el silencio de las mismas equivalga a una completa indeterminación: a partir de una interpretación integrada del conjunto de derechos y libertades individuales reconocidos en el texto constitucional, se puede inducir el sistema económico que debe presidir la vida social”.⁷⁶

Lo relevante, entonces, es definir qué aspectos de un modelo regulatorio, de un ideal regulativo, deben ser consagrados en la Carta Fundamental. En otras palabras, y siguiendo a Fermanois, si bien el orden económico forma plenamente parte del orden político a nivel constitucional, hay que distinguir qué aspecto del primero puede ser desarrollado legítimamente por la Constitución, “sin afectar la esencia de la idea ‘constitución política’”.⁷⁷

Para lo anterior, debemos recurrir a la distinción que efectúan algunos autores respecto de tres aspectos del orden económico susceptibles de formar parte de la Constitución: sistema económico (conjunto de instituciones y normas que determinan el desarrollo de la actividad económica de un país), modelo económico (conjunto de objetivos, instrumentos y medidas de políticas económicas coherentes y apropiadas para las realidades contingentes de cada país) y políticas económicas (medidas contingentes de acción económica, esencialmente transitorias).⁷⁸

En este sentido, tanto para Yrarrázaval como para Fermanois, la consagración explícita de alguno de los aspectos anteriores no parece conveniente. Con todo, para el primero existen ciertos “principios económicos constitucionales”⁷⁹ que deben ser reconocidos en la Carta Fundamental; para el segundo resulta

⁷⁵ YRARRÁZAVAL (1987) p. 97.

⁷⁶ ARIÑO (2004) p. 171.

⁷⁷ FERMANOIS (2006) p. 38.

⁷⁸ Ver especialmente YRARRÁZAVAL (1987) p. 98 y FERMANOIS (2006) p. 38. Ver también GUERRERO (1979).

⁷⁹ Ver YRARRÁZAVAL (1987) p. 100.

fundamental consagrar “definiciones básicas del sistema económico”.⁸⁰⁻⁸¹ Guerrero del Río manifiesta una opinión similar.⁸² Para Soto Kloss si hay algo que aparece claro en la Constitución Política de la República, “son los principios que estructuran y vertebran lo que puede llamarse la CE, esto es, el régimen normativo que el constituyente plasmó como cimiento y pilar fundamental en este aspecto”.⁸³

Bauer va más allá y pensando en el nuevo OPE sostiene que:

*“Chile es un ejemplo pionero no sólo de la perspectiva neoliberal en el diseño institucional, sino del enfoque de la “Escuela de Chicago” del derecho y las instituciones (...) la Constitución chilena diseña un marco para estimular una economía de libre mercado, con fuerte protección de los derechos y libertades económicas privadas, en el que el poder regulatorio del Estado queda disminuido y se le entrega, además, al poder judicial la tarea de resguardar estos principios”.*⁸⁴

Por otra parte, para Ferrada, y desde una perspectiva discrepante y crítica, la Constitución chilena actualmente vigente “no sólo se limita a contener los principios económicos generales, sino que además se enmarca dentro de las que optan claramente por definir una “Constitución Económica” determinada”.⁸⁵

⁸⁰ FERNANDOIS (2006) p. 39. Fernandois señala, en relación a los efectos constitucionales, “me parece que las bases del sistema económico son aquellas definiciones centrales en tres temas económicos precisos: a) las potestades regulatorias e intervencionistas del Estado en la economía y la forma en que se ejercen y revisan; b) el tema del Estado empresario y su relación con el individuo; y c) las garantías económicas del ciudadano”. FERNANDOIS (2006) p. 39.

⁸¹ Para Fernandois ello a su vez está conectado forzosamente con las bases de la institucionalidad. En este sentido: “Salvo determinados preceptos específicos en materia de disciplina fiscal o política monetaria, “lo que hizo la Carta fue ingresar a materias económicas fundamentales para completar el cuadro valórico básico por el que primeramente opta, fundado en la libertad del hombre y en su primacía por sobre el Estado (...) En otras palabras, la identificación y formulación de los pilares económicos fundamentales en la propia Constitución es una consecuencia forzosa derivada de los principios inspiradores reconocidos por el propio constituyente en el capítulo I, de las Bases de la Institucionalidad. La omisión de toda garantía, principio de actividad para la relación hombre-Estado u opción en materia económica habría significado una severa laguna constitucional, una zona de agnosticismo institucional inaceptable para una concepción integral de la sociedad que se pretende fundar, en la que se postula que los principios y valores esenciales que la fundan, la informan en su totalidad, sin exclusiones”. FERNANDOIS (2006) p. 40.

⁸² Para el autor: “(...) no es posible pretender que la institucionalidad económica signifique propender a consagrar en el sistema constitucional un esquema económico determinado (...) no puede significar consagrar constitucionalmente un modelo económico específico (...) pues eso no haría sino que debilitar el sistema constitucional, ya que cada vez que se modificaran o alteraran las variables sería necesario reformar la Constitución”. GUERRERO (1979) p. 79.

⁸³ SOTO KLOSS (2009) p. 404.

⁸⁴ Citado por FERRADA (2000) pp. 4-5.

⁸⁵ FERRADA (2000) p. 2.

En otras palabras, y siguiendo a Ariño, este "orden económico constitucional" no puede ser considerado una pieza aislada, sino un elemento más dentro de la estructura básica de la ley fundamental. Además "hay que enmarcar la Constitución económica dentro de un contexto más amplio: el modelo de sociedad (sociedad libre) y la idea de Estado (Estado de Derecho), que se quiere garantizar a través de la Constitución".⁸⁶

Esta visión también es compartida por Cea. Para el autor:

"El tiempo ha demostrado que la Constitución debe contener principios y normas claros y flexibles, pero definidos en materia económica. Esa es, como ya lo hemos observado, la regla general en el constitucionalismo moderno. En la medida que sucede lo expuesto, la economía queda sustraída de los vaivenes políticos contingentes y amparada tanto por la rigidez relativa del Código Fundamental como por la garantía que representa la revisión judicial del principio de supremacía. La imagen de una Carta Fundamental sólo de índole política y, por lo mismo, útil casi únicamente para el funcionamiento de los órganos estatales, pero no para los ciudadanos en sus empresas, trabajos y profesiones, debe ya considerarse obsoleta y superada".⁸⁷

Esta posición también la encontramos en los debates de la CENC, en sus sesiones N° 388 y siguientes. En este sentido, por ejemplo, destaca la intervención de su presidente en la sesión 400⁸⁸, quien estimó que:

"(...) no se trata de consagrar una política económica, sino de establecer ciertos principios fundamentales sobre el orden público económico, los cuales, en el fondo, emanan de la filosofía de la nueva institucionalidad, fundamentada esencialmente en la libertad del hombre y en la iniciativa que deriva de su capacidad creadora, que debe ser respetada por el Estado".⁸⁸

Ello nos llevará a revisar con mayor detención qué entendemos por OPE, y en una versión moderna, y en sintonía con nuestra Carta Fundamental, por CE.

3.2 Del OPE de Cea a la CE de Fernandois

Durante el siglo XX se desarrolló a escala global un concepto de orden público de naturaleza económica distinto del tradicional orden público de derecho privado. La intervención del Estado en la economía fue dándose progresivamente

⁸⁶ ARIÑO (2004) p. 171.

⁸⁷ CEA (2004) p. 466.

⁸⁸ CENC, Actas Oficiales, Sesión 400 (12 de julio de 1978), p. 3160.

y la legislación económica, por consiguiente, fue abarcando nuevos ámbitos de la actividad económica de los particulares en sus relaciones entre sí, de las relaciones entre los particulares y el Estado, y las normas que rigen la acción del Estado y sus organismos en materia económica.⁸⁹

En este sentido, y como sostiene Ariño, el cambio del sentido de la acción del Estado se funda en lo que los desequilibrios económicos y sociales percibidos a principios del siglo XX exigirán: “Es este nuevo derecho de la intervención económica que justifica y legitima, con limitaciones, la intervención del Estado sobre la economía”.⁹⁰

Guerrero del Río hace 30 años⁹¹ y Aróstica,⁹² de manera más reciente, plantearon de manera elocuente el impacto que tuvo el enfoque económico anterior a la Carta Fundamental en el derecho público chileno. En palabras del primero:

*“En los últimos tiempos nuestra institucionalidad económica se ha caracterizado por un estímulo creciente al estatismo, un exceso de discrecionalidad administrativa, una escalada demagógica en el debate público, un concepto erróneo de lo que se entiende por planificación, una exacerbación del conflicto social, una pérdida de los valores morales y en general un predominio de la idea del menor esfuerzo para lograr cualquier finalidad económica”.*⁹³

En nuestro país, la idea de OPE cruza de forma determinante toda la doctrina y jurisprudencia desde 1954 hasta nuestros días. Empero, desde el advenimiento de la Constitución actual, y como ha sostenido entre nosotros Femandois, cierta doctrina y últimamente también nuestros tribunales superiores de justicia, han comenzado a equiparar el tradicional concepto de OPE al más moderno de CE, idea que proviene de la Constitución alemana de Weimar y se popularizó en la década de los 40.⁹⁴

⁸⁹ YRARRÁZVAL (1987) p. 99. Ariño reconoce tres etapas en la evolución de la relación derecho público y rol del Estado en la economía: “La primera tuvo lugar en los años treinta, cuando los países buscaban soluciones a la “Gran Depresión” del 29; la segunda surge en los años sesenta, motivada por el desarrollismo y la tecnocracia, en su esfuerzo de mantener una prosperidad creciente; la tercera surge en los noventa, para hacer frente a la globalización de la economía y a las medidas liberalizadoras que la acompañan”. ARIÑO (2004) p. 39.

⁹⁰ ARIÑO (2004) p. 64.

⁹¹ Ver GUERRERO (1979).

⁹² Ver ARÓSTICA (2001).

⁹³ GUERRERO (1979) p. 80.

⁹⁴ FERMANDOIS (2006) p. 30. Más aún, para FERMANDOIS (2006) p. 71, “no hay necesidad de agregar el calificativo de “público” al orden económico, puesto que éste incorpora todos los elementos económicos presentes en la sociedad, públicos o privados. Ahora, si lo que se encuentra en análisis es el esquema básico del orden económico, aquel que además goza de supremacía constitucional y por ello se impone sobre el resto de las normas, entonces puede subrayarse su carácter de *público*”.

Desde la perspectiva constitucional ha sido la definición de Cea la más aceptada y utilizada por la doctrina y la jurisprudencia desde su formulación a fines de los 70 por parte de este autor. Para Cea el OPE consiste en el “conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla de acuerdo con los valores de la sociedad nacional articulados en la Constitución”.⁹⁵

Esta definición fue recogida por el TCCh en STC Rol 207 de 1995 y más recientemente reafirmada en STC Rol 546 de 2006. En este último fallo, junto con la definición de Cea y la de Claro Solar, el Tribunal sostuvo en el considerando 8°:

“(...) Consiguientemente, como se señala en el Rol N° 207, el orden público y el orden público económico en especial, estará orientado y comprenderá el establecimiento de procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, inmutables, frente a la autonomía de la voluntad de los particulares y orientado hacia un ordenamiento adecuado y racional de las iniciativas y actividades en materias económicas; y, por su parte, las regulaciones de las actividades económicas se refieren a las facultades legales conferidas a los órganos públicos para fiscalizar, controlar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones generales o especiales que regulan dichas actividades”.

Y es que a la jurisprudencia del TC al momento de conceptualizar el OPE se suman los planteamientos de los tribunales superiores de justicia de las últimas décadas. En efecto, el OPE es utilizado como justificación de la reducción de la autonomía de la voluntad económica; como justificante del poder sancionatorio del Estado en materia económica; y como fuente del poder regulatorio del Estado-Administrador en el ámbito económico. Muy excepcionalmente, el OPE es invocado en defensa de ciertas garantías como la libertad de trabajo o la libertad económica.⁹⁶

Fernandois ha criticado la posición de Cea de poner el énfasis más en las potestades regulatorias que tiene el Estado en materia económica, que en el conjunto de garantías constitucionales que poseen los individuos en este ámbito para defenderse frente a la intervención estatal. Para el autor:

“Es probable que se deba al momento en que se propuso y la cercanía de la época fuertemente dirigista que le precedió, o a la acción de la jurisprudencia que ha recogido constantemente esta precisa definición, o bien al énfasis que

⁹⁵ CEA (2004) p. 463.

⁹⁶ FERNANDOIS (2006) p. 44.

Cea coloca en los vocablos eje de su definición, "organizar" y "regularla"; pero esta aproximación al OPE ha dado lugar, a nuestro juicio, a la desnaturalización de su contenido".⁹⁷

A Cea le parecieron "inconvincentes" las críticas.⁹⁸

En otro trabajo, Fermandois explica que el énfasis que pone alguna parte de la doctrina nacional en el aspecto *regulatorio* del OPE (en contraposición al *garantístico* o *libertario* de Fermandois), proviene del seguimiento de las ideas iniciales del francés George Ripert.⁹⁹

En la filosofía ripertiana, las estipulaciones privadas que colisionan con las de orden público deben entenderse subordinadas a estas últimas, ya que la autoridad, en uso de facultades conferidas en el área económica, tendría potestades para conducir la economía que se elevan por sobre la voluntad privada.¹⁰⁰

Para Fermandois, lamentablemente pasó desapercibida la evolución de Ripert hacia posiciones menos regulatorias. Dicho cambio no fue analizado por los seguidores del OPE de Ripert en Chile.¹⁰¹

Y es que el problema de fondo del OPE, tal como ha sido reconocido por nuestra doctrina y jurisprudencia, dice relación con la suerte de sacralidad de la que se le ha revestido. Se pretende que algunas regulaciones o potestades estatales se impongan por sobre los derechos y libertades individuales o estipulaciones contractuales solamente por decirse amparado en su calidad de OPE. Sin embargo, su imperatividad emana esencialmente de la jerarquía normativa y consecuencial distribución de funciones del poder estatal, y sólo accidentalmente del OPE. Si deben respetarse esas normas se debe a que han sido ubicadas por el constituyente, legislador, administrador o juez en un lugar constitucional tal que deben obedecerse. Como sostiene Fermandois, una norma administrativo-económica no es coercitiva por pertenecer al OPE, sino porque, si dictada con apego a la ley y a la Constitución, "el Estado de Derecho envuelve su cumpli-

⁹⁷ FERMANDOIS (2006) p. 41.

⁹⁸ CEA (2004) p. 463. También se refiere a las críticas de AVILÉS (1998).

⁹⁹ Ver FERMANDOIS (2005).

¹⁰⁰ A mayor abundamiento, para FERRADA (2000) p. 2 el orden público económico "es un concepto de origen privatista que en lo esencial trata de conectar las normas fundantes del sistema económico con el concepto de "orden público" originario del derecho civil. En este sentido, este vocablo –como lo expone magistralmente Ripert– es una creación de la doctrina iusprivatista francesa de la década de los 40 –recepcionada sin críticas por la doctrina y la jurisprudencia chilenas dominantes–, que trata de dar las primeras respuestas a esta nueva realidad jurídico-económica, desconocida hasta ese momento, en la que el Estado abandona la neutralidad económica y su abstencionismo tradicional, para participar activamente en la conformación del Estado social ahora proclamado por la República".

¹⁰¹ FERMANDOIS (2005).

miento. Por el contrario, la misma norma administrativa, o incluso legislativa, no necesariamente por tratarse de una regulación económica –considerada por su autor como esencial y por ello perteneciente al OPE– obliga a los particulares si en su forma o fondo contradice la Constitución”.¹⁰²

Por estas razones, concordamos con el autor en el sentido de que el concepto de OPE tradicional parece sobrepasado.

Bajo este escenario, el autor nos propone una definición alternativa de OPE como:

*“el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida de lo posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana”.*¹⁰³

Esta definición, que pone el énfasis en el conjunto de garantías económicas que gozan los individuos y en menor medida de los aspectos regulatorios, además le señala una meta al OPE: “el bien común y la plena realización de la persona humana mediante la contribución económica de los diversos agentes”.¹⁰⁴ En este sentido, para el autor, “no es admisible que el OPE sea una idea neutra, meramente funcional, desligada de las opciones libertarias y subsidiarias de nuestra institucionalidad (...) Nuestro concepto omite la voz “organizar” y “regular”, porque no son de la esencia de un orden económico”.¹⁰⁵

¹⁰² FERMANDOIS (2006) p. 70.

¹⁰³ FERMANDOIS (2006) p. 72.

¹⁰⁴ FERMANDOIS (2006) p. 72.

¹⁰⁵ FERRADA (2000) p. 72. Ferrada sintetiza bastante bien el “espíritu” del nuevo OPE chileno: “El logro de las metas perseguidas no se confía a la imposición, por el Estado a los sujetos económicos, de las conductas necesarias para la ejecución del plan, sino que más bien, y preferentemente, a una orientación de tales conductas, conservando así los sujetos económicos la libertad de seguir o no tales orientaciones sin colocarse, en esta última hipótesis, al margen del ordenamiento jurídico. Consecuencia de ello es que los medios de intervención que utilice el Estado deben ser “conformes al mercado” y que las técnicas del orden público económico, consistentes en la determinación del contenido de los contratos y la formación del vínculo contractual por vía de la autoridad, sólo sean admisibles por vía excepcional (...) Así, el establecimiento de metas económicas y sociales relacionadas con el crecimiento y desarrollo económico, la estabilidad financiera y los equilibrios monetarios, la clara opción por formas de organización económica que privilegien la libertad de los agentes económicos y, en particular, la configuración de un régimen jurídico de fuerte protección a los bienes de consumo y de producción de propiedad privada; y la abierta preferencia por el mercado como instrumento fundamental y casi exclusivo en el proceso de asignación de los recursos económicos, son elementos que nos revelan claramente esta conexión explícita entre la Constitución chilena y la “economía social de mercado”.

FERRADA (2000) pp. 3-4.

Esta mirada ha comenzado a ser seguida o complementada por diversos autores.¹⁰⁶

Y es que si la Constitución es concebida primordialmente como un límite al poder público, el OPE o la CE también debiera serlo.

La propuesta de Fermanois va de la mano con las ideas del gran tratadista español Gaspar Ariño, quien define CE como “el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país, según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución”.¹⁰⁷ Y es que para Ariño, no se puede perder el sentido último de la CE: el resguardo de los derechos y libertades individuales.¹⁰⁸

3.3 Bases de la CE. El principio de subsidiariedad como conector entre los enfoques económicos y constitucionales de la regulación

3.3.1 Bases fundamentales de la CE

El nuevo rol del Estado chileno en materia económica debe contextualizarse con ciertos principios, libertades y derechos reforzados por la Carta Fundamental y que han sido robustecidos por la jurisprudencia del TCCh.

Tales principios no son otros que la primacía de la persona humana, sujeto anterior y superior al Estado (art. 1° inciso 1°); la consecuencial servicialidad del Estado (art. 1° inciso 4° frase 1ª), el cual está al servicio de la persona humana, como medio o instrumento en el orden temporal, para el perfeccionamiento de ella, servicio que se concreta en la promoción o procura del bien común de

¹⁰⁶ Ver FERMANDOIS (2006).

¹⁰⁷ ARIÑO (2004) p. 171.

¹⁰⁸ ARIÑO (2004) p. 42. Sostiene el autor: “Existe la necesidad de otorgar un “espacio de libertad” --cuanto mayor, mejor-- a la sociedad civil y obtener un perfil adecuado del derecho público económico y sus principios inspiradores. Al establecer y regular la intervención de los órganos estatales en la economía, el derecho debe mantener, en primer lugar, su función de defender la libertad individual y, por tanto, de limitar --dosificar, medir, cuantificar-- el poder de intervención del Estado sobre nuestras vidas, tanto de cada uno de sus órganos, como de su actuación conjunta; y en segundo lugar, debe velar para que ese espacio de libres transacciones y operación económica, que hoy llamamos “mercado”, sea suficiente y ofrezca los grados de libertad que necesitan sus protagonistas”. En este sentido, no todos los preceptos de las Constituciones tienen el mismo valor según el tratadista: algunos son “principalistas”, principios básicos de la configuración jurídico-política del Estado, y otros son secundarios. Los primeros tienen una primacía interpretativa sobre los segundos. Sostiene el autor español: “La Constitución española refleja esta realidad en varios aspectos. Así, por ejemplo, en la especial protección jurisdiccional que establece respecto a ellos, en las “formas jurídicas” que exige para su desarrollo o regulación (reserva de ley, orgánica u ordinaria) y en los requisitos que establece para la reforma o enmienda constitucional de estos preceptos”. ARIÑO (2004) p. 174.

la sociedad, con pleno respeto de los derechos de las personas (art. 1° inciso 4° frase 2ª).¹⁰⁹

A lo anterior se suman el derecho a la libre contratación (art. 19 N° 16), que es una novedad en la Constitución de 1980, puesto que su predecesora sólo garantizaba el derecho al trabajo; el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita (art. 19 N° 21), cuyo objeto es precisamente otorgar protección al emprendimiento privado y su marco básico, potenciado con el principio de reserva legal; y el reforzamiento del derecho de propiedad y en especial el de propiedad incorporal (sobre contratos), que, aun con las limitaciones de la función social (art. 19 N° 24 inciso 2°), pretendió reforzarse y “acorzarse” por la CENC y su Subcomisión de Propiedad.¹¹⁰

Asimismo destacan las normas sobre Estado empresario (art. 19 N° 21, inciso 2°), igualdad ante la ley (art. 19 N° 2), derecho a la no discriminación arbitraria en materia económica (art. 19 N° 22), libertad para adquirir el dominio (19 N° 23), igualdad ante los tributos (art. 19 N° 20) y libertad de asociación (art. 19 N° 15).

Por cierto, todo ello sin perjuicio de la cláusula de cierre del artículo 19 de la Carta Máxima, acerca del respeto del regulador a la “esencia” de estas garantías (art. 19 N° 26).

Además, y si quisiéramos ir un poco más lejos aún, pudiera pensarse en lo fundamental que ha resultado el estatuto constitucional del Banco Central (Capítulo XIII), que ha garantizado una autonomía efectiva; y las normas sobre endeudamiento público, incluidas las empresas públicas (art. 63 N°s 7, 8 y 9).

Sin embargo, y si pensamos en la CE como aquel conjunto de garantías individuales económicas y las reglas (regulaciones) necesarias para promoverlas, es el *principio de subsidiariedad* el gran articulador de las relaciones individuo, sociedad civil/mercado y Estado. Ello lo convierte en pilar central de la CE.

Es además relevante, porque es la concreción constitucional, o al menos lo que más se acerca, de una mirada que busca limitar el rol del Estado en la economía. En otras palabras, si para la economía neoclásica (liberal) el Estado sólo debe jugar un rol relevante al intentar corregir fallas de mercado y proveer bienes públicos, estamos bastante cerca de lo que el concepto de subsidiariedad estatal consagrado en nuestra Carta Máxima, aplicado al ámbito económico, persigue.

¹⁰⁹ SOTO KLOSS (2009) p. 404.

¹¹⁰ Ver FERNANDOIS (2006).

En este sentido, la subsidiariedad juega el papel clave de conector entre los economistas escépticos de un Estado regulador, interventor y los juristas que abogan por la defensa de la CE.

Ariño sintetiza este punto de manera clara:

*“En las sociedades desarrolladas, la capacidad de elegir de las personas es cada vez más grande y, aunque a cierta distancia, las sociedades en desarrollo siguen la misma senda. Esto es, en buena parte una consecuencia de la opción por la economía de mercado, generalizada tras el fracaso del sistema unificador e igualitario impuesto en la Europa del Este. El caso es que esta capacidad de elegir está reforzando las tendencias individualistas ya existentes, lo que a su vez apoya los postulados de la ciencia económica (que, como sabemos, se basa en un comportamiento racional al servicio de sus propios intereses por el “homo economicus”). Pues bien, a nivel jurídico, este fenómeno refuerza también el principio de subsidiariedad del Estado, la regulación para la competencia y demás técnicas protectoras de la libre iniciativa particular (...) La capacidad de elegir, la libre elección de personas y grupos sociales, de empresas y consumidores, se convierte en un objetivo en sí mismo y el derecho y la regulación tienen que poner los medios para facilitarla”.*¹¹¹

3.3.2 El rol clave del principio de subsidiariedad.

Proveniente desde la Doctrina Social de la Iglesia que hacia fines del siglo XIX¹¹² buscaba fijar una posición propia, al momento de acercarse a la cuestión acerca del adecuado modo de relacionarse entre el individuo y su familia, la sociedad civil y el Estado, alejándose del individualismo y del colectivismo extremo, fue desarrollado en nuestro país con fuerza por Jaime Guzmán desde fines de los años 60¹¹³ y a nivel institucional comienza a consagrarse desde “las Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República” de 26 de abril de 1973. Por supuesto, todo lo anterior bastante menor al lado del trabajo del “Comisionado” Guzmán en la CENC al articular las bases fundamentales del principio de subsidiariedad.

Filosóficamente, tanto desde la perspectiva metafísica como teleológica, destaca esta concepción por la primacía que se asigna al hombre por sobre la sociedad y el Estado. Lo anterior fruto de que el hombre es ser sustancial y espiritual.¹¹⁴

¹¹¹ ARIÑO (2004) p. 49.

¹¹² Destacan la Encíclica *Rerum Novarum* de León XIII (1891), y su seguidora, *Quadragesimo Anno* de Pío XI (1931).

¹¹³ Ver por ejemplo los documentos fundacionales del Movimiento Gremial de la UC. Su pensamiento como académico de derecho político y constitucional en ROJAS ET AL (1996).

¹¹⁴ FERNANDOIS (2006) p. 86.

La doctrina ha sido contundente en su reconocimiento como principio constitucional.¹¹⁵ Ello ha sido, a su vez, confirmado por la jurisprudencia del TCCh.¹¹⁶ Con todo, para algunos autores, con epicentro en la Escuela de "Pío Nono", no tiene dicho carácter.¹¹⁷

Si bien no hay una definición explícita del principio, a diferencia del principio de autonomías sociales (art. 1° inciso 3°) o de bien común (art. 1° inciso 4°), encontramos diversas manifestaciones del mismo. Por supuesto las dos referencias anteriores del artículo 1° son fundamentales. A estas se agregan las normas sobre libertad de asociación (art. 19 N° 15), libertad de enseñanza (art. 19 N° 11), prohibición de monopolio estatal sobre los medios de comunicación y derecho a fundar, editar y mantener medios de comunicación (art. 19 N° 12 incisos 2° y 5°, respectivamente), y la sanción respecto del mal uso por parte de los grupos intermedios de su autonomía (art. 23).

Por cierto en el ámbito económico, la subsidiariedad emana con fuerza del artículo 19 N° 21. Como derecho fundamental que es y configurado como derecho/libertad implica, intrínsecamente, para Soto Kloss "por una parte, una propia y muy específica *limitación* para el Estado legislador y Administración ("respetarlo") en orden (1) a no interferir ese derecho mediante "prohibiciones", respecto de lo cual carece de competencias, ya que la Constitución no se las ha atribuido, y (2) a no afectar su "contenido esencial" (artículo 19 N° 26) respecto a la regulación legal de su ejercicio".¹¹⁸

En este contexto, se ha buscado delimitar de manera prolija la intervención del Estado en la sociedad civil y en los mercados. Desde la perspectiva negativa, ello implica un vasto campo a la libre iniciativa individual para el desarrollo de las más diversas actividades, mientras se persigan fines lícitos. En este ámbito se reserva al Estado cumplir sus funciones indelegables o connaturales, básicamente, relaciones exteriores, defensa, administración de justicia y provisión de bienes públicos. Nótese que en este punto la subsidiariedad refleja plenamente los postulados del liberalismo económico clásico.¹¹⁹

¹¹⁵ Ver SOTO KLOSS (2009) pp. 67-89, FERNANDOIS (2006) pp. 89-109, SILVA BASCUÑÁN (1997) pp. 51-53, VERDUGO ET AL (2002) pp. 111-112, SAN FRANCISCO (1992) pp. 529-534, y ALCALDE (2003) pp. 87-90.

¹¹⁶ Ver por ejemplo STC Rol N° 226-1995 ("Ley de Prensa") y STC Rol N° 352-2002 ("Liceo Manuel de Salas").

¹¹⁷ Ver RUIZ-TAGLE (2000) y VALLEJO y PARDOW (2008).

¹¹⁸ SOTO KLOSS (2009) p. 409.

¹¹⁹ Para profundizar en las dimensiones negativas y positivas del principio, y los criterios de intervención ver SAN FRANCISCO (1992) Y FERNANDOIS (2006).

Como vimos anteriormente ello tuvo impacto decisivo en el replanteamiento del OPE. Como sostiene Fermois: "Recuérdese que la Carta de 1980 revirtió desde sus bases la opción tradicional en esta materia, reconociendo a la persona supremacía por sobre el Estado y trasladando todo el poder estatal económico no regulatorio a los cuerpos intermedios creados por los particulares, sólo por excepción una actuación subsidiaria".¹²⁰

Desde la perspectiva positiva, se abre al Estado la posibilidad de intervenir subsidiariamente en un determinado ámbito, cumpliendo algunos requisitos copulativos y exigiéndosele a su vez los denominados requisitos post-intervención. Entre los primeros destaca: (a) el que se trate de actividades o fines que apunten al bien común, (b) que los privados no estén logrando un determinado fin o no exista presencia de privados en un ámbito fundamental para el bien común, y (c) que el Estado haya agotado lealmente todos los esfuerzos para que dichas actividades sean desarrolladas por los particulares. Entre los segundos, encontramos que el Estado (d) debe continuar incentivando a los particulares para que tomen o retomem dicha actividad y (e) debe retirarse de un ámbito, abandonando completamente su intervención subsidiaria, una vez que los particulares están en condiciones o estén asumiendo dicha actividad.

Queda de manifiesto de lo anterior el hecho de que, al igual que cualquier principio de acción gubernativa, y siguiendo a Fermois, la aplicación del principio de subsidiariedad en una sociedad política determinada envuelve complejos problemas de apreciación. La aplicación está principalmente en manos de la autoridad, quien deberá apreciar prudencialmente la existencia o ausencia de los requisitos que justifican la intervención subsidiaria del Estado. Para el autor:

"La complejidad de este proceso de apreciación no invalida el esfuerzo que la autoridad debe hacer en todo momento para una aplicación rigurosa del principio. La autoridad debe entenderse en sentido amplio: ejecutiva, legislativa, judicial, gremial, universitaria, sindical, etc. En este punto existen varias inconsistencias que suelen ser repetidas por algunos".¹²¹

Y es que los problemas de apreciación, interpretación o aplicación del principio de manera concreta nos pueden conducir al escenario en que hoy nos ha puesto el TCCh, generando un debate, desafortunado a nuestro juicio, que creemos ha puesto en jaque la manera en que se ha entendido tradicionalmente la subsidiariedad por nuestra dogmática y jurisprudencia.

¹²⁰ FERMANDOIS (2006) p. 70.

¹²¹ FERMANDOIS (2006) p. 93.

Nos referimos a los fallos del TCCh respecto de inaplicabilidades presentadas frente al artículo 38 ter de la Ley de Isapres. Desde el primer fallo "Isapre",¹²² y con mayor razón desde "Isapre 3",¹²³ existe una línea argumental que ha desnaturalizado la aplicación de este principio al campo de la salud, afectando un mercado que sin lugar a dudas puede ser catalogado como de "regulado"; se ha vinculado de manera poco clara la subsidiariedad al principio de solidaridad¹²⁴ y al efecto horizontal de los derechos fundamentales. Esto último con implicancias fuertemente discutidas en el derecho comparado: imponer a los privados (en este caso, a las Isapres) obligaciones positivas para con otros particulares.

Junto con lo anterior, resulta frecuente por estos días escuchar propuestas que apuntan a que el Estado participe en un determinado mercado. En efecto, las propuestas respecto de la creación de una AFP o una farmacia estatal, un mayor rol del Banco Estado en el sector financiero, son esfuerzos que muchas veces gozan de gran aceptación.

El problema es que el estándar de control de estas y tantas otras propuestas político-legislativas no sólo puede quedar radicado en las normas sobre "Estado empresario", sino ante la subsidiariedad globalmente entendida. Lamentablemente, al ser un principio de acción gubernativa y estar cimentado sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados (e.g., bien común), muchas veces pareciera descansar más bien en buenas intenciones, recomendaciones al legislador y al administrador.

Es por ello, y porque sabemos que allí donde ingresa el Estado, aunque sea "subsidiariamente", resulta difícil que haga abandono, aun cuando los particulares puedan llevar a cabo el 100% de dicha actividad, que la enseñanza de la teoría económica de la regulación y la mejor tradición neoclásica resultan fundamentales en el intento de "objetivizar", a través de parámetros más precisos, aquellas áreas donde es posible que el Estado pueda cumplir un rol subsidiario. En este sentido, y como se analizará a continuación, aquellos que defienden la subsidiariedad en particular y la CE en general desde el constitucionalismo, encontraran en estas visiones económicas criterios más definidos para evaluar la correcta intervención del Estado en la economía.

¹²² STC Rol N° 976-07 de 26 de junio de 2008.

¹²³ STC Rol N° 1218-08 de 7 de julio de 2009.

¹²⁴ Sobre esta relación ver VALDÉS (2006).

3.5 Evaluación

Una interpretación constitucional sistemática y finalista de nuestra Carta Máxima nos lleva a pensar la CE como un marco robusto de protección, respeto y fomento de la iniciativa particular, iniciativa que se concreta en el encuentro libre y voluntario de millones de oferentes y demandantes en los mercados día a día. Para ello, la regulación estatal debe estar concebida no como las potestades del Estado para regular estos ámbitos, sino como un espacio de fijación de reglas para que surja y prospere la iniciativa privada. En términos simples y como queda de manifiesta de una correcta interpretación de nuestra Carta Máxima, no como OPE, sino como CE.

Ello de suyo está relacionado con el espacio de actuación que tiene el Estado en la economía: utilizar la regulación para la corrección de fallas de mercado y de manera subsidiaria. Ello se conecta, como hemos visto con la cuestión de la eficiencia: el ahogo de la iniciativa privada en mercados competitivos implica una pérdida de bienestar social. Dilapidación de recursos, que por definición son escasos y enfrentan usos alternativos.

Guerrero del Río, uno de los *padres* de la CE, entendió hace más de 30 años este punto con claridad:

"(...) No se está negando en absoluto la intervención del Estado en la economía, ya que ella ha pasado a ser necesaria en muchos casos, sino que el problema consiste en determinar cuál es el nivel que puede alcanzar tal intervención y cuál es la forma que ella puede adoptar (...) Si el Estado crece sin criterios de eficiencia económica y si por otra parte asume un rol que va mucho más allá del papel subsidiario que naturalmente le debe corresponder, es obvio que se va deprimiendo la actividad del sector privado y que va repercutiendo en el crecimiento económico general de un país".¹²⁵

Ello implica pasar desde una concepción del OPE clásico que pone el énfasis en las potestades regulatorias del Estado sobre la economía, hacia uno que, de manera contraria, acentúa los derechos y libertades en el ámbito económico, precisamente garantizando con ello un espacio de autonomía que busca frenar los "tentáculos" estatales.

Y es que si la Constitución fue desarrollada por el constitucionalismo clásico como un instrumento sofisticado de limitación del poder público, resulta evidente que una CE, debe ser pensada como una especie de la anterior. Ello es

¹²⁵ GUERRERO (1979) pp. 80-81.

además coherente con la literatura económica que ha demostrado que existen buenas razones para ser escépticos de confiar ciegamente en categorías como el OPE, que suelen ser utilizadas por la autoridad para justificar sus intervenciones en ámbitos de iniciativa privada.

En virtud de lo anterior, un espacio central de nuestro ordenamiento constitucional económico cumple el principio de subsidiariedad. Entendido desde la perspectiva constitucional, cumple el papel de mantener en su justo espacio el rol del Estado en la economía, en los mercados. Ello va de la mano con la mirada garantista de las libertades económicas que promueve la CE.

Desde la perspectiva económica, la subsidiariedad reserva, por razones de libertad y eficiencia, un lugar privilegiado a la libre concurrencia de oferentes y demanda a toda clase de mercados de bienes y servicios. Ello deja al Estado en su rol de poder intervenir, de manera eficiente (siempre que los beneficios de la intervención sean superiores a los costos), frente a las fallas de mercado. Sabemos que esta intervención es problemática por las “fallas de la regulación” y los problemas de acción colectiva. A su vez ello también implica que el Estado genere bienes públicos. Esta generación de bienes públicos no se opone a su participación ahí donde existan bienes privados con componentes de bien público o que generen externalidades positivas, donde se recomienda una participación estatal limitada y focalizada, por ejemplo a través de subsidios.

Con todo, una mala intervención subsidiaria es aquella que utiliza conceptos como bien común (concepto jurídico indeterminado) o algún justificativo económico vago (bienestar social donde ni siquiera se ha realizado la evaluación social de dicha medida) para la consecución de cualquier objetivo, sea este político o para favorecer a determinados grupos de interés. Ello implica un esfuerzo permanente por “objetivizar” a través de parámetros y estándares claros regulatorios el que la intervención estatal se limite a cumplir con los roles antes descritos y bajo un serio escrutinio de costo-efectividad de su actuación. Más aún si estamos ante recursos por definición escasos, con usos alternativos y a los que queremos destinar a aquellas políticas o programas sociales donde alcancen los mayores grados de rentabilidad social.

4. Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica

Habiendo revisado en las secciones 2 y 3 las implicancias de la evidencia mostrada por los enfoques económicos de la regulación, en particular de la teoría económica de la regulación; y como ello es coherente con la evolución que ha tenido nuestro derecho constitucional, en particular pasar desde la mirada del OPE tradicional a la de CE; corresponde ahora tratar de juntar ambos enfoques

y darles sentido y aplicación concreta al interior de nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, creemos que uno relevante dice relación con plantear la necesidad de fortalecer y reforzar la revisión judicial de la regulación económica. En efecto, la búsqueda de la eficiencia económica, y con ello aumentar el bienestar social, a través de millones de intercambios libres en los mercados, y con ello la libertad, el emprendimiento y la creatividad humana, son objetivos no sólo compatibles, sino esencialmente relacionados. Así, el rol del TCCh y de los jueces en general nos parece fundamental para lograr lo anterior. En otras palabras, la revisión judicial nos parece se convierte en aspecto esencial para garantizar, desde la perspectiva económica, mercados robustos; como también, desde la perspectiva jurídica, garantizar la libertad económica.

Ello nos llevará en esta sección a analizar en qué consiste la revisión judicial económica, sus aspectos conceptuales e importancia; la relevancia de la incorporación de criterios económicos en la revisión judicial; y mostrar dos tests desde el derecho comparado que nos parecen particularmente útiles a la hora de que un juez, sea constitucional u ordinario, pueda acometer su labor de examinar el impacto de una regulación económica. Estos tests son el principio de proporcionalidad alemán (que ha sido utilizado por el TCCh) y la doctrina del *hard-look* americana para la revisión judicial de actuaciones de agencias administrativas.

4.1 Revisión judicial económica: su importancia

Como hemos visto en otro artículo,¹²⁶ el diseño constitucional del proceso legislativo chileno hace bastante costosa la captura del mismo por parte de los grupos de interés: sistema bicameral, iniciativa legislativa exclusiva presidencial, reglas de quórum, respeto a las ideas matrices, sistema de urgencias, veto presidencial, control preventivo del TC, entre otros. En este sentido, nuestra Constitución sin lugar a dudas puede ser una Constitución “modelo” en este ámbito.

Lamentablemente lo que es válido para el proceso legislativo no lo es para la definición de otros marcos regulatorios, aquellos en que juega un fuerte rol la potestad reglamentaria presidencial o las actuaciones a nivel de superintendencias o gobiernos locales. En estos ámbitos, no existe el complejo entramado constitucional de pesos y contrapesos, compartimentalización de la discrecionalidad de la o las autoridades decisorias, altos estándares de transparencia (o al menos equivalentes a los que enfrenta el proceso legislativo), entre otros.

¹²⁶ Ver GARCÍA y SOTO (2009).

Por cierto, lo anterior no obsta a que la revisión judicial de la ley (y de las reformas constitucionales) siga siendo decisiva.

Es por ello que futuros esfuerzos desde la perspectiva de generar marcos regulatorios eficientes y que miren el bienestar social, como asimismo sean respetuosos de los derechos y libertades individuales, pasen necesariamente por repensar los procedimientos bajo los cuales actúan estos órganos.

Sin embargo, especial énfasis debe entregarse a aumentar la calidad de la revisión judicial de dichos actos. Nada se saca con intentar potenciar la reserva legal,¹²⁷ si una vez que se ha salido de dicho ámbito, de manera legítima o no, los ciudadanos no cuentan con mecanismos para poder tutelar sus derechos y quedan al completo desamparo frente a la discrecionalidad administrativa.

La tensión en esta materia ha sido percibida con claridad en el debate reciente en torno a la creación del Ministerio del Medioambiente y la Superintendencia respectiva. El potencial desequilibrio entre las amplias facultades conferidas a la autoridad administrativa versus la garantía de los derechos individuales, llevó al Ejecutivo a presentar un proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental.¹²⁸

En el mensaje de dicho proyecto se justificó la relevancia de la revisión judicial sobre la base de dicha tensión:

"(...) existen buenas razones para promover la potestad administrativa de sanción desde la perspectiva de la calidad regulatoria y la eficiencia de los sistemas de cumplimiento, pero eso no se puede hacer a cualquier precio. Por otro lado, existen buenas razones para acotar las potestades de los organismos administrativos en defensa de los derechos de los particulares, pero eso no puede significar afectar el interés público y el bienestar social de la regulación. Por tal motivo, los sistemas democráticos han tratado de buscar equilibrios. Por un lado, dotando a los organismos administrativos de competencias regulatorias y de sanción, que busquen una finalidad de disuasión efectiva (y no una retributiva) para promover cumplimiento y por la otra, establecer un mecanismo efectivo de revisión judicial de las intervenciones de las autoridades públicas. Los jueces cumplen un rol esencial en el sistema de contrapesos en un sistema democrático, pero también tienen un rol esencial e insustituible en la protección de los derechos de las personas. Es decir, actúan como instrumentos al servicio de la democracia para limitar los desbordes del poder público, en especial de

¹²⁷ Ver GARCÍA (2009).

¹²⁸ Ver Boletín N° 6747-12, proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental, ingresado al Congreso Nacional el 3 de noviembre de 2009.

*la Administración en relación a las competencias conferidas por el legislador, y por la otra, como instrumento al servicio de la tutela de derechos, ahí donde la exigencia de tutela efectiva resulta indispensable”.*¹²⁹

Stricto sensu, la idea de revisión judicial en el derecho constitucional se asocia a la de *judicial review* americana, que nace con *Marbury v. Madison* (1803).¹³⁰

A su vez, el Diccionario Legal Black la define como “el poder de un tribunal de revisar las acciones de otras ramas o niveles del Estado (*government*); especialmente, el poder de los tribunales de invalidar por inconstitucionales actos legislativos y ejecutivos”.¹³¹

Fernandois, quien considera la revisión judicial económica como *principio* fundamental del nuevo OPE (CE), la ha definido como:

*“aquel principio que exige a todo ordenamiento proveer de las acciones cautelares y recursos sustantivos idóneos, de los tribunales especializados y jerárquicamente convenientes y de las fuerzas ejecutivas eficaces para el cumplimiento de las resoluciones jurisdiccionales, que permitan un escrutinio estricto de la conformidad de los actos legislativos, ejecutivos, judiciales y particulares con efectos económicos ante las garantías económicas de la Constitución”.*¹³²

Se trata así, de una “noción operativa, adjetiva, procesal, pero de tal significación para la efectiva vigencia de las garantías constitucionales económicas, que roza el núcleo sustantivo del OPE”.¹³³

Hay aspectos *cuantitativos* y *cualitativos* –por poner nombres en extremo simplistas– que considerar, a la hora de pensar en el fortalecimiento de la revisión judicial económica.

Desde la perspectiva “cuantitativa”, y como hemos sostenido en otro trabajo, es imprescindible ir avanzando hacia la creación de tribunales especializados en este ámbito.¹³⁴ Es lo que ha ocurrido en materia de libre competencia o tributaria-aduanera, como asimismo y como se discute en la actualidad y hemos comentado, lo que podría suceder en materia medioambiental. Estos

¹²⁹ Boletín N° 6747-12, p. 8.

¹³⁰ Para profundizar en la evolución de este concepto y la importancia de la obra “El Federalista” en esta materia ver GARCÍA (2003).

¹³¹ BLACK’S LAW DICTIONARY (2001) p. 382.

¹³² FERNANDOIS (2006) p. 112.

¹³³ FERNANDOIS (2006) p. 111.

¹³⁴ GARCÍA (2008).

esfuerzos no obstan a diseños institucionales alternativos y complementarios: algunos sectores han buscado resolver controversias regulatorias minimizando la judicialización de las mismas a través de paneles de expertos.¹³⁵

Estamos conscientes que esta propuesta –la creación de tribunales especializados– también conlleva una serie de riesgos y desventajas.¹³⁶ Como advierte el juez Breyer: “La revisión por parte de jueces generalistas aporta a las decisiones técnicas cierto sentido común propio del lego y le proporciona al derecho un necesario grado de coherencia”.¹³⁷

Ahora bien, y desde una perspectiva “cualitativa”, que nos parece es el mayor desafío que tenemos como país, los esfuerzos de la justicia, y en particular de la justicia constitucional, deben estar orientados a la generación de *tests*, estándares o parámetros de control, como anunciamos en la introducción. Un buen ejemplo de ello, y como se verá más adelante, consiste en la “importación” que ha hecho el TCCh del *test de proporcionalidad* originario del derecho alemán y de gran uso en el derecho comparado en general.

Estos *tests*, parámetros o estándares de control judicial son fundamentales porque entregan una serie de beneficios. Primero, objetivizan el control realizado por los jueces al generar una metodología de evaluación al momento de efectuar el control. Ello tiene impacto en potenciar razonamientos jurídicos más que simplemente el uso desmedido de citas y de argumentos que no tienen conexión los unos con los otros, tan propios de nuestro sistema continental. Segundo, y estrechamente vinculado con lo anterior, ello 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. Tercero, generan niveles de certeza jurídica mayores en la medida en que el legislador, Ejecutivo y agencias administrativas, como también los ciudadanos, saben con claridad cómo serán evaluados sus actos *ex ante*. Ello, por cierto, contribuye a disminuir los incentivos de actuaciones arbitrarias del legislador o administrador.

4.2 La necesaria incorporación de criterios económicos en la revisión judicial económica

Como sostiene el juez de la Corte Suprema Breyer, los casos en que el derecho entraña consideraciones económicas suelen ser aquellos en que el sistema jurídi-

¹³⁵ Es el caso de la comisión de expertos en materia sanitaria, DFL N° 70 de 1988; y del panel de expertos en materia eléctrica, DFL N° 4 de 2006 sobre servicios eléctricos.

¹³⁶ Algunas de estas discusiones las abordé en GARCÍA y LETURIA (2006). En general la literatura y evidencia empírica se mostraban más bien inclinadas hacia la especialización.

¹³⁷ BREYER (2008) p. 48.

co ordena que las cortes deriven la decisión a otros órganos gubernamentales. Éstos pueden surgir, por ejemplo, cuando se ha diseñado una regulación basada fundamentalmente sobre la base de criterios económicos. En estos casos: “las cortes no deben decidir sobre la conveniencia de esa política, sino sobre si ella es tan errónea como para ser calificada de “arbitraria”, “caprichosa” o “abuso de discrecionalidad”. Es particularmente difícil demostrar que la decisión de un organismo administrativo, o del Congreso, sea *así* de equivocada”.¹³⁸

Para analizar las implicancias de lo anterior, tomemos el ejemplo que nos da el propio Breyer sobre su actuación como juez supremo en un caso en que se revisaba una regulación medioambiental.

Whitman v. American Trucking Associations (2001) decía relación con la Ley sobre Aire Limpio (Clean Air Act). Los términos pertinentes de esta ley ordenan a la Agencia de Protección del Medio Ambiente (EPA) a establecer estándares ambientales para el aire, cuyo “logro y mantención (...) son requeridos para proteger la salud pública (con) un margen adecuado de seguridad”. La Corte sostuvo que este lenguaje no permitía a la EPA considerar costos económicos. Primero, dichos términos nada dicen sobre costos. Segundo, en otras partes similares de la ley sí se mencionan costos económicos. Tercero, la ausencia de dicha mención en esta parte, sumada a su presencia en otras partes, significa que la intención del Congreso fue dejar afuera los costos económicos. Cuarto, la Corte llegó a una conclusión semejante en otros casos similares, en los que señaló que el Congreso no quería que la EPA considerara costos económicos a menos que hubiera una “obligación expresa (...) y clara” de considerarlos. Quinto, no hay tal “obligación clara” aquí.¹³⁹

Breyer redactó su voto disidente, dando razones diferentes para llegar a una conclusión similar, en el sentido que la ley en la generalidad de los casos prohíbe tomar en cuenta los costos económicos.

“Nada en este caso particular justificaba apartarse de esa presunción. Sin embargo, lo central de mi voto era señalar que la ley no necesariamente prohíbe toda consideración de costos en casos menos usuales. El lenguaje utilizado, interpretado a la luz de la historia, es suficientemente flexible como para permitir a la EPA tomar en cuenta los costos, por ejemplo, cuando sea necesario evitar resultados contraproducentes (...) la EPA debe tener una potestad similar para determinar si, debido a costos inusualmente altos y a los beneficios inusualmente pequeños, el estándar propuesto resultará contraproducente –al menos

¹³⁸ BREYER (2008) p. 41.

¹³⁹ BREYER (2008) p. 42.

en casos inusuales. A mi juicio, en lo que respecta a considerar costos, la ley no quiere decir "nunca" (...) Me pareció importante manifestarlo".¹⁴⁰

Las diferencias entre ambas posiciones quedan a la vista. Si la mayoría entiende "nunca", su interpretación podría generar resultados contraproducentes, que el Congreso podría no haber previsto. Pero la interpretación de Breyer de "a veces" invita entonces a preguntarse ¿cuándo? Para Breyer la respuesta tiene menos que ver con el valor que pueda tener la consideración de costos económicos en casos de contaminación que con el valor que tienen en el derecho las reglas que contienen líneas nítidas:

"(...) he intentado estimar lo que habría deseado un legislador razonable a la luz de los propósitos básicos de la ley. El grado de "nitidez", de "determinación" o el alcance de una regla legal establecidos en una opinión deberían por sí mismos reflejar una ponderación judicial de las consideraciones pertinentes –sobre costos y beneficios legales, si se prefiere–. Y el Congreso, creo, rara vez intentaría una interpretación legal de líneas nítidas que produjera serios resultados contraproducentes".¹⁴¹

Lo anterior se vincula estrechamente con la necesidad de repensar el rol de los jueces y el derecho en general en nuestros países de tradición continental. Como ha sostenido Ariño, ello es un desafío en términos de mejorar o enriquecer, desde el mundo jurídico, nuestro entendimiento sobre la economía. Piénsese, por ejemplo, en materia de libre competencia, la desventaja en la que se encuentra un abogado litigante incapaz de entender la exposición de un perito economista. Con mayor razón aún, la débil posición en la que se encontraría un Ministro de dicho Tribunal (TDLC).

En palabras de Ariño:

"La conjunción "economía-derecho", que se da en grandes áreas del moderno derecho público, obliga a pasar por la criba de la racionalidad económica las decisiones jurídicas y, especialmente, las decisiones de los poderes públicos sobre el mercado. El diseño y la interpretación de las regulaciones económicas no es algo inmutable y eterno, inserto en la naturaleza, sino algo coyuntural, que está en función de la tecnología imperante, de la estructura de los mercados (...) La interpretación de las reglas estará vinculada a los fines de una política sectorial eficiente y racional, más que a un hipotético contenido conceptual de las normas que regulan estos sectores. La interpretación teleológica se impone

¹⁴⁰ BREYER (2008) p. 42.

¹⁴¹ BREYER (2008) p. 44.

aquí con toda evidencia (...) ya que entendemos que su interpretación y aplicación debe realizarse con criterios jurídicos y económicos teniendo en cuenta fundamentalmente la función económica de la norma, ya que de si lo que se trata es de ordenar o regular la economía, es evidente que la interpretación tiene que ser acorde con la "naturaleza de las cosas", que es económica".¹⁴²

El análisis económico del derecho ha estudiado de manera cuidadosa y con bastante respaldo empírico, cómo las sentencias judiciales afectan los comportamientos y expectativas de autoridades, litigantes y ciudadanos.¹⁴³ En otros trabajos hemos profundizado sobre este tema.¹⁴⁴

En materias económicas donde el Estado y los privados miden fuerzas ello cobra gran relevancia. Un botón de muestra. En un caso de expropiación, cualquier regla jurisprudencial que resuelva "salomónicamente" o que, en otras palabras, promedie aritméticamente las pretensiones de expropiante y expropiado es (a) una "invitación" al litigio y (b) una invitación al juego del "tejo pasado". La señal es clara: cada parte, y futuras partes que conocen este proceso, presentarán pretensiones de indemnización excesivamente alejadas, para que se promedien. Ello lleva al expropiado a pedir mucho más incluso del valor subjetivo que le asigna a su propiedad, y probablemente al expropiante a tratar de querer pagar menos que el justo valor de mercado o el daño patrimonial efectivamente causado.

Aunque parezca absurda y económicamente ineficiente, las soluciones "salomónicas" abundan como criterio jurisprudencial. Con todo, el derecho regulatorio chileno se ha hecho cargo de esta cuestión a través de un diseño institucional alternativo, pero que bien podría ser seguido como estándar jurisprudencial. Así, parece interesante ver si la solución es análoga a lo que sucede en materia de expropiación y en tantas otras áreas.

El primer ejemplo lo encontramos en el DFL N° 70 de 1988 sobre tarifas en materia sanitaria, donde se establece en el artículo 10 inciso sexto, que la comisión de expertos que resuelva las diferencias de fijación tarifaria entre la empresa regulada y la Superintendencia del sector, deberá pronunciarse "sobre cada uno de los parámetros en que exista discrepancia, en mérito de los fundamentos y antecedentes de los respectivos estudios, *optando de manera fundada por uno de los dos valores, no pudiendo adoptar valores intermedios*" (el destacado es nuestro).

¹⁴² ARIÑO (2004) pp. 49-50.

¹⁴³ Ver POSNER (2000) y SHAVELL (2004).

¹⁴⁴ Ver especialmente GARCÍA y LETURIA (2006).

Asimismo, el DFL N° 4 de 2006, sobre servicios eléctricos,¹⁴⁵ establece en el artículo 211 inciso tercero, que el panel eléctrico en el dictamen que pronuncie para resolver las discrepancias¹⁴⁶ entre dichas empresas, deberá *“optar por una u otra alternativa en discusión, sin que pueda adoptar valores intermedios”*. (el destacado es nuestro).

Es cierto que en este último caso sólo se resuelve una controversia entre privados, pero ambas reglas analizadas apuntan al mismo fin, cual es la obligación que el ente decisor, sea panel de expertos (institucionalizado o no) o un juez, deba adoptar una de las posiciones en juego, para evitar las nocivas consecuencias de los sistemas de promedio.

Veamos otro ejemplo en esta materia.

Hace algún tiempo se hizo en Perú una encuesta entre un conjunto de jueces.¹⁴⁷ Se les puso un caso hipotético en el que tenían que resolver sobre el desalojo de una viuda con cinco hijos que había dejado de pagar la renta como consecuencia de su precaria situación económica, y que por tanto debía desocupar el inmueble. Había la posibilidad de declarar nulo todo lo actuado en base a un defecto procesal que, aunque discutible, admitía una interpretación que llevaba a tal consecuencia. Con ello se hubiera garantizado la permanencia de la viuda en la casa por cerca de un año más. La pregunta era si, por razones de equidad, adoptarían tal interpretación a fin de evitar que la viuda fuera desalojada.

La inmensa mayoría de los jueces fueron categóricos en afirmar que acogerían la interpretación que les permitiera proteger a la viuda de la intemperie. Normalmente justificaban su decisión en la equidad que debía aplicarse a cada caso concreto y en las terribles consecuencias que ello tendría para la señora y sus hijos.

Uno de los jueces, sin embargo, contestó que no aceptaría una interpretación en tal sentido y que procedería a efectuar el desalojo. Cuando se le preguntó la razón dijo que lo hacía por equidad. Según él, si acogiera la otra interpretación lanzaría el mensaje a los arrendadores de que los jueces suelen proteger a las viudas con hijos. Esto implicaba reconocer que las viudas podrían eventualmente dejar de pagar sus obligaciones y demorar el lanzamiento más que el

¹⁴⁵ Que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 1 de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica.

¹⁴⁶ Ver artículo 208 de este cuerpo normativo.

¹⁴⁷ Este ejemplo está tomado de BULLARD (2006) pp. 58-60.

resto de los ciudadanos. La consecuencia de la decisión sería entonces que los propietarios de inmuebles serían reacios a alquilar sus propiedades a viudas con hijos por temor a no poder desocupar el predio cuando incumpliese, o los que aceptarían cobrarían rentas más altas para compensar los riesgos que asumían. Preferiría una viuda en la calle por no pagar, que 100 viudas en la misma calle, pero esta vez por no poder encontrar quién les arriende un techo en donde vivir.

El juez había tenido la visión de comprender que la justicia y la equidad no se agotan en la relación del propietario con la viuda concreta, sino que favorecer a esta viuda perjudicaba a las demás. Se obligaba a las viudas sin hogar a soportar el peso de los beneficios que recibía la viuda con techo pero que no pagaba la renta. Sin duda, ésta era una decisión difícil, pero muestra la necesidad de comprender a la equidad en una dimensión mayor, más social y más enfocada hacia las necesidades generales y no sólo hacia situaciones individuales.

4.3 Dos tests en el derecho comparado: proporcionalidad y *hard look* para la revisión de actuaciones administrativas

A continuación se analizarán dos tests desarrollados en el derecho comparado y que son decisivos a la hora de evaluar la regulación económica desde la perspectiva de su conformidad a la Constitución y a la ley. Lo relevante de ambos tests es que por su naturaleza y diseño llevan implícito el uso del razonamiento económico para la evaluación de normas jurídicas, lo que los hace particularmente útiles para nuestros propósitos.

4.3.1 Proporcionalidad

De conformidad con su caracterización convencional, según el autor español Javier Barnes, se entiende por "proporcionalidad" en sentido amplio –también denominada "prohibición de exceso"– el 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 aquélla 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. En suma, pues, la acción estatal –en cualquiera de sus formas de expresión posibles (acto administrativo, norma, resolución judicial)– debe ser *útil, necesaria y proporcionada*. Cada uno de los principios que lo integran (utilidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*) requiere un juicio o análisis diverso en su aplicación: el medio ha de ser *idóneo* en relación

con el fin; necesario –el más moderado– respecto de todos los *medios útiles*, y proporcionada la ecuación costos-beneficios.¹⁴⁸

Este principio que surge del derecho alemán de entre guerras, ha sido caracterizado por Alexy como un “mandato de optimización” porque impone al resolutor de un conflicto la obligación de buscar una alternativa óptima y lícita.¹⁴⁹

Desde la perspectiva alemana, de los “creadores” de este *test*, y como ha sido aplicado por el TC alemán, se debe cumplir con un test copulativo de 4 pasos, que es ligeramente diferente al propuesto en España, como hemos visto:¹⁵⁰

- a) La interferencia con una libertad o la propiedad debe servir a un fin legítimo.
- b) La interferencia debe ser idónea para alcanzar dicho fin.
- c) Debe ser la intervención menos restrictiva de entre las alternativas disponibles.
- d) La intervención no puede ser excesivamente gravosa.

Una modalidad interesante es el *test* o *Juicio de Igualdad* que ha propuesto Fermanois en materia de juicio de discriminación no arbitraria.¹⁵¹ El autor ha propuesto en Chile el concurso de tres elementos para sistematizar el contenido de la garantía de la igualdad ante la ley y en la ley, por la vía de identificar cuál es el contenido del juicio discriminatorio no arbitrario. Tal juicio:

1. No distingue, al imponer regulaciones, restricciones o al conceder beneficios, entre quienes se encuentran vinculados por un elemento esencial común y que por tanto pertenecen a la misma categoría de sujetos;
2. Es proporcional en el medio propuesto por la norma en relación al fin que persigue la norma (razonable en sí);
3. Es proporcional en la entidad o intensidad de la regulación en relación a la sofisticación del agrupamiento de sujetos destinatarios de la norma (razonable en relación a la categorización efectiva).

Desde la perspectiva económica, y volviendo al principio de proporcionalidad, no podemos dejar de notar que se trata, por su naturaleza, de un instrumento con un fuerte componente de evaluación costo-beneficio, herramienta particularmente útil desde la perspectiva de la revisión judicial de la regulación económica.

¹⁴⁸ BARNES (1994) p. 500.

¹⁴⁹ Ver ALEXY (2002).

¹⁵⁰ ENGEL (2001) p. 3.

¹⁵¹ FERMANDOIS (2006) p. 263.

¿Por qué en la aplicación del principio de proporcionalidad el TCCh puede jugar un rol distinto al que puede jugar un evaluador de política pública (legislador o Dirección de Presupuesto)? La respuesta obvia podríamos encontrarla en su carácter de actor desinteresado del proceso político, lo que le entrega mayores grados de imparcialidad. Sin embargo, junto con lo anterior, podría encontrar con igual o mayor legitimidad, el hecho de que no sea quien comience dicha evaluación, y sólo reaccione ante el impulso externo de quienes alegan la infracción de la supremacía constitucional o vulneración de derechos constitucionales.¹⁵²

El principio de proporcionalidad ha sido utilizado por el TCCh, aunque a nuestro juicio aún no ha sido utilizado de manera consistente y propiamente como un *test*. Fue reconocido por primera vez explícitamente por la jurisprudencia del TCCh en diciembre de 2007 en la STC 790-07.

En el considerando 22° de dicha sentencia, y citando a la Suprema Corte de Justicia de México, sostuvo el Tribunal:

“que sostiene que al cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella...” (Sentencia 988/2004, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, diciembre de 2004, p. 362).

4.3.2 Revisión judicial sobre agencias regulatorias americanas: hard look doctrine

Como hemos dicho al comienzo, la revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación resulta, muchas veces, mucho más sencilla que aquella orientada a la revisión de las acciones de las agencias administrativas (e.g., Superintendencias), que en nuestro país gozan de gran deferencia judicial. Ello en virtud del complejo entramado institucional garantista de las formas y el respeto a los derechos individuales, que ha dispuesto nuestra Carta Fundamental.

Es por ello que nos parece en extremo útil revisar cómo los jueces americanos abordan esta cuestión, sobretodo dado que nuestro modelo de agencia regulatoria por excelencia, las superintendencias, deben su diseño en buena

¹⁵² ENGEL (2001) p. 13.

parte a las agencias regulatorias independientes americanas. Sin embargo, ello no implicó que se “importara” asimismo, el complejo entramado de pesos y contrapesos bajo los cuales actúa, entre ellos, un fuerte control judicial.¹⁵³ Ello es un buen ejemplo de las advertencias que suelen hacer los comparativistas respecto de la “importación” de instituciones legales extranjeras.¹⁵⁴

La revisión judicial en Estados Unidos de las actuaciones de la agencia se centra en aspectos orientados al: *control del procedimiento* seguido por la agencia (no un control de mérito), donde se analiza el proceso que llevó a la agencia a tomar una determinada decisión; *control del expediente*, donde se analiza el conjunto de informes, documentos, audiencias, etc., que conforman el expediente administrativo; y aplicación de la *doctrina del hard look* (mirada dura), que implica que el juez analice el proceso analítico de la agencia conducente a la decisión final, esto es, por qué tomó una decisión y descartó otras.¹⁵⁵

Así, el juez americano no construye su propio expediente (e.g., analizando e incorporando nuevos documentos), sino que analiza y vuelve sobre el proceso efectuado por la agencia. Hay, por tanto, bastante deferencia respecto de la interpretación de la agencia, porque se acepta su mayor experticia en el ámbito regulatorio. Ello no obsta, como se ha visto, a que enfrente una revisión judicial exigente.¹⁵⁶ Por lo pronto, mucho mayor que la que enfrenta el legislador. En efecto, el escrutinio tradicional aplicado por los jueces para analizar una regu-

¹⁵³ Ver GARCÍA (2008). En esta parte tomamos algunas de las ideas desarrolladas en dicho artículo.

¹⁵⁴ Ver, por ejemplo, el tratado de SCHLESINGER ET AL (1998).

¹⁵⁵ Como recuerda Comella, en el pasado, el estándar de revisión aplicado tradicionalmente a los reglamentos había sido el *arbitrary and capricious*: “Este criterio se traducía en un primer periodo en una mínima indagación en la racionalidad de la norma, esto es, su capacidad general para acomodarse al mandato legislativo. Con el tiempo, esta doctrina general de interdicción de la arbitrariedad se desdobló en un criterio de racionalidad y otro de razonabilidad. Este último supone una indagación más profunda en el concreto proceso decisorio, al objeto de averiguar si la resolución final fue emitida a la luz de una completa información sobre el problema a resolver y si las técnicas adoptadas permiten un cumplimiento de los fines propuestos que guarde una relación de proporcionalidad en relación a los objetivos de la ley. En todo caso, se trata de un juicio negativo; el tribunal nunca se pronuncia sobre cuál hubiera sido la solución óptima, sino únicamente sobre si la adoptada puede incluirse dentro del elenco de las posibles. Ello acota el campo de discrecionalidad administrativa, excluyendo de la competencia judicial el juicio de oportunidad. En la idea del *hard look* lo que interesa es el procedimiento como mecanismo suficiente para examinar la diligencia del órgano en procura de una decisión bien informada”. COMELLA (1997) pp. 53-54. En este sentido, sostiene el mismo autor: “exigir a la agencia que revele la gama de alternativas consideradas y las razones técnicas o jurídicas para el rechazo o adopción de cada una de ellas, el tipo de datos obtenidos o las extrapolaciones realizadas y su justificación, suponen en realidad un examen sobre la conveniencia o la proporcionalidad de los aspectos sustantivos del reglamento”. COMELLA (1997) p. 56.

¹⁵⁶ Esta deferencia es fruto de la doctrina *Chevron*, que obliga al juez a seguir el *test de dos pasos* (*two-step inquiry*). “El primer paso le obliga a examinar la ley de cuya aplicación se trata; si concluye que su sentido es claro para resolver el caso cuestionado, esto le obligará a examinar la ley de cuya aplicación se trata, si concluye que su sentido es claro para resolver el caso cuestionado, esto le obligará a contrastar ese sentido con el que propugna la administración y el problema termina ahí. Pero si el juez concluye que el sentido de la ley es ambiguo, esto es, que en su texto no resulta inequívocamente una solución

lación, el estándar de “racionalidad”, será mayor o menor dependiendo de su fuente, legislador o agencia. En el primer caso, la deferencia será mucho mayor.¹⁵⁷

Wald ha puesto de relieve dos aspectos relevantes de este esquema de revisión judicial. En primer lugar, y en sintonía con lo que veíamos anteriormente, dado que muchas veces hay un mandato del legislador a la agencia para tomar en cuenta el análisis económico de una determinada medida (e.g., balance costo-beneficio), ello implica a su vez un desafío para los jueces respecto del control de este parámetro. En segundo lugar, ello no implica que los jueces puedan reemplazar las regulaciones propuestas por el legislador y la agencia por sus propias convicciones en materia de política o regulaciones.¹⁵⁸

Afortunadamente, en el proyecto que crea el Tribunal Ambiental se ha generado una verdadera revolución en esta materia. El proyecto consagra estándares de revisión judicial sobre los actos administrativos ambientales, para ser considerados por los jueces al momento de resolver sus asuntos.

El proyecto clasifica dichos estándares en:¹⁵⁹

- (a) *de legalidad*, que supone verificar la legalidad de las actuaciones del organismo administrativo de que se trate;
- (b) *de razonabilidad*, por la cual los jueces deben establecer si el acto de la Administración ha sido razonable, para lo cual deberá verificar, por ejemplo, que el acto no ha sido dictado de una manera caprichosa o arbitraria, ni en abuso de su potestad discrecional;
- (c) *de procedimiento e información*, lo que se traduce en que el acto ha sido dictado conforme al procedimiento administrativo exigido por la ley, que los actos dictados se encuentran respaldados en pruebas sustanciales y debidamente acreditados en el procedimiento administrativo; y que el acto disponga de información técnica adecuada que lo justifique; y
- (d) *de revisión plena*, teniendo el tribunal plenas atribuciones para revisar el procedimiento administrativo de que se trate, verificación de hechos sobre los cuales descansa la decisión y sustitución de la decisión en la parte que corresponda.

precisa para la cuestión planteada, entonces debe adentrarse en el segundo paso, que consiste en dar deferencia a la interpretación que haya hecho la Administración, siempre que no sea abiertamente irrazonable”. GARCÍA DE ENTERRÍA (1995) p. 191.

¹⁵⁷ Ver MASHAW (1997).

¹⁵⁸ WALD (1984) pp. 44-45.

¹⁵⁹ Boletín N° 6747-12, pp. 14-15.

Un mensaje final para cerrar esta sección. Para Breyer, la revisión judicial no debe ser amedrentada, autocensurarse o ser en extremo deferente con las actuaciones de las agencias administrativas, en razón de su mayor experticia en un área regulatoria determinada. El llamado del juez Breyer a sus pares es significativo:

*“¿Cabría esperar que un panel de jueces no técnicos haga otra cosa que no sea aceptar como racional la decisión del órgano administrativo en un asunto tan complejo? En un caso de este tipo, ¿es posible que un juez que carece de formación técnica (incluso lleno de dudas) califique sin titubeos la decisión que adoptó el experto del organismo como “irracional” y proceda a revocarla, particularmente cuando se trata de un asunto tan reñido que incluso un juez con ese tipo de experiencia titubearía en hacerlo? (...) ¿Debemos, entonces, abandonar la revisión judicial en casos altamente técnicos o aplicarla en un aspecto superficial? No me parece que debemos hacerlo. Es correcto que la ley prohíba que los organismos administrativos, en nombre de la experticia técnica, escapen a los controles de otros; nuestra propia tradición obliga a los jueces a velar porque las decisiones de los órganos administrativos se mantengan dentro del límite de lo razonable (...)”.*¹⁶⁰

4.4 Evaluación

Fortalecer la revisión judicial de la regulación económica parece un corolario necesario dadas las implicancias y los objetivos que persiguen demostrar y defender la teoría económica de la regulación y el constitucionalismo defensor de la Constitución Económica. En este sentido, no sólo importa el *fondo* perseguido a través de la revisión judicial económica, que no es otra cosa que la defensa de las libertades individuales en el ámbito económico; sino, además, es relevante la *forma*: la existencia de una metodología para el escrutinio de regulación con impacto económico.

En efecto, a través de la creación de *tests*, parámetros o estándares de control judicial se generan diversos beneficios sociales.

En primer lugar, se tratar de buscar un control lo más objetivo por parte de los jueces, cuestión que se consigue generando una metodología de evaluación al momento de efectuar el control. Ello tiene impacto en potenciar razonamientos jurídicos más que simplemente el uso desmedido de citas y de argumentos que no tienen conexión los unos con los otros, tan propios de nuestro sistema continental.

¹⁶⁰ BREYER (2008) pp. 47-48.

Segundo, y estrechamente vinculado con lo anterior, ello 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.

Tercero, generan niveles de certeza jurídica mayores en la medida en que el legislador, Ejecutivo y agencias administrativas, como también los ciudadanos, saben con claridad cómo serán evaluados sus actos *ex ante*. Ello por cierto, contribuye a disminuir los incentivos de actuaciones arbitrarias del legislador o administrador.

Nótese además, también desde la perspectiva de la certeza jurídica, que los *tests* pueden llegar a cumplir en la práctica, un rol equivalente al de los precedentes en el sistema de *common law*. En efecto, una aplicación continua y permanente de estos tests va obligando al juez a razonar y a seguir la metodología que ha utilizado para casos similares al momento de fundamentar una nueva sentencia. Claro está, si como hemos propuesto en otros trabajos,¹⁶¹ hay espacio para una incorporación parcial del *stare decisis* al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema, el efecto multiplicador del uso de tests resulta evidente.

Finalmente, cuando hablamos de la revisión judicial de la regulación económica, nos parece resulta fundamental el que los criterios económicos sean relevantes para el juzgador a la hora de decidir jurídicamente.

V. Conclusiones

El presente artículo ha tenido por objeto intentar conciliar las lecciones que nos entrega la mirada de las ciencias sociales, en particular, el enfoque económico, acerca de qué implica y como se genera un marco regulatorio, con la forma en que el iuspublicismo chileno se ha hecho cargo del fenómeno regulatorio.

En este sentido, hemos vistos que, mientras desde la perspectiva económica se ha avanzado desde un modelo que mira las regulaciones desde el prisma de su intento por corregir “fallas de mercado” hacia uno más realista centrado en los grupos de interés y cómo ello genera “fallas de Estado”, lo que invita a ser escépticos respecto de la intervención estatal en la economía y a privilegiar la iniciativa privada y las soluciones de mercado; la dogmática y jurisprudencia nacional sigue más bien entrampada en ver la benevolencia e infalibilidad del regulador bajo el prisma del OPE. Los esfuerzos en contrario, esto es, desde aquellos que defienden la CE, si bien robustos y crecientes, aún son insuficientes y no han permeado de manera suficiente la jurisprudencia.

¹⁶¹ Ver GARCÍA (2009b) y GARCÍA y VERDUGO (en prensa). Ver también ZAPATA (2008).

Lo anterior no sólo nos lleva a fortalecer el principio constitucional de subsidiariedad, eje en la articulación de la relación individuo-sociedad civil-mercado y Estado en la manera en que actúa conciliando la mejor doctrina económica con la mejor doctrina constitucional; sino, también a fortalecer la revisión judicial de la regulación económica. Ello implica garantizar de manera efectiva un espacio para la libertad económica y para los mercados libres. Sin embargo, dicha revisión, para ser efectiva, requiere de una cierta metodología. Lo positivo, es que existen tests, parámetros o estándares de control jurisprudencial en el derecho comparado, que por su propia naturaleza (e.g., fuerte componente de evaluación costo-beneficio) son particularmente aptos para controlar regulaciones económicas.

Bibliografía

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2003): *Los principios generales del derecho* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), 280 pp.

ALEXY, Robert (2002): "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, N° 66: pp. 13-64.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1999): *Principios de Derecho público económico* (Granada. Editorial Comares), 601 pp.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004): *Principios de Derecho Público Económico* (Madrid, Ariño y Asociados Editores), 1069 pp.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2001): *Derecho Administrativo Económico* (Santiago, Universidad Santo Tomás), 164 pp.

AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor Manuel (1998): *Orden Público Económico y Derecho Penal* (Santiago, Conosur), 355 pp.

AYRES, Ian, y BRAITHWAITE, John (1995): *Responsive Regulation: Transcending the Regulation Debate* (Oxford University Press), 216 pp.

BALDWIN, Robert (1996): *Rules and Government* (Oxford, Clarendon Press), 360 pp.

BARANDARIÁN, Edgardo (2001): "La regulación de los derechos fundamentales", en *Revista Chilena de Derecho* (PUC), Vol.2, N° 28: pp. 363-394.

BARNES VÁZQUEZ, Javier (1994): "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", en *Revista de Administración Pública*, N° 135: pp. 495-538.

BREYER, Stephen G. (1982): *Regulation and its Reform* (Cambridge, Harvard University Press), 486 pp.

BREYER, Stephen (2002): *Administrative Law and Regulatory Policy, problems text and cases* (5ª edición, Nueva York, Aspen), 1224 pp.

BREYER, Stephen (2008): "Razonamiento Económico y Revisión Judicial", en *Estudios Públicos* (CEP), N° 109, pp. 38-55.

BECKER, Gary (1983): "A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence", en *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 98: pp. 371-400.

BERNSTEIN, Marver (1955): *Regulating Business by Independent Commission* (New York, Princeton University Press), 306 pp.

BUCHANAN, James M., y TULLOCK, Gordon (1962): *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (Ann Arbor, University of Michigan Press), 247 pp.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (2006): *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales* (Palestra, Lima), pp. 41-42.

- CALABRESI, Guido (1991): "The Pointless of Pareto: Carrying Coase Further", en *Yale Law Journal*, N° 100: pp.1211-1245.
- CAMACHO CEPEDA, Gladys (2005): "La problemática de la potestad normativa de las Superintendencias", en *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público* (Santiago, LexisNexis), pp. 423-432.
- CARMONA SANTANDER, Carlos (2001): "Un nuevo estado de la relación ley-reglamento: El ámbito del reglamento", en *Revista de derecho Público* (UCH), Vol. 63, N° 2: pp.154-190.
- CEA EGAÑA, Jose Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Derechos Deberes y Derechos* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), 679 pp.
- COASE, Ronald (1960): "The Problem of Social Cost", en *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, N° 1: pp. 1-44.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis (2001): *La Democracia en América* (México D. F., Fondo de Cultura Económica), 751 pp.
- ENGEL, Christoph (2001): "Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie", en *Preprints aus der Max-Planck- Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter* (Bonn, Max Planck Institute for Research on Collective Goods), 24 pp.
- FARBER, Daniel A. (Ed.) (2007): *Public Choice and Public Law* (Massachusetts, E. Elgar), 408 pp.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2001): "La Reserva Legal: Una Garantía Sustantiva que desaparece", en *Revista Chilena de Derecho* (PUC), Vol. 18, N° 2: pp. 287-298.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2005): "Ripert y su influencia en el concepto de Orden Público Económico: Auge y Caída de una Visión Dirigista", en *Revista Chilena de Derecho* (PUC), Vol. 32, N° 1: pp. 7-18.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2006): *Derecho Constitucional Económico: Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia* (2ª edición, Santiago, Universidad Católica), 333 pp.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2000): "La Constitución económica de 1980. Algunas reflexiones críticas", *Revista de Derecho* (U. Austral), Vol. 11: pp. 47-54.
- FERNÁNDEZ-ESPINAR Y LÓPEZ, Luis Carlos (1986): "Constitución y Sistema Económico", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, N° 18: pp. 233-244.
- FLEURBAEY, Marc; TUNGODDEN, Bertil, y CHANG, Howard (2003): "Any Non-welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle: A Comment", en *Journal of Political Economy*, N° 111: pp. 1382-1404.
- FONTAINE TALAVERA, Arturo (1985): "Libertad cultural, pluralismo político y capitalismo", en *Estudios Públicos* (Santiago, Centro de Estudios Públicos), Vol. 19: pp. 1-20.
- FRIEDMAN, Milton (1962): *Capitalism and Freedom* (Chicago, The University of Chicago Press), 412 pp.

GALETOVIC PÖTSCH, Alexander, y SANHUEZA PALMA, Ricardo (2002): *Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?* [04 de diciembre 2008] Disponible en: www.cepchile.cl/dms/archivo_3029_529/rev85_galetovic.pdf

GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2003): "El control de constitucionalidad en El Federalista y los fundamentos de una sociedad libre", en *Revista Chilena de Derecho* (PUC), Vol. 30, N° 3: pp. 491-514.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2008): "El proceso legislativo sin romance: implicancias para el derecho constitucional chileno", en *Ius et Praxis* (U. de Talca), Vol. 14, N° 2: pp. 489-522.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2009): "¿Inflación de Superintendencias? Una mirada crítica desde el derecho regulatorio" *Actualidad Jurídica* (UDD), Vol. 19, N° 1: pp. 327-372.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2009b): "Corte Suprema y Gobierno Judicial: un programa de reformas" *Actualidad Jurídica* (UDD), Vol. 20, N° 1: pp. 81-121.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, y LETURIA INFANTE, Francisco Javier (2006): "Justicia Civil y Comercial: Una Reforma Pendiente. Diagnóstico, evidencia y lineamientos de propuestas", en *Revista Chilena de Derecho* (PUC), Vol. 33, N° 2: pp. 345-384.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, y SOTO VELASCO, Sebastián (2009): "Una mirada económica al diseño constitucional chileno: impacto sobre el proceso legislativo y la acción de los grupos de interés", en *Ius et Praxis* (U. de Talca), Vol. 15, N° 1: pp. 353-372.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (en prensa): "Tribunal Constitucional, certiorari y precedente", en *II Jornadas de constitucionalistas jóvenes* (U. Católica del Norte-Coquimbo).

GUERRERO DEL RÍO, Roberto (1979): "La Constitución Económica", en *Revista Chilena de Derecho* (PUC), Vol. 6, N° 1-4: pp. 79-94.

HAYEK, Friedrich (1991): *Los Fundamentos de la Libertad* (Madrid, Unión Editorial), 368 pp.

HAYEK, Friedrich (2000): *Camino de Servidumbre* (Madrid, Alianza Editorial), 302 pp.

HAYEK, Friedrich (2006): *Derecho, Legislación y Libertad* (Madrid, Unión Editorial), 556 pp.

KAPLOW, Louis, y SHAVELL, Steven M. (2001): "Any Non-welfarist Methods of Policy Assessment Violates the Pareto Principle", en *Journal of Political Economy*, Vol. 109: pp. 281-303.

LARROULET VIGNAU, Cristián, y MOCHÓN MORCILLO, Francisco (2003): *Economía* (Madrid, McGraw Hill), 885 pp.

MASHAW, Jerry L. (1997): *Greed, Chaos, & Governance* (New Haven and London, Yale University Press), 231 pp.

MERCURO, Nicholas, y MEDEMA, Steven (2006): *Economics and the Law* (New Jersey, Princeton University Press), 383 pp.

SCHLESINGER, Rudolof, BAADE, Hans, HERZOG, Peter, y WISE, Edward (1998): *Comparative Law* (6ª edición, New York, Foundation Press), 1013 pp.

MORGAN, Bronwen, y YEUNG, Karen (2007): *An Introduction to Law and Regulation* (Cambridge, Cambridge University Press), 353 pp.

MUELLER, Dennis (1997): *Perspectives on Public Choice: A Handbook* (Cambridge, Cambridge University Press), 389 pp.

MUELLER, Dennis (2003): *Public Choice III* (Cambridge, Cambridge University Press), 681 pp.

NISKANEN, William A. (1971): *Bureaucracy and Representative Government* (Chicago, Aldine, Atherton), 356 pp.

OGUS, Anthony (2004): *Regulation: Legal Form and Economic Theory* (Portland, Hart Publishing), 355 pp.

OGUS, Anthony (2008): *Economics and the design of regulatory law* [04 de diciembre de 2008] Disponible en: www.iea.org.uk/files/upld-book438pdf?.pdf

OLSON, Mancur (1965): *The logic of collective action: Public goods and the theory of groups* (Cambridge, Harvard University Press) 254 pp.

PELZTMAN, Sam (1976): "Towards a More General Theory of Regulation", en *Journal of Law and Economics*, N° 16: pp. 211-240.

POSNER, Richard (1974): "Theories of Economic Regulation", en *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 5, N° 2: pp. 335-358.

POSNER, Richard (2000): *El Análisis Económico del Derecho* (México D.F., Fondo de Cultura Económica), 682 pp.

PROSSER, Tony (2000): "Regulation, Markets and Legitimacy", en JOWELL, Jeffrey, y OLIVER, Dawn: *The Changing Constitution* (Oxford, Oxford University Press) 387 pp.

ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo; ACHURRA GONZÁLEZ, Marcela, y DUSSAILLANT BALBONTÍN, Patricio (1996): *Derecho Político. Apuntes de clases del Profesor Jaime Guzmán Errázuriz* (Santiago, Ediciones UC) 192 pp.

ROMERO GUZMÁN, Juan José (2008): "¿Capturados por nuestra suspicacia? Algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones", en *Revista Chilena de Derecho* (PUC), Vol. 35, N° 1: pp. 9-35.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo (2000): "Principios constitucionales del Estado empresario", *Revista de Derecho Público* (U. de Chile), Vol. 62: pp. 49-65.

SHAVELL, Steven (2004): *Foundations of Economic Analysis of Law* (Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press), 738 pp.

SAN FRANCISCO REYES, Alejandro (1992): "Jaime Guzmán y el Principio de Subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho* (PUC), Vol. 19, N° 3: pp. 527-548.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional. la Constitución de 1980. Antecedentes y génesis* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo III.

SOTO KLOSS, Eduardo (2009): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing), 788 pp.

STEARNS, Maxwell (1997): *Public Choice and Public Law* (Cincinnati, Anderson), 876 pp.

STEARNS, Maxwell L., y ZYWICKI, Todd (2008): *Public Choice concepts and Applications in Law* (Inédito)

STIGLER, George, y FRIEDLAND, Claire (1962): "What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity", en *5 Journal of Law and Economics*, pp. 1-16.

STIGLER, George (1971): "The Theory of Economic Regulation", en *Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, N° 1: pp. 1-21.

SUNSTEIN, Cass (1990): *After the Rights Revolution* (Cambridge, Harvard University Press), 284 pp.

SUNSTEIN, Cass R. (2005): *Boundedly Rational Borrowing: A Consumer's Guide* [04 de diciembre de 2008] Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=772186>

THALER, Richard, y SUNSTEIN, Cass (2008): *Nudge* (Yale University Press), 293 pp.

TULLOCK, Gordon (1967): "The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft", en *5 Western Economic Review*, pp. 224-232.

VALDÉS PRIETO, Domingo (2006): *Libre competencia y monopolio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 722 pp.

VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo, y PARDOW LORENZO, Diego (2008): "Derribando mitos sobre el Estado Empresario", *Revista Chilena de Derecho* (PUC), Vol. 35, N° 1: pp. 135-156.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario, y PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2002): *Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo I.

WALD, Patricia M. (1984): "Judicial Review of Economic Analyses", *Yale Journal on Regulation*, Vol. 1: pp. 43-62.

YRARRÁZVAL COVARRUBIAS, Arturo (1987): "Principios económicos de la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 14: pp. 97-112.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008) *Justicia Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 623 pp.