

# Derecho y regulación en Francia. Derecho de la regulación

**Lusitania Villablanca Cerda**

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

Master Université de Bourgogne, Francia

Estudiante de Doctorado Paris 2 Pantheon Assas

**Resumen:** El término *regulación* ha sido utilizado por los autores franceses restringiéndolo a una nueva forma de intervención estatal en la economía, ya sea aludiendo a una nueva rama del derecho. La primera acepción permite comprender por qué en una economía liberal es posible utilizar mecanismos jurídicos con el fin de evitar las desviaciones de la libre competencia. Ella explica también por qué el Estado ha abandonado el rol de actor económico, restringiendo su intervención a formas no coercitivas. La segunda noción de regulación, la más controversial, apunta a la intervención del Estado en sectores económicos sensibles, como la energía, la banca, los medios de comunicación y otros. En cualquier caso, la regulación se caracteriza por una nueva forma de producir y de aplicar las normas sectoriales. Ella explica fenómenos tales como la autorregulación y la *sof-law*, fenómenos denominados *nuevas formas de regulación*.

\* \* \*

Nuestro amable lector ha de permitirnos comenzar realizando ciertas precisiones que si bien no son imprescindibles para la comprensión del fondo del tema, lo son para comprender sus motivaciones. Hace unos cuanto años, el más insigne de los juristas chilenos nos hablaba de la "exquisita experiencia regulatoria francesa". Un vez abocados al estudio de la regulación de los sectores económicos, nos vimos enfrentamos a un gran vacío *pedagógico*: no hemos encontrado un estudio en lengua castellana que nos defina de qué habla el jurista cuando habla de la regulación. Es cierto que existen en lengua castellana múltiples estudios sobre la regulación de distintos sectores económicos, pero ellos siempre dan por subentendida la noción misma de regulación. En otros casos, aun cuando los autores son juristas, los estudios se limitan a exponer las teorías económicas en torno a la regulación, careciendo de todo enfoque jurídico. De esta forma sólo los juristas iniciados en materias económicas pueden entender fácilmente

el tema. En nuestro caso remarcamos que nuestra aproximación a la regulación es esencialmente jurídica y que el uso de nociones económicas se restringirá a las necesidades que el tratamiento del tema plantea.

Una situación completamente inversa se da en Francia, como nuestro prestigioso jurista nos había adelantado. Los juristas franceses han intentado y logrado apropiarse del tema de la regulación y volverlo estrictamente jurídico, sin por eso desconocer su ligazón con las nociones económicas. De esta manera podemos afirmar que este texto tiene dos objetivos, el primero consiste en exponer sintéticamente las distintas formas en que la doctrina francesa se ha planteado la noción de *regulación*, el segundo es exponer los argumentos que algunos autores franceses han esgrimido para afirmar la existencia de una nueva rama del derecho: el derecho de la regulación económica. Esta nueva rama del derecho se caracteriza por admitir el uso de nuevos instrumentos jurídicos (denominados “nuevas formas de regulación”), que van más allá de las leyes, reglamentos o decretos transformando, de esta forma, nuestra visión del derecho.

La *regulación* es un término esencialmente polisémico, en efecto un autor, M. Jeammaud<sup>1</sup>, afirma la existencia de a lo menos 4 usos y de 6 acepciones de dicho término. La noción es utilizada en distintas áreas de estudio tales como las ciencias económicas, la biología, la mecánica y la sociología.

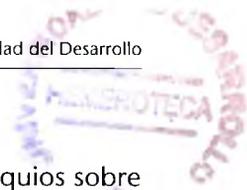
Lo primero que todo jurista debe tener claro es que no hay que restringir ni identificar el término regulación con la reglamentación, con las leyes y reglamentos, error recurrente que se origina por el parecido fónico existente con el término inglés *regulation* y que alude a la reglamentación.

Definir jurídicamente en qué consiste jurídicamente la regulación es políticamente *complicado*, ya que de la forma como se conciba la regulación dependerán las intervenciones del Estado en la economía que se considerarán aceptables, asumiendo que la regulación existe en las economías que se consideran liberales. Dicho de otra forma, mientras más amplia sea la noción de regulación, más intervenciones estatales en la economía serán consideradas legítimas.

Comencemos con un poco de historia. En Francia, la definición *jurídica* de la regulación ha dado lugar a numerosos estudios y debates, subsistiendo hasta el día de hoy dos grandes tendencias (que reflejan el pensamiento político-económico de sus propulsores), las que, según entendemos, surgen a partir del

---

<sup>1</sup> Jeammaud, A. (1998): “Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concept en jeu”, en *Les transformations de la régulation juridique*, MARTIN, Gilles, y CLAM, Jean, (directores), (Paris, LGDJ), pp. 47-72, especialmente p. 53; otras nociones en Frison-Roche, M-A., (2004), «Définition du droit de la régulation économique», *Recueil Dalloz* 2, N°2, Chroniques, pp. 126-129.



año 2004<sup>2</sup>, año en el que se produce un boom de artículos y coloquios sobre el tema. Sin embargo, tenemos la impresión que los estudios específicamente dedicados a esta materia comenzaron en 1998 con ocasión de un coloquio que paradójicamente trataba las *nuevas formas de regulación*<sup>3</sup>.

Una primera concepción de la regulación es sustentada por la profesora Frison-Roche, quien el año 2001 publica un artículo denominado *el derecho de la regulación*<sup>4</sup>, afirmando que la regulación económica constituye una nueva rama del derecho. Este artículo dio origen a una discusión doctrinaria, encabezando la postura contraria la profesora Laurence Boy<sup>5</sup>. Podríamos decir que las doctrinas que ellas exponen constituyen las dos grandes concepciones de la regulación que se han sustentado en Francia y son la base de las reflexiones llevadas a cabo hasta el día de hoy. Como estas dos concepciones opuestas son el reflejo de la visión política de quienes las sustentan resulta que optar por una u otra posición conduce a asignar roles, objetivos e instrumentos diferentes a la regulación.

Ya en el fondo de nuestro tema, analicemos las tres acepciones jurídicas que pueden otorgársele a la palabra regulación<sup>6</sup>:

a) *Sentido amplio*: forma parte de la regulación toda intervención de la autoridad pública en cualquier sector económico, destinada a remediar las fallas del mercado. He aquí una primera noción económica: entenderemos por falla de mercado los defectos de la economía de libre mercado, los puntos en que ésta cojea. Por ejemplo, nos dirá un economista, para remediar las externalidades negativas de una actividad o para remediar las asimetrías de información. En este sentido, la regulación comprende la reglamentación clásica (leyes, decretos, reglamentos) y toda otra forma de intervención jurídica o económica de la autoridad pública (un comunicación de una superintendencia, por ejemplo). Se trata de la noción clásica de la regulación.

b) *Sentido restringido*: en este sentido la regulación está restringida a las normas que resultan de la actividad realizada por las autoridades de la regulación (las

<sup>2</sup> Cabe destacar que el Diccionario de la cultura jurídica no contiene ninguna definición de la regulación. Alland, D. y Rials, S., (2003): *Dictionnaire de la culture juridique* (Paris, PUF-Lamy), 1680 pp.

<sup>3</sup> Las actas de este coloquio fueron posteriormente publicadas y dieron origen a un libro denominado *Les transformations de la régulation juridique*, Martin, G. y Clam, J. (directores), (1998), Paris, LGDJ, pp. 47-72.

<sup>4</sup> Frison-Roche M-A. (2001), "*Le droit de la régulation*", *Dalloz*, pp. 610-616.

<sup>5</sup> Boy, L. (2001) "Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche)", *Dalloz*, N° 37, pp. 3031-3038.

<sup>6</sup> Barbou des Places, S., (2004): "Contribution (s) du modèle de concurrence régulatrice à l'analyse des modes et niveaux de régulation", en "*La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?*", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 37-48, especialmente p. 39, nota al pie N° 8.

superintendencias por ejemplo) y que están destinadas a organizar sectores económicos que se abren a la libre competencia, por ejemplo la producción, transporte y distribución de gas, de energía eléctrica, o las telecomunicaciones. Las autoridades de regulación que elaboran estas reglas presentan una fisonomía particular, que también evocaremos, denominándose en Francia *autoridades administrativas independientes* o AAI, *agencias* en el caso de Norteamérica y QUANGOS en Inglaterra.

c) *Sentido particular*: en este sentido la regulación es entendida como una nueva rama del derecho, constituida por todas las formas en que el Estado interviene en distintos sectores de actividad, con distintos fines (ya no está limitada a remediar las fallas del mercado). Esta rama del derecho se caracteriza, hoy en día, por recurrir a nuevas formas de elaboración y aplicación de la regla jurídica y por el desuso de las formas autoritarias y verticales a favor de la *soft law*, de la autorregulación, de la co-regulación, etc. Ella tiene lugar principalmente en el ámbito económico, pero no tiene por qué verse limitada a este sector.

En la primera parte de este estudio (I) expondremos el análisis francés de la noción de regulación, comenzando por el sentido clásico del término (A) y terminando con el análisis de las particularidades que presentaría el derecho de la regulación (B). En la segunda parte (II) analizaremos la noción de “nuevas formas de regulación”, en ambos casos, como ya hemos dicho, la exposición se basará en la doctrina y legislación francesa.

## **I. La noción clásica de la regulación**

Basándonos en los principales artículos que se han escrito en la materia, expondremos los principales fines que se han otorgado a la regulación según la doctrina francesa.

### **A) La regulación es una nueva forma de intervención estatal en la economía<sup>7</sup>**

Las palabras clave en este punto son el que se trata de una intervención “nueva” y que está restringida a las materias “económicas”. La novedad de esta intervención reside en la *forma* cómo se elaboran y cómo se aplican las normas. En este caso la palabra regulación hace referencia a un fenómeno socio-jurídico que se caracteriza por el abandono o a lo menos el desuso progresivo de las formas clásicas y autoritarias de elaboración de las normas, entendiendo por tales la creación de normas por el Congreso Nacional o por el Poder Ejecutivo en

<sup>7</sup> Como podemos percibir, este uso de la palabra regulación comprende el primer sentido que citamos más arriba, pero hay que remarcar que a diferencia de él, éste es sólo un aspecto, un objetivo de la regulación, entre otros.

virtud de una delegación de poder, y que tiene lugar en el ámbito económico. Así la regulación se caracteriza por el recurso a la *soft law*, a la autorregulación, a la co-regulación, y a otros mecanismos que más adelante evocaremos. La regulación tiene por objetivo paliar los defectos del mercado, los defectos de la jerarquía y los defectos del sistema jurídico estatal.

Para explicar este fenómeno hay autores que transponen el significado dado a la palabra regulación en las ciencias mecánicas y biológicas, aplicándolo al derecho. Según las ciencias mecánicas constituye *regulación* todo mecanismo que permite a un sistema "mantener la constante de una función que ella tiende a asegurar"<sup>8</sup> (TIMSIT, 2004, p. 5). Imaginemos una máquina que debe funcionar a una velocidad determinada y constante, velocidad que debido a las perturbaciones externas puede verse alterada. Los ingenieros han creado mecanismos para impedir que estas perturbaciones externas alteren el ritmo de la maquinaria. Estos mecanismos constituyen la regulación.

La regulación tiene así lugar al interior de un sistema que arriesga caer en crisis y su rol es el de asegurar el funcionamiento de este sistema y el cumplimiento de sus fines.

G. Timsit, aplicando este sentido de la palabra regulación a las ciencias jurídicas, sostiene que el sistema en crisis es la teoría clásica de la normatividad social, crisis de la que nace una nueva normatividad que se manifiesta a través de diferentes fenómenos, los que se agrupan bajo el término *regulación*<sup>9</sup>. Dicho en términos más simples, la regulación es la respuesta a una crisis social, crisis que afecta al Estado, al derecho y al sistema económico liberal como modelo imperante.

Explica el citado autor, que los dos modelos que conforman la teoría clásica de la normatividad social, esto es, el modelo del Estado y el modelo del Mercado, operan según lógicas contradictorias y persiguen distintos objetivos. El modelo del Estado opera conforme a la racionalidad burocrática y persigue el *interés general*, lo que se logra al preservar el interés de cada uno de sus

<sup>8</sup> "El término regulación comienza a ser utilizado en el siglo XVIII por las ciencias técnicas (máquina de Watt) y luego en el siglo XIX en psicología (Claude Bernard), después de la Segunda Guerra Mundial, para sufrir una extraordinaria difusión en las ciencias sociales, bajo la influencia de la cibernética y en el cuadro de la teoría general de los sistemas. La regulación constituye un elemento clave de esta última: todo sistema organizado, formado de un conjunto de elementos interdependientes y que interactúan, estaría en permanente confrontación con factores de inestabilidad que provienen de su ambiente; la regulación recubre el conjunto de procesos por los cuales los sistemas buscan mantener su "estado estacionario" anulando el efecto de perturbaciones exteriores." Chevalier, J. (2001): "La regulación jurídica en question", Droit et Société, N°49, pp. 827-846, especialmente p. 828. (Traducción realizada por la autora).

<sup>9</sup> Timsit, G. (2004): "La Régulation, la notion et le phénomène" edición especial "La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 5-12, especialmente p. 8.

miembros a través de una vigilancia bajo coerción, estos es por medio de las normas jurídicas. El modelo de mercado, por su parte, opera según la lógica concurrencial y persigue un *equilibrio general*, equilibrio que se asegura porque la convergencia de los intereses individuales conlleva el interés de todos. El modelo de mercado afirma que dejando actuar libremente al mercado, sin ningún tipo de restricciones jurídicas, se asegura de forma más efectiva el bienestar general e individual.

Se dice así que cada modelo posee un tipo de normatividad: el modelo de mercado opera a través de un orden espontáneo, automático, en el que cada uno busca su propio provecho, mientras que en el orden estatal se trata de una normatividad impuesta, elaborada por una entidad suprema ubicada en lo más alto de la organización (recordemos a Kelsen).

Es evidente que se trata de dos modelos opuestos pues, cada uno expresa los defectos del modelo contrario, así la normatividad estatal busca remediar las falencias derivadas de la normatividad espontánea del modelo de mercado. Un ejemplo: el modelo de mercado nos indica que el precio de mercado originado en el juego de oferta y demanda es justo y perfecto, pero dicho modelo supone, para funcionar en equilibrio, una información completa del mercado, completitud que no existe en la realidad y que se suple a través de reglas burocráticas tales como la exigencia de transparencia (impuesta por el modelo coercitivo estatal) existente en determinados mercados reglamentados (por ejemplo en materia de energía eléctrica).

Se trata, en ambos casos, de concepciones ideales (por eso los denominamos "modelos"). Este carácter utópico constituye uno de los orígenes de las crisis existentes en el modelo clásico de la normatividad social. Ni las normas jurídicas son perfectas, ni el libre mercado puro y duro aseguran el bienestar general. Ninguno de los dos, por sí solos, son eficaces a un 100%. En efecto, el mercado posee defectos que afectan el modelo de la libre competencia, tales como el poder de los monopolios, la viscosidad, la asimetría de la información, las insuficiencias en el suministro de bienes colectivos, etc. Los economistas pueden hablarnos largamente de ello. Como juristas nos basta constatar la existencia de fallas.

Por el contrario, como juristas conocemos bien que el Estado posee defectos, tales que las fallas de la autoridad para poner en obra y concebir políticas públicas. Sumémosle a esto la crisis de legitimidad que afecta los dos modelos citados, Estado y economía son mal vistos por la ciudadanía.

Este conjunto de defectos justifica la existencia de una regulación cuyo objetivo es paliar todos estos defectos de la forma como describiremos a continuación:

### *i) La regulación, instrumento jurídico para paliar las fallas del mercado*

Esta función de la regulación es especialmente necesaria en las industrias que operan en torno a redes, la electricidad, la telefonía, el gas, y que hoy en día están, en la mayoría de los países, abiertas a la libre competencia. La regulación, así concebida, forma parte de la adhesión a la economía de libre mercado y a su postulado de libre competencia como garantía de eficiencia, que debe implementarse aun en el caso de industrias naturalmente monopólicas. La regulación en este caso va de la mano con la apertura a la libre competencia.

La regulación desde este punto de vista se identifica con lo que Ives Gaudemet denomina *noción funcional o noción estricta de la regulación*, entendida como “la acción normativa o paranormativa que acompaña la apertura a la libre competencia de un mercado anteriormente en monopolio” (GAUDEMET, 2004, p. 14). Esta acción garantiza la entrada de nuevos operadores, y la instauración de un modelo de libre competencia.

Para paliar las fallas de mercado la regulación ha procedido de la siguiente manera:

1° Se han organizado *jurídicamente* procesos de libre competencia, destinados a sustituir los mecanismos burocráticos que antiguamente organizaban el funcionamiento de estos sectores (monopolios estatales). Dicho de otra forma, se ha *simulado* a través de instrumentos jurídicos una competencia que no existe en realidad, en términos económicos. Tomemos el ejemplo del sector de producción y distribución de agua potable o de electricidad, que hasta hace cierto tiempo se encontraban en manos del Estado en no pocos lugares del mundo. Hoy en día, la mayor parte de estas empresas han sido privatizadas (proceso que también ha tocado a Francia con ciertas particularidades). Como la existencia de un monopolio natural impide organizar una competencia en sentido clásico, esto es permitiendo la realización de la actividad a varias empresas que operen al mismo tiempo, se busca simular la competencia a través de mecanismos jurídicos. Así, para instaurar la competencia se ha procedido ya sea por medio del otorgamiento de concesiones que son atribuidas a la empresa que ofrezca la mejor relación calidad-precio (denominada *competencia por el mercado*) o bien se ha obligado al operador histórico a permitir el acceso a sus redes a todo privado que cumpla ciertas condiciones generalmente de orden patrimonial. El monopolio queda, en este último caso, restringido a la sola gestión de las redes principales, emergiendo un nuevo mercado que permite a varios operadores utilizar las redes de distribución.

2° Se instaura un sistema de vigilancia destinado a evitar los abusos del mercado y a conciliar necesidades públicas contradictorias entre sí, como por ejemplo, conciliar el mantenimiento de la libre competencia con la preservación de

los intereses de servicio público. Esta labor de vigilancia es ejercida por una autoridad.

De esta forma el Estado ha abandonado su rol de empresario (operador económico directo) y pasa a ser el organizador de la economía basada en la libre competencia que debe ser construida. La regulación implica así una nueva concepción del rol del Estado (Estado regulador), el cual se limita a la imposición de las "reglas del juego", idealmente a través de formas no coercitivas. Esto no significa que el Estado quede libre de responsabilidad frente al desempeño de la economía, él conserva el rol de instancia tutelar encargada de asegurar el mantenimiento de los grandes equilibrios económicos<sup>10</sup>. La regulación es entonces una policía económica (y no un derecho de libertad)<sup>11</sup>. La regulación exige, en efecto, contar con un dispositivo de control de los mercados.

Esto nos explica por qué la regulación, que en sus orígenes correspondía a una concepción liberal de la economía, a una demanda del liberalismo, ha pasado a ser una reivindicación de la izquierda que busca en ella un instrumento para "contrabalancear los efectos de la internacionalización poniendo acento en el rol impartido al Estado como instrumento de mantención de la cohesión económica y social" (CHEVALIER, 2001, p. 829).

3° Para ofrecer a los agentes económicos (principalmente a los empresarios) garantías de imparcialidad, se instauran las autoridades de regulación. En esta función de la regulación, la existencia de la autoridad independiente tiene por objeto el asegurar el mantenimiento y respeto del modelo de mercado que queda de esta manera al abrigo de eventuales medidas estatales. Se ve aquí el aspecto liberal de la regulación.

En resumen, el objeto de la regulación como paliativo de las fallas de mercado es la apertura a la libre competencia y los destinatarios de la regulación son los operadores históricos y los nuevos operadores. Es evidente que esta función constituye una nueva forma de intervención del Estado en la economía<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Chevalier, J. (2001): "La regulation juridique en question", *Droit et Société*, N°49, pp. 827-846, especialmente p. 829.

<sup>11</sup> Gaudemet, I. (2004): "La concurrence des modes et des niveaux de régulation, Introduction", en "La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 13-16, especialmente p. 14.

<sup>12</sup> En este punto nos parece importante evocar que desde el punto de vista económico se suelen oponer dos teorías: la teoría normativa y la teoría positiva de la regulación, a la que haremos mención más tarde. La teoría normativa postula que la regulación, como intervención del Estado en la economía, sólo se justifica cuando el mercado no es capaz de producir un *optimum social* en el sentido de Pareto (Optimum que se alcanza, en términos muy esenciales, cuando no es posible en una situación de libre competencia, mejorar el bienestar de un individuo sin disminuir el bienestar de otro). Es decir, la regulación busca aumentar la eficacia de la economía corrigiendo los defectos del mercado. Sin embargo, sabemos que muchas veces se recurre a la regulación para llevar a cabo políticas de redistribución de

Como ya hemos adelantado, hay quienes restringen la noción de regulación precisamente a la normatividad que acompaña la apertura a la libre competencia de un mercado que se encontraba en monopolio, es decir, la regulación no es más que *un instrumento del derecho de la libre competencia* y como tal es esencialmente transitoria, puesto que todas las acciones que se realicen para asegurar el cumplimiento de sus objetivos quedarán sin efecto una vez que la libre competencia esté funcionando normalmente. Esta opinión no es sustentada por toda la doctrina.

### *ii) La regulación como forma de paliar las deficiencias de la jerarquía*

Esta función de la regulación busca paliar la inadecuación a la realidad del *modelo estatocéntrico*<sup>13</sup>. La regulación quiere remediar los defectos que se han podido constatar cada vez que el Estado interviene en la economía de manera clásica, por ejemplo, cuando el Estado ha querido intervenir un sector a través de una política de fijación de precios. El fundamento es evidente: dentro de un modelo de libre mercado el Estado *protector* no tiene cabida, es necesario entonces que el Estado recurra a otros mecanismos para intervenir en la vida social y evitar la anarquía. La creación de las autoridades administrativas independientes es testimonio de este fenómeno.

Para visar esta nueva forma en que el Estado interviene en la economía, se ha creado una nueva nomenclatura, hablándose hoy en día de *acción pública* (y no de *políticas públicas*). Esta expresión comprende las interacciones sociales en las que el rol del Estado se reduce a coordinar o interceder en los conflictos que eventualmente se pueden suscitar entre las diferentes racionalidades y voluntades. Un ejemplo concreto de este fenómeno es el rol de intermediario o arbitrador que el Poder Ejecutivo se ha permitido cumplir en los conflictos que se suscitan entre empresarios y sus trabajadores. El Estado no impone, el Estado arbitra.

### *iii) La regulación como respuesta a la crisis de legitimidad del sistema jurídico*

Los destinatarios de las reglas jurídicas se cuestionan la legitimidad y eficacia de las reglas que rigen su actividad. Profesionales de la salud y pacientes, profesionales de la educación y estudiantes, comerciantes y consumidores, los ciudadanos en general, en algún momento se quejarán de la existencia de una

---

ingresos, esto origina lo que se conoce como fallas de la regulación, las que existen cada vez que la política reguladora resulta más onerosa que asumir los defectos o fallas del mercado. Majone, G. (1996): *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, (Paris: Montchrestien) 158 pp, especialmente p. 124.

<sup>13</sup> Timsit, G. (2004): "La Régulation, la notion et le phénomène" edición especial "La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 5-12, especialmente p. 9.

normativa que no se adecúa a su realidad y que es elaborada y aplicada sin su intervención y sin consideración de sus necesidades.

Como remedio a estas críticas, surge la regulación concebida como una nueva normatividad que se caracteriza por expresar las aspiraciones de aquellos a los cuales está destinada (de aquellos cuya actividad será regida por la regulación), permitiendo, por ejemplo, la elaboración de la regla por sus destinatarios (autorregulación) o por éstos y la autoridad, luego de un proceso de discusión y acuerdos (co-regulación).

Algunas veces se ha identificado la “*des-reglamentación*” a las nuevas formas de regulación o simplemente a la regulación. La identificación no es errónea en la medida en que se entienda que des-reglamentación no significa *la ausencia de Derecho, si no la transición a otro tipo de Derecho denominado Regulación*”<sup>14</sup>.

El fenómeno descrito lleva a G. Timsit a afirmar la existencia de una nueva era que él denomina *de las democracias dialogadoras*, es decir, democracias *que a través del diálogo con la sociedad civil buscan proveerse de una nueva legitimidad*. Según el autor, esta nueva normatividad debe ser mutable (y no fija ni rígida), singular (y no uniforme) y endógena (y no exógena). Es lo que otros denominan la forma moderna de la acción administrativa<sup>15</sup> o derecho post-moderno<sup>16</sup>.

Para Ives Gaudemet esta faceta corresponde a la noción formal o amplia de la regulación, la cual engloba las nuevas técnicas normativas que rigen una actividad descartando, en principio, los instrumentos clásicos del derecho, descartando la Ley. Esta noción se denomina formal, porque se identifica con las formas que utiliza la regulación y que no son las propias de la reglamentación clásica.

Esta concepción de la regulación ya no puede entenderse como un instrumento del derecho de la libre competencia, ni siquiera puede limitarse al derecho económico, pues se trata de una elección metodológica presente en la mayoría de las políticas públicas, ya sean económicas, de organización de una profesión, medioambientales o técnicas. No hay límites naturales a la regulación, salvo, según el autor, las misiones de pura soberanía y aun en éstas podría concebirse el uso de esta elección metodológica.

<sup>14</sup> Delmas-Marty, M. (1998): *Trois défis pour un droit mondial* (Paris, Editions du Seuil), 205 pp., especialmente pp. 78 y siguientes.

<sup>15</sup> Gaudemet, I. (2004): “La concurrence des modes et des niveaux de régulation, Introduction”, en “La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?”, *Revue française d’administration publique*, N° 109, pp. 13-16, especialmente p. 15.

<sup>16</sup> Chevalier, J. (2001): “La regulation juridique en question”, *Droit et Société*, N°49, pp. 827-846, especialmente p. 834.

La regulación como elección metodológica presenta dos grandes rasgos. El primero es la existencia de una autoridad que cumple el rol de regulador y que será la principal fuente de la nueva normatividad. Este regulador actúa muchas veces en concierto con los destinatarios de sus reglas y estos últimos pueden identificarse con él.

El segundo rasgo es el uso de una normatividad que se podría calificar de incierta pero eficaz, algunas veces coercitiva, pero extranjera a las formas clásicas del derecho. La concertación, la persuasión, la pedagogía, la ejemplificación, la advertencia, la preconización, son los medios utilizados por la regulación<sup>17</sup>. Hay que destacar que las autoridades tradicionales del Estado también hacen uso de este tipo de normatividad. La regulación, según esta noción, recuerda las acciones administrativas informales, actos jurídicos (y no simples comportamientos materiales), imputables a personas públicas, dotados en una determinada competencia, pero que no conllevan ningún efecto obligatorio desde el punto de vista de los administrados<sup>18</sup>.

## **B) Particularidades de la regulación como rama del derecho**

La existencia de la regulación como rama del derecho es el punto que mayores controversias presenta. Para algunos, tales que Frison-Roche<sup>19</sup>, el derecho de la regulación se caracteriza por atañer sectores económicos abiertos a la libre competencia o actividades en las que están en juego intereses que son extraños al mercado.

En un principio la autora consideraba que el objetivo perseguido por el derecho de la regulación era construir los referidos sectores económicos sobre la base de un equilibrio entre la necesidad de mantener la libre competencia y otros imperativos de distinta naturaleza, pero todos socialmente importantes.

Se busca un equilibrio entre las necesidades de la economía y las necesidades de la sociedad que no son puramente económicas. Así algunos sectores necesitan ser regulados con el fin de equilibrar su funcionamiento competitivo con otros fines, como podría ser el prevenir riesgos<sup>20</sup>, obtener la estabilidad financiera,

<sup>17</sup> Gaudemet, I. (2004): "La concurrence des modes et des niveaux de régulation, Introduction", en "La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 13-16, especialmente p. 15.

<sup>18</sup> Gaudemet, I. (2004): "La concurrence des modes et des niveaux de régulation, Introduction", en "La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 13-16, especialmente p. 16.

<sup>19</sup> Frison-Roche, M-A. (2004): «Définition du droit de la régulation économique», *Recueil Dalloz* 2, N°2, Chroniques, pp. 126-129, especialmente p. 129.

<sup>20</sup> La paradoja es que la multiplicación de los fines perseguidos por la regulación da origen a una crisis, esta vez de la regulación misma. Cazenave, T. et al. (2005): "Crise de régulation", en FRISON-ROCHE M-A. (dirección): *Les risques de la régulation* (Paris, Presses de Sciences Po y Dalloz) pp. 1-14, especialmente p.7.

asegurar el acceso de todos los miembros de la comunidad a ciertos servicios como el transporte o el servicio bancario, asegurar la igualdad de tratamiento, el pluralismo político o la diversidad cultural, cuando se trata de la regulación de los medios de comunicación, asegurar el aprovisionamiento de energía, en el sector energético. Un mismo sector puede presentar la necesidad de conciliar la libre competencia con más de un fin<sup>21</sup> ... *la regulación aparece como un equipamiento jurídico-económico utilizado para construir un sector y mantener en su seno equilibrios que no pueden realizarse por las solas fuerzas del mercado, es decir, por el solo resultado de la competición de las empresas, que sin embargo continúan entregadas a ésta*<sup>22</sup>. Son así considerados como “sectores regulados” la banca, la salud, la energía, los medios de comunicación, el transporte, etc.

Hay quienes divergen de esta tesis. Consideramos que el gran punto de discordia entre los autores es la articulación entre el derecho de la libre competencia y la regulación. Para Frison-Roche se trata de ramas distintas que si bien comparten como fundamento la economía de mercado, divergen por el objetivo general perseguido. El derecho de la libre competencia busca impedir los comportamientos que se desvían de ésta o que pueden vulnerarla, mientras que el derecho de la regulación va más allá, protegiendo intereses que el juego del mercado no es capaz de mantener por sí solo. Aun más, los objetivos perseguidos por cada rama del derecho pueden llegar a ser incluso contradictorios.

Esto no impide que ambas ramas presenten similitudes ideológicas y de procedimiento; así, existe una similitud ideológica en ciertos mecanismos utilizados por el derecho de la libre competencia que parecen seguir la lógica reguladora, en cuanto buscan conseguir fines que no son espontáneos al mercado. La teoría de las facilidades esenciales y el control de concentraciones cuando buscan la construcción de un mercado son dispositivos que según la autora operan según la lógica reguladora. Podemos verificar una afinidad de procedimiento en el uso, por parte de la autoridad encargada de velar por la libre competencia, de ciertos instrumentos parecidos a los usados por el derecho de la regulación, tales como los programas de clemencia o las transacciones, o los procesos de control de concentraciones que se traducen en compromisos negociados entre las empresas y las autoridades de control<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Frison-Roche, M-A. (2007): “Actualité du droit de la régulation. Dialectique entre concurrence et régulation”, *Revue Lamy de la Concurrence*, N° 11, pp. 168-174, p. 173. Cazenave et al. (2005): “Crise de régulation”, en FRISON-ROCHE M-A. (dirección): *Les risques de la régulation* (Paris, Presses de Sciences Po y Dalloz) pp. 1-14, especialmente p.1 y p. 7.

<sup>22</sup> Frison-Roche, M-A. (2004): *Les nouveaux champs de la régulation* en “La régulation, nouveaux modes, nouveaux territoires”, *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 37-58, especialmente p. 54.

<sup>23</sup> Frison-Roche, M-A. (2004): “Contrat, concurrence, régulation”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, julio-septiembre, p. 453, y Frison-Roche, M-A. (2004): «Définition du droit de la régulation économique», *Recueil Dalloz 2*, N° 2, Chroniques, pp. 126-129, especialmente p. 127.

De esto resulta que pese a las afinidades, regulación y libre competencia constituyen ramas distintas con finalidades distintas, así el objetivo de asegurar la libre competencia, de forma exclusiva, sólo integra excepcionalmente el derecho de la regulación, lo que permite explicar ciertas contradicciones entre estas ramas. Por ejemplo, la regulación de productos peligrosos y su objetivo de preservar la seguridad de éstos puede tener como consecuencia un atentado a la libre competencia; del mismo modo ciertas medidas destinadas a proteger los sistemas bancarios y financieros de riesgos sistémicos pueden tener la misma consecuencia. La regulación del sector audiovisual y su objetivo de preservar el pluralismo democrático es otro ejemplo, en efecto, para asegurar este pluralismo, el Estado poniendo en obra una política reguladora puede verse contraído a subvencionar ciertas emisiones, ciertos medios informativos, etc.

Aun más, se ha llegado a sostener que la necesidad de mantener un equilibrio entre la competencia y otros principios ha evolucionado y que el corazón de la regulación ya no es la libre competencia, sino la prevención de riesgos, de tal forma que la libre competencia de ser un término *de la ecuación en torno al cual otros principios se ordenan, podría bien pasar al rango de una de las consideraciones que pueden existir en equilibrio con lo esencial de la regulación, que sería entonces la prevención de riesgos*. Ello explica que sectores económicos antes des-regulados pasen a ser objeto de regulación en virtud del riesgo que presentan o que sectores antes regulados conserven la regulación sólo en lo que se refiere al acceso al sector, o el hecho que las regulaciones consideren antecedentes que exceden los inherentes al sector<sup>24</sup>.

K. Abderemane<sup>25</sup> es una de las autoras que diverge de la concepción hasta ahora descrita y tomaremos su planteamiento como representativo de esta oposición. Para ella, los instrumentos propios de la regulación buscan llenar las lagunas de derecho de la libre competencia de manera de hacer evolucionar estos sectores hacia una competencia efectiva. Esto le permite afirmar que el derecho de la regulación es un derecho *al servicio de la libre competencia*, especialmente porque el derecho de la libre competencia no cuenta con todos los medios necesarios para remediar los defectos del mercado. De este carácter, la autora deduce que el derecho de la regulación es suplementario, que se puede recurrir a él solamente cuando la libre competencia no puede, por sí sola, cumplir un rol eficaz sin recurrir a la regulación, lo que no significa, según la autora, que el derecho de la regulación pueda suplir a la libre competencia.

<sup>24</sup> Frison-Roche (2004): *Les nouveaux champs de la régulation* en "La régulation, nouveaux modes, nouveaux territoires", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 37-58, especialmente p. 55.

<sup>25</sup> ABDEREMANE, K. (2006): "Confirmation des caractères supplétif et flexible du droit de la régulation", *Revue Lamy de la Concurrence*, N° 8, pp. 168-169, especialmente p. 168.

Según esta posición, la regulación es un instrumento de la libre competencia que permite la eficacia de ésta, especialmente considerando el hecho que las autoridades de la regulación disponen de informaciones que la autoridad de la libre competencia desconoce.

A nuestro parecer, restringir la finalidad de la regulación a la eficacia de la libre competencia contradice la realidad, desde el momento en que puede fácilmente constatarse que las políticas reguladoras persiguen otros fines que muchas veces se oponen a la libre competencia y que ya hemos ejemplificado.

En consecuencia, entendemos que hay sectores que pueden ser dejados al libre juego del mercado, como el intercambio de bienes y servicios y otros sectores que necesitan algo más que el simple juego del libre mercado para obtener los fines que están llamados a cumplir<sup>26</sup>. En estos sectores económicos es necesario recurrir a otros mecanismos del derecho, los cuales constituyen la regulación.

El mismo razonamiento se aplica al proceso de apertura a la libre competencia, existiendo sectores en los que basta la declaración de apertura a la libre competencia, mientras que otros necesitan que se establezca un derecho *específico y coercitivo* que vigile este proceso<sup>27</sup>, todo dependerá de la presencia o ausencia de fallas de mercado.

Es por esto que entenderemos aquí por regulación, sin desconocer por cierto la legitimidad de otros puntos de vista, la combinación de instrumentos utilizados por el Estado, en materia de estatuto, libre competencia y reglamentación de una actividad<sup>28</sup> alterando las reglas que podríamos considerar como naturales al funcionamiento de un sector. Esta alteración sólo se justifica ante la ausencia de otros medios más eficaces para controlar la actividad y su fin es lograr el equilibrio competitivo con otros fines que el Estado ha considerado legítimo proteger y especialmente, hoy en día, con el fin de prevenir riesgos.

En todo caso la búsqueda de un equilibrio entre la libre competencia y otros imperativos no es el único rasgo de la regulación; todos los sectores regulados cuentan con reglas, procedimientos e instituciones comunes, tales como la existencia de autoridades de regulación y un método común para conseguir los fines perseguidos por ella. Es posible además que un sector de actividad esté sometido a regulaciones provenientes de diversos ámbitos, caso en que se habla de inter-regulación intersectorial o inter-regulación a diferentes niveles.

<sup>26</sup> Es esta necesidad la que justifica eventuales exigencias de certificaciones o de autorizaciones para desarrollar una actividad.

<sup>27</sup> Frison-Roche (2002): Introducción al atelier "Des enseignements de l'ouverture à la concurrence du secteur énergétique", *Revue de la concurrence et de la consommation*, N° 128, julio, pp. 7-8.

<sup>28</sup> Stoffaès (1995): "Les nouvelles régulations à l'essai", en *Services publics, questions d'avenir*, (Ediciones Odile Jacob) pp. 176-216.

Como se puede percibir, existen similitudes entre la regulación y el derecho público económico, ya que ambos buscan cumplir objetivos que el simple juego de la libre competencia no es capaz de obtener y para consolidarlos se consagran prerrogativas de poder público. Sin embargo, a diferencia del derecho público económico, la regulación económica parte de la base de una economía de libre competencia y las autoridades que controlan el sistema (autoridades administrativas independientes, superintendencias) no forman parte de la jerarquía del Poder Ejecutivo, en un sentido clásico. Es por esto que se afirma que la regulación se inscribe en el marco de la transformación de las modalidades de acción del Estado y en general de transformación de la regulación jurídica<sup>29</sup>. Esta transformación da origen a lo que se conoce como *nuevas formas de regulación*.

## II. La noción de nuevas formas de regulación

Se denomina *nuevas formas de regulación* la combinación de mecanismos que organizan los sectores regulados y que comienzan utilizarse a partir de los años 70 con el objetivo de afrontar los problemas derivados de la multiplicidad de actores que intervienen en un mismo sector económico, así como los problemas que surgen de la coexistencia de actividades en monopolio y actividades en libre competencia<sup>30</sup>.

Este fenómeno se caracteriza por la proliferación de normas jurídicas con diferentes fuentes y por la variedad de *formas* que estas mismas normas pueden tomar. Como se puede constatar ya en el título de este tema, la referencia al aspecto formal o instrumental es fundamental, ella nos recuerda la noción amplia de regulación expuesta por Ives Gaudemet.

Las nuevas formas de regulación están presentes tanto en la producción de normas de fondo y de procedimiento, como en la puesta en marcha de las políticas reguladoras; ella concierne mecanismos e instituciones visando lo que en inglés se conoce como *Regulatory systems*.

A continuación, analizaremos las principales características de estos mecanismos complejos denominados nuevas formas de regulación (en adelante NFR).

<sup>29</sup> Morand, Ch-A. (2005): "Régulation, complexité et pluralisme juridiques", *Mélanges Paul Amseleck*, (Paris, Bruylant), pp. 614-630, especialmente p. 615.

<sup>30</sup> Stoffaés (1995): "Les nouvelles régulations à l'essai", en *Services publics, questions d'avenir* (Ediciones Odile Jacob) pp. 176-216.

## 1. La presencia de un regulador

Las NFR exigen la presencia de un regulador dotado de autonomía funcional y que se caracteriza por poseer un conocimiento técnico del sector regulado. Son "organismos que se presuponen estar mejor capacitados para arbitrar los intereses sociales que están en juego" (CHEVALIER, 1999, p. 35), por lo que los destinatarios de las normas pueden identificarse con el regulador. Las autoridades administrativas independientes, las agencias americanas, las superintendencias y las QUAGOS, son testimonio de este fenómeno. Las características del regulador independiente, técnico, sectorial, son una materia que merece un estudio aparte.

## 2. La utilización de una normativa especial

Respecto al carácter intrínseco de las reglas: Se trata de una normativa incierta, pero eficaz y coercitiva en los hechos, extraña a las formas clásicas del derecho. La concertación, la persuasión, la pedagogía, la ejemplaridad, la advertencia, la preconización son los medios utilizados por la regulación.

### a. El recurso a estándares flexibles

Una de las ventajas atribuidas a las NFR es la flexibilidad de sus normas, por lo que están mejor adaptadas que el derecho tradicional a las evoluciones de tipo técnico o a la evolución de la economía. En consecuencia, los textos reglamentarios son textos marcos, generales, que "dejan a la administración la labor de definir las condiciones de realización de los objetivos fijados, otorgándoles un largo poder de apreciación de las situaciones concretas" (CHEVALIER, 1999, p. 38).

Aquí nos parece pertinente evocar la distinción entre normas de funcionamiento (*performance standards*) y normas prescriptivas (*specification standards*), ya que las NFR recurren frecuentemente a las primeras. Ellas son generales, más flexibles, alientan la innovación, "reducen el papeleo y en consecuencia disminuyen los costos" (MAJONE 1996, p.112). Una norma que obliga a otorgar una garantía monetaria de un cierto monto prefijado pertenecerá al segundo grupo de normas, mientras que aquella que establezca que el monto debe ser suficiente en consideración al riesgo que desea preverse, pertenecerá al primer grupo.

### b. El uso de una normativa incierta

El Estado se ha visto obligado a renunciar a la coerción remplazándola por el ejercicio de un *poder normativo de facto*, a través de instrumentos tales como: las recomendaciones, las comunicaciones, las opiniones, etc. La ausencia de coerción permite sostener que las reglas que obedecen a esta lógica no pueden

ser calificadas de *normas*. No obstante ello, la técnica no es nada despreciable desde el momento en que se considera que este tipo de reglas son asumidas como coercitivas por parte de sus destinatarios, los agentes económicos<sup>31</sup>. La regulación afirma en esto que es preferible convencer que obligar, convencimiento al que se llega por medio de la influencia y de la persuasión<sup>32</sup>.

En Francia, por ejemplo<sup>33</sup>, la ley de seguridad financiera del 1° de agosto de 2003 ha exigido la publicación de determinada información en relación con las sociedades anónimas. La Autoridad de los Mercados Financieros (AMF) como organismo que tiene a su cargo la fijación de las condiciones en las que esta información debe emitirse, ha manifestado su parecer emitiendo *recomendaciones*<sup>34</sup>. En el mismo sentido, cuando se planteó la necesidad de intervenir en materia de comunicación financiera, el grupo de trabajo prefirió emitir un informe sobre el tema<sup>35</sup>, bajo la forma de diez recomendaciones, antes que proponer la adaptación de marco legal y reglamentario.

En relación con la producción de reglas: Las NFR se caracterizan también por el procedimiento al que se somete la adopción de la regla. Por ejemplo, cuando se trata de las *reglamentaciones informales*, la APA (*Administrative Procedures Act*) de los Estados Unidos exige que ellas estén acompañadas de una exposición general y concisa de su fundamento y de su objetivo “y no pueden ser arbitrarias, caprichosas, ni excesivamente discrecionales” (MAJONE, 1996, p.124).

### 3. La información como instrumento de regulación

Es una de las principales nuevas formas de regulación. El origen de este mecanismo se encuentra en las *sunshine commissions* norteamericanas, entidades con menores facultades que las comisiones de regulación independientes. Ellas operaban sobre la base de la *regulación por la información*, esto es, en base a la transparencia y la publicidad de la *información pública*<sup>36</sup>. Un ejemplo actual es la SEC norteamericana, la que se caracteriza por exigir la comunicación de determinadas informaciones en la forma predeterminada por ella misma<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> Etapa que Morand denomina, “Estado incitador”, Morand, Ch-A. (2005): “Régulation, complexité et pluralisme juridiques”, *Mélanges Paul Amsseck*, (Paris, Bruylant), pp. 614-630, especialmente p. 618.

<sup>32</sup> Chevalier, J. (2001): “La regulation juridique en question”, *Droit et Société*, N° 49, pp. 827-846, especialmente p. 834.

<sup>33</sup> Ballot-Lena, A. (año de publicación no disponible): “Les actes non décisifs de l’AMF. Quand le « droit mou », s’endurcit”, p. 9, (en línea) 14 de abril de 2009. Disponible en <http://www.glose.org/CFDCACE1.pdf>, p. 9

<sup>34</sup> “Recommandations de l’AMF relatives aux conditions d’information sur le gouvernement d’entreprise et le contrôle interne applicable aux OPCVM” difundido el 25 de mayo de 2004, disponibles en la página de Internet de la AMF, [http://www.amf-france.org/documents/general/5591\\_1.pdf](http://www.amf-france.org/documents/general/5591_1.pdf).

<sup>35</sup> Bull. COB N° 343, febrero 2000, pp. 28 y siguientes.

<sup>36</sup> Majone, G. (1996): *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, (Paris: Montchrestien) 158 pp, especialmente p. 39.

<sup>37</sup> *Idem*.

De esta forma, la recolección de datos, la estandarización de la información y la publicidad son utilizadas como instrumentos de regulación, alternativas que según los autores son preferibles a una autorregulación poco transparente o a una regulación coercitiva, pero débilmente aplicada.

#### **4. La implicación del mundo privado en el proceso de regulación**

Es una de las características más relevantes y constantes de las nuevas formas de regulación. Esta implicación del mundo privado tiene lugar tanto en el proceso de elaboración como de aplicación de las reglas. El mejor ejemplo en este sentido es el derecho financiero, que por una parte se caracteriza por la producción de normas de carácter internacional, adoptadas ya sea por un acuerdo entre los Estados o bien porque éstos las adoptan espontáneamente ajustándose a una demanda tácita de los actores, con la finalidad de atraer a los inversionistas. En otros casos la norma es adoptada por los actores sin reacción del Estado, existiendo de esta forma lo que los autores califican como una suerte de abandono de la soberanía estatal, en manos de los operadores financieros y de los profesionales del área.

En lo que se refiere al control del cumplimiento de la normativa, es posible constatar esta implicación del mundo privado cuando se encarga a esta la vigilancia de un grupo a comités privados cuyos miembros son elegidos por el mismo grupo que se desea controlar.

La implicación del mundo privado puede tener lugar de distintas formas:

a) A través de la consulta de las personas interesadas, esto es, los destinatarios de la regulación. Las personas consultadas pueden ser escogidas por el regulador de manera discrecional o bien en virtud de un derecho a participar en el proceso de elaboración de la norma.

Por ejemplo, la ley puede prever una etapa en que la normativa que se quiere imponer es sometida al escrutinio de los destinatarios de las normas. Para otorgar efectividad a dicha etapa, la ley puede exigir que los comentarios más importantes reciban una respuesta al momento de la promulgación definitiva. El sistema parece inspirarse en la obligación de fundamentar las sentencias judiciales.

Este tipo de exigencia está íntimamente ligado a la cuestión de la legitimidad de la regulación, pues se ha afirmado que esta legitimidad proviene precisamente de la consideración por parte del regulador de los intereses de los regulados. Las NFR exigen de esta forma que cada uno haga valer su voz en todas las etapas de la regulación<sup>38</sup>. Así, en Francia, la Autoridad de los mercados financieros antes de establecer las reglas relativas al estatuto de la profesión de consejero

en inversiones financieras, lanzó una consulta entre los interesados a fin de recoger las observaciones (...) y sugerencias de los interesados<sup>39</sup>.

b) Otra posibilidad es que sean los propios destinatarios de la regulación los que se organicen en un sistema de autorregulación o de regulación privada participativa.

La actividad en este caso se desarrolla de manera independiente de aquella que lleva a cabo el regulador público, sin perjuicio de las eventuales interacciones que pueden existir entre la regulación pública y privada, a través de acuerdos o de convenciones (colaboración directa), o bien a través de la acción del juez. Este último puede exigir al regulador público la aplicación de estándares definidos por la regulación privada, o bien puede exigir al regulador privado el respeto de garantías procesales propias de la regulación pública, por ejemplo la aplicación de la transparencia y la imparcialidad, el respeto de las normas el debido proceso, etc.

La privatización de la producción de normas de carácter técnico es otro ejemplo, el que se presenta cuando las reglas son elaboradas por organismos profesionales. La abundancia de códigos de conducta constituye otra ilustración.

Si las reglas que emanan del sector privado no pueden ser calificadas de “normas” en el sentido jurídico tradicional del término, ellas pueden ser homologadas por la autoridad, transformándose en normas en el sentido tradicional o bien pueden ser aplicadas en la práctica en los contratos suscritos entre privados, de tal forma que su desconocimiento es sancionado por los tribunales como el incumplimiento de una regla del arte u oficio, o como una traducción del principio general de responsabilidad civil.

---

<sup>38</sup> Este fenómeno es particularmente bien explicado por Frison-Roche cuando afirma que “... la autoridad y el buen funcionamiento del sistema reposan en la aptitud de cada uno para tomar la palabra en una discusión incesante y para dar a conocer las razones por las cuales los intereses que defienden son legítimos, intercambios de argumentos que puestos en la balanza permiten al sistema funcionar. La autoridad proviene de la aptitud de una institución, a tomar en consideración los intereses justificados de todos. Esto es particularmente claro a propósito de los mercados financieros, especialmente en el rol que el regulador le otorgue al consenso en el sector regulado. Esta función de tomar en cuenta la opinión de los destinatarios de la regulación puede ser particularmente ejercida por el presidente de la autoridad de regulación, lo que sitúa al sistema entre una concepción de neutralidad burocrática y una concepción de prestigio carismático, situación usual en el sistema norteamericano de las autoridades de regulación” (traducción realizada por la autora) Frison-Roche, M-A. (2004): “Le nouvel art législatif requis par les systèmes de régulation économique”, p. 158. Collection *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation* (Paris, Presses de Sciences Po-Dalloz, série Droit et économie de la régulation) (en línea) 14 de abril de 2009. Disponible en [http://www.regulation.sciences-po.fr/fr/documentation/DER\\_2/DER2entier.pdf](http://www.regulation.sciences-po.fr/fr/documentation/DER_2/DER2entier.pdf), especialmente p. 158.

<sup>39</sup> Comunicado 3 de junio 2004 en línea en el sitio de Internet de la AMF, citado por Ballot-Lena, A. (año de publicación no disponible): “Les actes non décisives de l’AMF. Quand le « droit mou », s’endurcit”, pp. 9, (en línea) 14 de abril de 2009. Disponible en <http://www.glose.org/CEDCACE1.pdf>, especialmente p. 8.

c) Finalmente el privado puede intervenir en el proceso de regulación cuando ésta se ejerce conjuntamente o coordinadamente. Aquí se manifiestan los fenómenos de co-regulación, autorregulación reconocida por el legislador o regulación delegada<sup>40</sup>.

## 5. La separación neta entre responsabilidad administrativa y responsabilidad operacional, o bien entre la gestión y la regulación<sup>41</sup>

La gestión de un servicio y la regulación del mismo deben estar a cargo de personas diferentes, la última en manos de una autoridad y la gestión en manos de un operador. A este respecto un autor cita la separación en Reino Unido de las telecomunicaciones y del servicio de correos, la institución de la British Télécom (BT) como una entidad independiente pero regulada, y la creación de una autoridad administrativa especializada, la Oficina de Telecomunicaciones (OFTTEL)<sup>42</sup>.

En todo caso, la aludida separación no impide que desde cierto punto de vista y respecto a materias bien precisas, el operador del servicio asuma una especie de rol de regulador de *segundo rango*<sup>43</sup>, ejerciendo un cierto control del mercado.

## 6. El recurso a las categorías clásicas del derecho civil, el contrato y la responsabilidad, como instrumentos de regulación

La *contractualización* de las relaciones entre los agentes, manifestada especialmente a través de la co-regulación, se traduce en que el contrato ha abandonado el rol de instrumento de intercambios y de organización de un mercado para ser, además, un instrumento de regulación, de creación de reglas generales y particulares<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> La participación del mundo privado en el proceso de regulación genera, por cierto, algunos problemas, entre los cuales citamos: - la gobernabilidad de los reguladores privados, esto es, determinar la representación en las estructuras de dirección de la regulación privada, paliar los conflictos de intereses, determinar la responsabilidad en la función de regulación. - Otro problema concierne a los instrumentos utilizados para regular, especialmente por la necesidad de redefinir las fronteras entre el derecho público y privado. Aquí hay que considerar que las nuevas formas de regulación se caracterizan por recurrir a instrumentos clásicos del derecho civil, por ejemplo el derecho de la responsabilidad o el derecho de los contratos, pero esta vez con el fin de regular, como veremos más adelante.

<sup>41</sup> Esta característica podría también ser considerada como parte de la existencia de las autoridades independientes, pero como el fenómeno no se presenta claramente en todos los países, preferimos analizarla en forma separada.

<sup>42</sup> Majone, G. (1996): *La Communauté européenne: un Etat régulateur* (Paris: Montchrestien), 158 pp., especialmente pp. 22 y siguientes.

<sup>43</sup> Por ejemplo los encargados de la gestión de las redes de transporte y distribución de gas. Frison-Roche, M-A (2005): "Régulation et contrat: présentation du thème et synthèse su 11e Forum de la régulation", *Petites affiches*, 3 mai, N° 87, pp. 3-5, especialmente p. 3, y Frison-Roche M-A. (2005): «La maturation de la régulation énergétique par la loi du 9 août 2004», RLC, N° 1 novembre 2004/janvier 2005, pp. 131-133.

<sup>44</sup> En todo caso, la naturaleza contractual de esta regla es discutible, según Frison-Roche se trata más bien de una forma de hablar, de evocar algo que se parece al contrato, se trata de una regulación

La co-regulación se justifica pues ella permite una mayor fluidez en las relaciones entre la autoridad y los destinatarios de las reglas y además porque permite obtener un grado más alto de aceptación y de satisfacción de parte de los operadores<sup>45</sup>.

Hacer uso de la figura del contrato, tal como él funciona en el intercambio de bienes, permite un ajuste de las distintas voluntades<sup>46</sup>, un equilibrio en la elaboración de reglas. En el contrato cada parte puede manifestar cuáles son sus intereses evitando así el conflicto, o en una etapa posterior evitando largos juicios y los riesgos que implica someter un asunto a los tribunales<sup>47</sup>.

Por otra parte el contrato es un instrumento adecuado para remediar las asimetrías de información<sup>48</sup>, sobre todo considerando los conocimientos técnicos que exige llevar a cabo una buena regulación. El objeto de la regulación es cada vez más técnico, lo que exige que las normas sean diferentes dependiendo del sector regulado. De esta forma, compartir la tarea de elaborar las reglas con los destinatarios de la regulación aparece como el mejor método de elaboración de las normas<sup>49</sup>.

---

*"flexible como puede serlo un contrato, lo que no constituye por ello, un contrato". Frison-Roche (2005): "Régulation et contrat: présentation du thème et synthèse su 11e Forum de la régulation", Petites affiches, 3 mai, N° 87, pp. 3-5.*

<sup>45</sup> Ella permite de *derribar las resistencias de la sociedad civil a los imperativos estatales*, etapa que corresponde al denominado *Estado reflexivo*. Morand Ch-A. (2005): "Régulation, complexité et pluralisme juridiques", *Mélanges Paul Amseleck*, (Paris, Bruylant), pp. 614-630, especialmente p. 618. El autor evoca el proceso de adopción de las leyes sobre las 35 horas y el desarrollo de la transacción para dirimir amigablemente los conflictos a través de la circular del Primer Ministro del 6 de febrero de 1995.

<sup>46</sup> Frison-Roche, M-A. (2005): "Régulation et contrat: présentation du thème et synthèse su 11e Forum de la régulation", *Petites affiches*, 3 mai, N° 87, pp. 3-5, especialmente p. 4.

<sup>47</sup> Morand Ch-A. (2005): "Régulation, complexité et pluralisme juridiques", *Mélanges Paul Amseleck*, (Paris, Bruylant), pp. 614-630, especialmente p. 628.

<sup>48</sup> Perrot, A. (2006): "Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques" en *Les engagements dans les systèmes de régulation* (Paris, Presses de Sciences Po y Dalloz) pp. 151-160, especialmente p. 154.

<sup>49</sup> Morand, Ch-A. (2005): "Régulation, complexité et pluralisme juridiques", *Mélanges Paul Amseleck*, (Paris, Bruylant), pp. 614-630, especialmente p. 625. La metodología descrita no es exclusiva al derecho de la regulación, la *contractualización* existe también en el derecho de la libre competencia y en el derecho del consumidor. En el primer caso la *contractualización* se manifiesta en los programas de clemencia o de compromisos, que son relativamente nuevos, ya que fueron consagrados en el derecho francés los años 2001 y 2004 respectivamente. De hecho, la existencia de un *bargaining* en la relación entre el regulador y los operadores es precisamente uno de los medios que permitía distinguir la formas de acción de los reguladores de aquellas empleadas por la autoridad de la libre competencia. Laserre, B. (2006): "Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrente", en *Les engagements dans les systèmes de régulation*, (Paris, Presses de Sciences Po y Dalloz), pp. 239-251. En el derecho del consumidor, es posible prever esta transformación en el análisis de las recomendaciones emitidas por la comisión de cláusulas abusivas. De hecho, esta última no tiene la facultad de prohibir una cláusula, sin embargo los destinatarios de sus recomendaciones las acogen como si estas últimas gozaran de fuerza coercitiva. Leveueur, especialmente p. 166, citado por Mohamed-Salah, M-M (1999): "Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur?", en *Philosophie du droit et droit économique quel dialogue? Mélanges en l'honneur du Gérard Farjat* (Paris, Edición Frison-Roche), pp. 261-289, especialmente p. 276.

## Conclusión

Esperamos, con este recuento, aportar algunos elementos que permitan a los juristas chilenos definir lo que entenderemos por regulación y los objetivos que de acuerdo al ordenamiento jurídico chileno es posible perseguir a través de esta rama del derecho; los dos son pasos imprescindibles para que, haciendo uso de nuestra lógica jurídica, podamos constituir un aporte en el diseño y en la ejecución de las políticas públicas reguladoras.

Para cumplir esa labor es necesario abrirse a nuevas perspectivas en lo que a los medios de regulación se refiere. Así, el jurista que es parte de un equipo encargado de diseñar una normativa, deberá estar consciente que hoy en día no sólo se regula con leyes, decretos o reglamentos, dicho de otra manera, debemos dejar de pensar la norma únicamente en su sentido kelseniano.

Por otra parte, la regulación es una área de estudio que nos impone la apertura a otras ciencias, la economía por una parte, ya que hablamos de sectores económicos, pero también la psicología, la sociología, la filosofía. La lógica de la regulación nos obliga a trabajar en colaboración con otros profesionales, pues ni ellos ni nosotros podemos reservarnos el monopolio de la elaboración de reglas.

En todo caso, y aunque pueda sonar contradictorio, es necesario tener presente que dada nuestra calidad de juristas no debemos restringir nuestro razonamiento únicamente a los factores económicos. Gozamos de la libertad que nos otorga la ciencia del derecho y conocemos sus principios generales, los que nos otorga una perspectiva con la que no cuenta el economista (que es precisamente lo que otorga legitimidad a una noción "jurídica" de regulación).

Es importante destacar en este punto que lo expuesto no debe ser desfigurado al punto de entenderlo como una defensa de la tecnocracia. Todo lo contrario, como juristas debemos defender nuestro lugar en el diseño de las políticas económicas, reivindicando una noción de la regulación que nos sea propia y que no se limite a los análisis económicos. Ahora bien, sin la preparación requerida, entendiendo la norma solo en su sentido kelseniano, no estaremos preparados para enfrentar este desafío.

Finalmente, el razonamiento de ciertos autores, expuestos precedentemente, nos recuerda que en el diseño de los sectores económicos no todo es tan blanco o tan negro, que es posible y necesario imponer límites (especialmente como forma de paliar las fallas de mercado), que hay términos medios entre liberalismo e intervencionismo y ese término medio está dado por el reconocimiento de los sectores que deben ser regulados y por el uso de las nuevas formas de regulación. No debe olvidarse que el liberalismo económico de occidente no

es tan liberal como se nos quiere hacer creer (los últimos acontecimientos en materia de mercados financieros y la medidas tomadas tanto en Estados Unidos como en Europa son una ilustración).

La noción de regulación es así preciosa para el jurista, pues si bien ella vuelve al derecho más complejo, en contrapartida, bien entendida y asumida, nos va a permitir el desarrollo de un pluralismo jurídico<sup>50</sup> imprescindible en una sociedad democrática y dialogadora.

## Bibliografía

ABDEREMANE, Karine (2006): "Confirmation des caractères supplétif et flexible du droit de la régulation", *Revue Lamy de la Concurrence*, N° 8, pp. 168-169.

ALLAND, Denis, y RIALS, Stéphane (2003): *Dictionnaire de la culture juridique* (Paris, PUF-Lamy), 1680 pp.

Autorité des marchés financiers (AMF) "Recommandations de l'AMF relatives aux conditions d'information sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne applicable aux OPCVM" difundido el 25 de mayo de 2004, disponibles en la página de Internet de la AMF: [http://www.amf-france.org/documents/general/5591\\_1.pdf](http://www.amf-france.org/documents/general/5591_1.pdf).

BALLOT-LENA, Aurélie (fecha de publicación no disponible): "Les actes non décisives de l'AMF. Quand le « droit mou », s'endurcit", p. 9, (en línea) 14 de abril de 2009. Disponible en <http://www.glose.org/CEDCACE1.pdf>

BARBOU DES PLACES, Ségolène (2004): "Contribution (s) du modèle de concurrence régulatrice à l'analyse des modes et niveaux de régulation", en "La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 37-48.

BOY, Laurence (2001): "Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche)", *Dalloz*, N° 37, pp. 3031-3038.

CAZENAVE, Thomas; Marimot, David, y POUYET, Jérôme (2005): "Crise de régulation", en FRISON-ROCHE Marie-Anne (dirección): *Les risques de la régulation*, (Paris, Presses de Sciences Po y Dalloz) pp. 1-14.

CHEVALIER, Jacques (1998): "Vers un droit post-moderne", en *Les transformations de la régulation juridique*, MARTIN, Gilles, y CLAM, Jean (dirección.), (Paris, LGDJ), pp. 21-46.

CHEVALIER, Jacques (2001): "La regulation juridique en question", *Droit et Société*, N° 49, pp. 827-846.

DELMAS-MARTY, Mireille (1998): *Trois défis pour un droit mondial* (Paris, Editions du Seuil). 205 pp.

<sup>50</sup> Morand, Ch-A. (2005): "Régulation, complexité et pluralisme juridiques", *Mélanges Paul Amseleck*, (Paris, Bruylant), pp. 614-630.

Commission d'opérations de la Bourse (COB), Bull. COB N° 343, febrero 2000.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2001): "Le droit de la régulation", *Dalloz*, pp. 610-616.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2002): Introducción al atelier "Des enseignements de l'ouverture à la concurrence du secteur énergétique", *Revue de la concurrence et de la consommation*, N° 128, julio, pp. 7-8.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2004): "Le nouvel art législatif requis par les systèmes de régulation économique", p. 158. *Collection Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, (Paris, Presses de Sciences Po-Dalloz, série Droit et économie de la régulation) (en línea) 14 de abril de 2009. Disponible en [http://www.regulation.sciences-po.fr/fr/documentation/DER\\_2/DER2entier.pdf](http://www.regulation.sciences-po.fr/fr/documentation/DER_2/DER2entier.pdf)

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2004): Les nouveaux champs de la régulation en "La régulation, nouveaux modes, nouveaux territoires", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 37-48.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2004): "Contrat, concurrence, régulation", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, julio-septiembre, pp. 451.

FRISON-ROCHE (2004): Marie-Anne «Définition du droit de la régulation économique», *Recueil Dalloz 2*, N° 2, Chroniques, pp. 126-129.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2005): "Régulation et contrat: présentation du thème et synthèse su 11e Forum de la régulation", *Petites affiches*, 3 mai, N° 87, pp. 3-5.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2005): «La maturation de la régulation énergétique par la loi du 9 août 2004», *RLC*, N°1 novembre 2004/janvier 2005, pp. 131-133.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2007): "Actualité du droit de la régulation. Dialectique entre concurrence et régulation", *Revue Lamy de la Concurrence*, N° 11, pp. 168-174.

GAUDEMET, Yves (2004): "La concurrence des modes et des niveaux de régulation, Introduction", en "La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 13-16.

JEAMMAUD, Antoine (1998): "Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concept en jeu", en *Les transformations de la régulation juridique*, MARTIN, Gilles, y CLAM, Jean (directores), (Paris, LGD)), pp 47-72.

LASERRE, Bruno (2006): "Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence", en *Les engagements dans les systèmes de régulation* (Paris, Presses de Sciences Po y Dalloz), pp. 239-251.

MAJONE, Giandomenico (1996): *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, (Paris: Montchrestien) 158 pp.

MORAND, Charles-Albert (2005): "Régulation, complexité et pluralisme juridiques", *Mélanges Paul Amseleck* (Paris, Bruylant), pp. 614-630.

MOHAMED SALAH, Mohamed Mahmoud (1999): "Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur?", en *Philosophie du droit et droit économique*

*quel dialogue? Mélanges en l'honneur du Gérard Farjat* (Paris, Edición Frison-Roche), p. 261-289.

PERROT, Anne (2006): "Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques" en *Les engagements dans les systèmes de régulation* (Paris, Presses de Sciences Po y Dalloz) pp. 151-160.

STOFFAËS (1995): "Les nouvelles régulations à l'essai", en *Services publics, questions d'avenir*, (Ediciones Odile Jacob) pp. 176-216.

TIMSIT, Gérard (2004): "La Régulation, la notion et le phénomène" edición especial "La régulation nouveaux modes, nouveaux territoires?", *Revue française d'administration publique*, N° 109, pp. 5-12.