

La seguridad jurídica en mercados regulados. Un modelo de aproximación básica

Iván Aróstica Maldonado

Profesor Titular de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

Hay quehaceres donde la seguridad no puede responder únicamente a una sensación o a un solo estado de ánimo interno, de sentirse libre de peligros y acechanzas. Así por caso, cuando se toman decisiones que comprometen inversiones cuantiosas, es lógico que el empresario piense en medir racionalmente los riesgos a fin de minimizarlos o evitarlos y proceder en consecuencia.

Cuestión nada fácil de discernir –por cierto– entre la complejidad actual en que nos desenvolvemos, donde ya no es prevalente la sola posesión del dato.¹ Cuando para mejorar la calidad de las decisiones y la capacidad de reacción frente a lo inesperado ha menester adquirir dominio sobre conocimiento cualificado, donde a un saber comprensivo (acerca de las actuales fortalezas y debilidades) debe sumarse un saber prospectivo (acerca de las futuras oportunidades y amenazas).

Para gestionar este conocimiento, muchas empresas cuentan hoy con el apoyo de nuevos enfoques procedentes de algunas disciplinas emergentes y en rápida convergencia, que les permiten mirar –sistemáticamente– tanto al interior de ellas como al entorno que las rodea. Esto es, que les facilitan una comprensión profunda de sí mismas, de sus clientes o usuarios, y de sus concurrentes o rivales.

¹ Se dice que un ejemplar del *New York Times* contiene hoy tantos datos como los que una persona normal del siglo XVII reunía en toda su vida: John Adair, *Toma de decisiones y resolución de problemas* (2008) col. Nuevos Emprendedores de The Sunday Times, Editorial Gedisa (Barcelona) p. 35.

Pero hay un problema con la aplicación de estas técnicas de investigación en nuestro medio: por ser altamente dependientes de los modelos estructurados en países más desarrollados, suponen la existencia de una estabilidad institucional y una amplia libertad económica, y –por ello– se centran fundamentalmente en los análisis sobre los riesgos naturales del negocio. Por manera que sólo estiman relevantes los impactos causados por factores “endógenos” (aquellos que se originan dentro del sistema económico), sin prestar mayor atención a aquellos provenientes de “hechos exógenos”, como son los cambios de gobierno y la modificación de las reglas del juego.

El albur estatal

En circunstancias que las industrias reguladas, a más de tener que responder a los cambios que les impone el ritmo y dinamismo propio de sus actividades, por su mayor exposición, son altamente vulnerables frente a esa variable externa del alea estatal. Sobre todo en contextos institucionales débiles, con gobiernos hostiles, aun proclives al populismo, o dotados con anchos grados de discrecionalidad.

Que suelen enfrentar a reguladores oscilantes junto a competidores versados, que manejan información privilegiada, hacen del lobby su diferencial y cuentan con amplias redes de contacto a nivel de autoridades. Donde cualquier deficiencia en términos de vigilancia y predicción implica una posición de debilidad, que puede escalar al grado de vulnerabilidad e implicar serios riegos de supervivencia.

Y que así y todo, muchas veces se les escapa calibrar el impacto que les pueden provocar los cambios en las conductas del legislador y de la Administración, derivados de una multiplicidad de razones económicas, políticas, sociales y culturales, de diferente magnitud e incidencia; desequilibrantes incluso. ¿Qué hay con el albur estatal, esto es, cuando las autoridades unilateralmente derogan o modifican una norma preexistente, o introducen una nueva allí donde no la había antes?

Esta pregunta nos ha movido a mostrar aquí una pauta que –entre otras muchas y mejores– en un par de ocasiones nos ha servido de guía para definir e identificar 1º) los factores o constantes que condicionan la evolución de los acontecimientos normativos, 2º) las variables que convergen como causas, y –finalmente– 3º) los agentes motrices que pueden dinamizar esos elementos en un momento dado.

La seguridad jurídica como permanencia de las reglas

Porque, la verdad sea dicha, siendo que la seguridad jurídica (el saber a qué atenerse) constituye un valor crucial para los agentes económicos, cuando a los abogados se nos pregunta por ello a menudo solemos discurrir por el discurso ampuloso, con argumentos más líricos que racionales, sin darnos a la tarea de desmenuzar su contenido e inquirir en sus elementos constitutivos.²

¿Cómo hacerlo?

1. En primer lugar tendríamos que desmenuzar su contenido, partiendo por delimitar el tema, en el sentido que una de las dimensiones de la seguridad jurídica es justamente la permanencia o estabilidad de las normas legales y administrativas. Pongamos por caso entonces que no nos preguntan sobre cuáles normas regulan una materia (seguridad/conocimiento), sino hasta dónde esas normas tienen permanencia en el tiempo (seguridad/estabilidad).

Afirmar el principio parece sencillo. Bastaría en Chile traer a colación, por ejemplo, que al instalarse las bases que tendría nuestro actual ordenamiento, ya se reconocía en 1973 que “es condición esencial para el desarrollo económico del país que su sistema jurídico dé confianza a la creación, al trabajo y a la inversión privados y que garantice los frutos legítimos que de ellos provengan. Al respecto, la Constitución dará estabilidad a la ley, ya que el sucesivo cambio de las normas desalienta a los ahorrantes e inversionistas y perjudica gravemente nuestra economía”.³ Con algo así de valor icónico, quedaría a firme la recepción del principio –como idea general– al menos dentro de nuestra comunidad jurídica.

Pero también seremos conscientes que estabilidad no es perpetuidad. La necesidad de adaptarse a las nuevas realidades para lo futuro, la aparición efectiva de hechos y circunstancias sobrevinientes que no pudieron considerarse en su día, hace que todos los ordenamientos prevean la modificación y derogación de sus leyes o reglamentos preexistentes, justamente por ser productos del devenir.

² Eduardo Soto Kloss, “Seguridad jurídica e interpretación en el derecho público chileno”, en la obra colectiva *Derecho y Seguridad Jurídica*, Colección Seminarios (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) N° 6 (1983), pp. 91-113. Hoy en *Derecho Administrativo. Temas fundamentales* (2009), Legal Publishing Chile (Santiago) pp. 487-494.

³ *Metas u objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la República* (26.11.1973), en Anuario de Derecho Administrativo (Universidad de Chile) I (1975-1978) p. 513 (el texto completo de este documento orientador en pp. 505-514).

2. Lo que nos llevaría a establecer, en forma convencional, cuáles son esos elementos constitutivos del concepto "seguridad/estabilidad", para poder visualizar dónde se ubica el punto de corte que separa la estabilidad de la inestabilidad.

Como en un estudio sobre la gordura, en que no basta salir a pesar a la gente premunido con una balanza, sin antes definir el sentido exacto del universal "obeso", así también nosotros tendríamos que empezar por operacionalizar el concepto "seguridad/estabilidad", con aquellos elementos que connotan este óptimo ideal. Seleccionando dichos factores o indicadores observables con criterios de adecuación, confiabilidad y validez, a fin de acotar racionalmente nuestras premisas y ser capaces de arribar a un diagnóstico tan certero como eficaz.

En suma, dado que dentro del sistema ese "poder de cambio" es una constante imposible de soslayar, ello nos conduciría a levantar un listado de las restricciones y garantías institucionales puestas al ejercicio de esta potestad para variar las normas preestablecidas. En concreto, este segundo paso metodológico consistiría en reunir los datos consistentes en aquellas mismas reglas del ordenamiento que condicionan, determinan o regulan el cambio (derogación o modificación) dentro del ámbito que nos ocupa.

Análisis comprensivo

Para lo cual, a nuestro entender, resulta indispensable contar con un modelo de referencia.

¿Por qué son útiles los modelos?

Yendo por un camino rural, Juan se encontró con un choque y vio que uno de los conductores yacía postrado sobre el volante. Corrió a socorrerlo a un tiempo que mandaba a su esposa en busca de ayuda. Como pudo, hizo tiras su camisa para vendarle la herida sangrante; después de cortar el cinturón de seguridad, exhausto, se dio maña y fuerzas para arrastrar el cuerpo un par de decenas de metros ante el peligro de incendio. Cuando llegó, el personal de la ambulancia comprobó el pulso y la circulación sin encontrar señal alguna. El conductor había muerto en el accidente.

Si Juan hubiera tenido en mente y ejecutado un modelo, podría haber controlado mejor la situación. La Cruz Roja enseña el modelo ABC –Airways, Breathing, Circulation (Vías aéreas libres, Respiración o ventilación, Circulación)– como primeras atenciones a un accidentado.⁴

⁴ Chris Collison-Geoff Parcell, *La gestión del conocimiento* (2003) Paidós (Barcelona), pp. 45-46.

Así que limitados en nuestras posibilidades de evaluar la complejidad que involucra el tema de la seguridad jurídica, y en la necesidad de contar con una visión simplificada para orientar las decisiones, hemos ensayado un esquema tentativo ad hoc que contiene las siguientes preguntas claves:

¿Está previsto que la potestad normativa se agote con su ejercicio? O si la mutación se admite, como es de ordinario:

¿Hay restricciones o cautelas establecidas frente a la derogación o modificación?

- Cautelas temporales: ¿dicen las reglas que el cambio no se puede producir dentro de un cierto plazo? (comunicada la norma, ¿existe un plazo mínimo de estabilidad?) o –al revés– ¿dicen las reglas que el cambio sí se puede producir dentro de un cierto plazo? (comunicada la norma, ¿existe un plazo máximo de inestabilidad?) y ¿dicen las reglas a partir de cuándo operarían los cambios (aplicación retroactiva-inmediata-diferida)?
- Cautelas objetivas: ¿están predefinidas (con alta-media-baja precisión) las situaciones fácticas que hacen procedente (forzosa o facultativamente) el cambio? y ¿están acotados (hasta dónde) el giro y profundidad que la autoridad puede imprimir a ese cambio?
- Cautelas subjetivas: ¿la autoridad puede impulsar el cambio de oficio o a petición de parte u otra instancia?, ¿hay quienes debe consultar el decisor antes de introducir el cambio, con efectos vinculantes o meramente facultativos?, ¿se acepta la audiencia previa de los directamente afectados o de terceros (cuáles) involucrados?, ¿esa autoridad tiene restricciones para desentenderse de tales opiniones? Etcétera.

Ya con esto podríamos deducir cuáles son las condiciones estructurales que reglan el cambio dentro del sector observado. Supongamos que nuestra conclusión preliminar es que existen pocas cautelas temporales, objetivas y subjetivas (sólo se aseguran la irretroactividad y los derechos adquiridos para el pasado), por lo que –en los textos– la autoridad cuenta con una autonomía más o menos amplia para imponer cambios hacia el futuro.

Análisis prospectivo

Claro que si lo dejáramos hasta ahí, nuestro estudio no pasaría de ser un estado de situación actual, cuyo aporte se reduciría al diagnóstico de que a la industria o actividad observada le afecta hoy una “debilidad” en términos de seguridad

jurídica/estabilidad. Pero que no nos dice nada, todavía, si ese riesgo puede escalar hacia una futura y potencial “amenaza”.

Por lo que tendríamos que proseguir, emprendiendo ahora la operación intelectual de anticipar futuribles o aportar una apreciación de escenarios, con alguna solvencia metodológica sistemática (la prospectiva no es cosa de adivinanzas caprichosas ni de vaticinios artificiosos).⁵ Para lo cual la experiencia nos sugiere combinar un examen retrospectivo con un estudio de los actores.

El análisis retrospectivo se basa en la idea de que la mejor forma de predecir conductas futuras es atenerse al comportamiento pasado. Lo que traído aquí se traduce en contrastar tales reglas que gobiernan en cambio con la práctica observada: acopiar cuál es el historial de precedentes y patrones de aplicación experimentados en el ejercicio de ese poder autónomo. Ello nos permitiría inferir las variables que han influido en el pasado para provocar cambios.⁶

El análisis de actores se vuelca a desentrañar qué piensa o siente, puede y tiene, esa autoridad capaz de motorizar los cambios. Lo que traído acá implica contestar preguntas tales como cuáles son: sus actitudes e ideales personales (¿es reactivo a las crisis y escándalos o profesa doctrinas constructivistas?); sus prioridades (¿hay épocas –como la proximidad de elecciones– donde se disparan sus ideas de cambio?); sus compromisos (¿ha asumido alguna agenda de modificaciones y/o es proclive a servir a grupos localizados de electores o a grupos de interés o presión?) así como sus restricciones (¿es permeable a ciertos controles formales e informales?).⁷

⁵ Respecto a los estudios de futuro, para la diferencia de concepción y métodos entre la corriente estadounidense del *forecasting*, que se basa en la percepción lineal o previsión determinista (pronóstico) de un futuro probable, y la escuela francesa de la prospectiva estratégica, que desde la complejidad percibe múltiples futuros posibles, para la construcción voluntarista de aquel más deseable, ver Francisco José Mojica, *La construcción del futuro*, Convenio Andrés Bello-Universidad Externado de Colombia (2005) pp. 105-128. Más brevemente en su *Concepto y aplicación de la prospectiva estratégica*, Revista Med. (Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá-Colombia) vol. 14 N° 1 (2006) pp. 122-131.

⁶ Por ejemplo, con lógica inductiva se podría inferir que las crisis son estímulo poderoso para gatillar cambios. Aparte de varias Constituciones chilenas que fueron productos de tales circunstancias, entre muchos casos relevantes se puede mencionar la Ley 19.549, que modificó el DFL 382 de 1989, ley General de Servicios Sanitarios, y la Ley 18.902, orgánica de la Superintendencia del ramo, con ocasión de la crisis de abastecimiento que afectó a la Empresa de Agua Potable Lo Castillo. La Ley 19.613, que alteró el DFL 1 de 1982, entonces Ley General de Servicios Eléctricos, y la Ley 18.410 de la Superintendencia respectiva, a raíz de los efectos de la sequía de los años 1998-99 y el posterior racionamiento eléctrico. La Ley 19.705 de Opas, dictada en reacción al denominado caso Chispas, cuando se vendió el control de Enersis S.A. a Endesa España. O la Ley 19.882, sobre nueva política de personal para los funcionarios públicos, aprobada tras el escándalo MOP-GATE.

⁷ Un examen colateral de actores importantes tendría que incluir, en nuestro país, a los Tribunales de Justicia y a la Contraloría General de la República, en punto a indagar si estos cumplen o no su rol constitucional de garantes de la juridicidad y de los derechos fundamentales, atentos a los precedentes por ellos producidos.

Con estos antecedentes y elementos de juicio –cruzados– ya tendríamos suficiente información como para trazar algunos escenarios por venir, de manera más o menos razonable. Para conocer y proyectar un escenario de continuidad, luego construir otros dos posibles escenarios, el optimista y el pesimista, y –será nuestra estimación profesional– un determinado escenario probable, según se mantengan o inclinen las variables.⁸

Conclusiones

Vivimos en una sociedad que cada día resiente más las decisiones arbitrarias, entendiendo por tales aquellas que asignan bienes o valores en desmedro de otras alternativas y posibilidades conforme a creencias por sobre las evidencias; que anteponen los prejuicios y las presuposiciones intuitivas a los hechos relevantes. Lo mismo que en una época saturada de datos, con el consiguiente desafío de transformarlos en información y luego en conocimiento útil, que coadyuve aportando racionalidad al momento de discriminar y escoger la opción definitiva más idónea.

No diremos que la actualidad cierra espacios para el chispazo genial o la buena corazonada. Sí que –en la elección correcta– la casualidad favorece a la mente preparada (Louis Pasteur).⁹ Que la creatividad suele beneficiar a las mentalidades disciplinadas y sintetizadores, capaces de seleccionar lo importante, en vez del ruido superfluo, conforme a modelos que facilitan la cognición rápida.

A este último propósito hemos querido contribuir aquí, con un bosquejo de nuestra tabla elemental (a la espera de aportes más refinados) tocante a la forma de asir un tema tan complejo –y por eso abierto de par en par al discurso engolado– como es la seguridad jurídica en una de sus facetas, la estabilidad de las reglas del juego.

⁸ Donde la intersección de lo pesimista con lo probable nos dará una amenaza. Lo que será advertido, junto con las medidas que se podrían tomar hoy para evitar, conjurar o minimizar ese peligro. O para acelerar las circunstancias que se consideran beneficiosas.

⁹ Karl Albrecht, *Inteligencia Práctica* (2008), Vergara (Barcelona) p. 252.