

LA METODOLOGÍA DE LA REGULACIÓN. LA LECTURA FRANCESA APLICADA AL DERECHO COMPARADO

THE METHODOLOGY OF THE REGULATION. FRENCH APPROACH APPLIED TO THE COMPARATIVE LAW

LUSITANIA VILLABLANCA CERDA *
Doctorando en Derecho Privado
Université Paris 2, Panthéon-Assas
Francia

RESUMEN

¿Cómo determinar si una política reguladora, una norma económica o una sanción aplicada por un regulador, es legítima? En este trabajo buscamos realizar un esbozo de lo que debería ser el nudo de la metodología que debe regir la actuación de los reguladores y de la regulación en general, metodología cuyo respeto determina la legitimidad de las políticas reguladoras. Ésta se encuentra en un nuevo modo de formalismo jurídico, puesta en obra a través de la *procedimentalización* del Derecho, acompañada de ciertos imperativos que se erigen en principios de la regulación. Este estudio se basa en la doctrina francesa, inglesa y estadounidense, con especial acento en la primera, y sin perjuicio de que lo que consideramos la base de la metodología de la regulación encuentra varios ejemplos en el derecho comparado.

Palabras clave: *Regulación, metodología regulatoria, principios regulatorios.*

ABSTRACT

How to determine whether a regulatory policy, an economic rule or a sanction imposed by a regulator, is legitimate? In this paper, we outline what should be the cornerstone of

* Abogado. Magíster en derecho de los mercados, de los negocios y de la economía por la Université de Bourgogne, Francia. Doctorando en Derecho privado por la Université Paris 2, Panthéon-Assas, Francia. Dirección postal: 8, rue Docteur Durande, Dijon 21000, France. Correo electrónico: lusitania.villablanca@gmail.com.

** Abreviaturas: art.: artículo de una ley; cf.: consultar; *espec.*: especialmente.; *et al.*: y otros; n°.: número; y V.: ver.

the methodology that must govern the actions of regulators and regulation in general; this methodology determines the legitimacy of regulatory policies. We think that this methodology consists in a new form of legal formalism that is manifested through law proceduralization, complemented by certain principles. This study is based on French, English and American doctrine; however the regulation's methodology that we have developed can find many examples in comparative law.

Key words: *Regulatory Systems, regulatory methodology, regulatory principles.*

I. INTRODUCCIÓN

Decir que el Derecho contemporáneo se ha visto seriamente transformado es ya una tautología. Intentar determinar cómo debemos, los juristas y los magistrados, enfrentar estas transformaciones, no lo es tanto. La regulación económica¹, es una de las principales causas de la transformación del Derecho, tanto por la presencia de los reguladores, por los poderes que las legislaciones les otorgan y por los instrumentos que la regulación utiliza para lograr sus fines: las nuevas formas de regulación. Las nuevas formas de regulación se caracterizan por la proliferación de normas con diferentes fuentes (además del poder ejecutivo) y por la variedad de “formas” que estas normas pueden adquirir². Consideramos que son parte de las nuevas formas de regulación los standards, los principios generales, la *soft law*, la implicación de los privados en la producción de normas, etc.

Frente a las transformaciones operadas por la regulación y bajo el supuesto que el análisis kelseniano del sistema jurídico no es suficiente para fundar la legitimidad del Derecho contemporáneo, nos planteamos varias preguntas: cuando un juez (o un jurista) analiza un acto realizado por un regulador, por ejemplo cuando una superintendencia aplica una sanción, ¿bajo qué criterios determina su legitimidad?, cuando el poder ejecutivo o legislativo dicta una norma ¿cómo concluimos que ésta es legítima?, en otras palabras, ¿cuál es la metodología que legitima la regulación?

La regulación y sus instrumentos constituyen un fenómeno relativamente uniforme y en vías de perfeccionarse en todo el mundo. Esta uniformidad se explica porque el sistema económico de libre mercado, que inspira la regulación y sus instrumentos, es

¹ Para los efectos de este artículo, hemos de entender por regulación la combinación de instrumentos, utilizados por el Estado, en materia de estatuto, libre competencia y reglamentación de una actividad alterando las reglas naturales al funcionamiento del sector económico. Entendemos que esta alteración sólo se justifica en la ausencia de otros medios más eficaces para controlar la actividad y que ella tiene por finalidad, obtener un equilibrio entre el funcionamiento de un mercado en el que reina la libre competencia con otros fines que el Estado ha considerado dignos de protección y especialmente, hoy en día, con el fin de prevenir riesgos. Sobre la noción de regulación aquí retenida y otras maneras de concebirla ver VILLABLANCA CERDA, Lusitania, “Derecho y regulación en Francia, Derecho de la regulación”, en *Actualidad jurídica*, 22, (2010), p. 237.

² *Idem.*

portador de una ideología que puede transponerse a todos los aspectos sociales regulados.

El nacimiento de este modelo se encuentra en la sociedad norteamericana desde donde ha sido conducido por todo el planeta. En efecto, lo que se denomina nuevas formas de regulación³ se gestó en Estados Unidos a través de la figura de las agencias creadas a partir del siglo XIX. Su objetivo, afirma un autor, era permitir a la intervención de los actores económicos (privados) en la producción de las normas que rigen su actividad⁴. El modelo americano es según este autor el más acabado en la institucionalización de esta participación. Una explicación sociológica de este fenómeno se encontraría en el hecho de que la sociedad norteamericana se construyó “no desde lo alto si no desde el individuo hacia la colectividad y de la colectividad hacia el Estado”. En efecto, la reglamentación es concebida en Estados Unidos sólo como un correctivo puntual de comportamientos que se desvían del cause deseado por la comunidad, mientras que en Europa y en los países de tradición jurídica romanista, entre los cuales se encuentran los países latinoamericanos, el derecho es un medio de unificación del país impuesto desde lo alto hacia los individuos⁵.

El interés de la doctrina en la regulación comenzó alrededor de los años 70, luego del desarrollo de ambiciosos programas sociales tanto en Estados Unidos como en Europa. Luego, en el decenio que los 80 se llevaron a cabo trabajos de evaluación de aquellos programas y de las políticas públicas en general.

Se planteó así el tema de la eficiencia de las políticas públicas puestas en obra por la administración clásica del Estado (la regulación). Posteriormente se analizó la eficiencia de las leyes y de las normas jurídicas en general (instrumentos clásicos de regulación) como mecanismos de puesta en obra de las políticas públicas. La cuestión de la efectividad del derecho paso así a ser parte del análisis jurídico⁶ y con ello comienza la moda en torno a las nuevas formas de regulación.

El éxito alcanzado por las nuevas formas de regulación no les libra de la necesidad de presentarse ante el mundo jurídico como un sistema coherente capaz de reemplazar el gobierno de la administración del Estado, en un sentido clásico.

Basándonos en los estudios doctrinales relativos a los reguladores y a los nuevos instrumentos de gobierno hemos realizado un esbozo de lo que a nuestro parecer, sería el centro de la metodología de la regulación. Éste se encuentra en una nueva forma de

³ Incluyendo dentro de éstas la existencia de lo que nosotros llamaremos reguladores y que en inglés son conocidos como *quangos* en Inglaterra, *agency* en Estados Unidos, superintendencias en América latina, administraciones independientes en España y autoridades administrativas indépendantes en Francia. Cf. SALVADOR MARTÍNEZ, María, *Autoridades independientes*, Barcelona, Editorial Ariel Derecho, 2002.

⁴ BOY, Laurence, *Normes, espec.* p. 13. Disponible en: <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/boy1.pdf>. [Consulta: 23 mayo 2011].

⁵ DE KERDREL, “Nécessité et contraintes d’un nouveau Bretton Woods”, *La chronique d’Yves de Kerdrel* 21 de octubre. Disponible en: <http://www.lefigaro.fr/debats/2008/10/20/01005-20081020ARTFIG00630-necessite-et-contraintes-d-un-nouveau-bretton-woods-.php>. [Consulta: 21 febrero 2011].

⁶ LASCOUMES, Pierre, “Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques”, en *L’année sociologique*, 40, (1990), pp. 43-71, *espec.* p. 47.

formalismo jurídico puesta en obra a través de lo que sin mucha fortuna denominaremos *procedimentalización* del Derecho. Sin embargo, ella no parece ser suficiente para justificar los cambios operados en la puesta en marcha de las políticas de regulación. Para complementarla, ciertos imperativos se erigen en principios de la regulación.

II. LA *PROCEDIMENTALIZACIÓN* DEL DERECHO

Lo que caracteriza la metodología de la regulación es la *procedimentalización*⁷ del Derecho, la cual tendría la virtud de dotar de un nuevo formalismo jurídico a los sistemas jurídicos que hacen uso de las nuevas formas de regulación⁸. El Derecho clásico, constituido por un conjunto de normas jerarquizadas y generales dictadas por las autoridades competentes, generalmente el poder legislativo, con el fin reglamentar situaciones específicas, ha cedido su lugar a un conjunto de principios procedimentales deducidos del formalismo que es propio al sistema jurídico continental⁹.

Esta nueva metodología nace de la impotencia del Derecho clásico para enfrentar la complejidad de una sociedad de mercado bien desarrollada¹⁰. En efecto, ¿cómo elaborar reglas jurídicas abstractas y generales (exigidas por los principios del Derecho clásico) para regir, por ejemplo, mercados tan complejos como lo son los mercados financieros? Un nuevo Derecho se necesita para hacer frente a esta realidad, es por esto que el derecho moderno, el derecho de la regulación, se centra más bien en “la elaboración de principios de gestión y en la organización de procedimientos de intervención, que en la definición de normas sustanciales”¹¹; el ordenamiento jurídico, en lugar de proponer directamente las normas (derecho material) debe limitarse a reglamentar la forma de organización, los procedimientos y la redistribución de las competencias¹². En este rol, es la *procedimentalización* la que permite reducir la intervención estatal a un mínimo legitimando al mismo tiempo la detención de un poder normativo por parte de los privados. La *procedimentalización* permite paliar “la imposibilidad de una jerarquización de derechos sustanciales equivalentes”¹³. En este sentido consideramos que ella es indispensable en un sistema jurídico cada vez más impregnado de estándares y de principios generales (que son también un signo de la *procedimentalización*¹⁴.

El problema que se plantea aquí es ¿cómo dotar de legitimidad a las normas emanadas de una instancia que no es democrática, por ejemplo las normas emitidas por

⁷ BOY, Laurence, *op. cit.*.

⁸ Hay que destacar que el mecanismo de la *procedimentalización* del derecho nace no como una respuesta a los defectos de la normatividad en general si no una forma que responder al derecho material recursivo o reflexivo, reacción a su vez al derecho formal de las normas generales e impersonales.

⁹ BOY, Laurence *op. cit.*, p. 20.

¹⁰ *Idem.*, p. 17.

¹¹ LASCOUMES, Pierre, *op. cit.*, p. 71.

¹² *Idem.* pp. 17-18.

¹³ *Idem.* p. 505.

¹⁴ *Idem.*

entidades tales como las superintendencias? ¿Dónde se encuentra la legitimidad de los códigos de buena conducta que emiten entidades privadas tales que las empresas?

Con la finalidad de otorgar una nueva definición al formalismo jurídico y una nueva definición a la legitimidad jurídica los autores han propuesto el principio de la *procedimentalización* del Derecho, el que se traduce en un control de la producción de las normas jurídicas, producción que debe ajustarse a ciertos principios que derivan del modelo del derecho procesal^{15, 16}. En esta función, la *procedimentalización* permite reducir la intervención estatal a un mínimo y legitimar el otorgamiento a los actores privados de un poder normativo. Ella permite además paliar “la imposibilidad de una jerarquización de derechos sustanciales equivalentes”¹⁷, dificultad que frecuentemente se plantea al poder judicial. En este sentido consideramos que la *procedimentalización* como principio es indispensable en un sistema jurídico que se encuentra progresivamente impregnado de standards y de principios directores, los cuales son también una manifestación de la *procedimentalización*¹⁸.

Según este razonamiento el sentido normativo del Derecho deriva del procedimiento de dictación del mismo, es este procedimiento el que engendra su legitimidad.

De esta forma, el procedimiento de formación de las normas jurídicas exige “implementar el principio de la discusión”¹⁹ en el seno mismo del procedimiento democrático. El trabajo de las comisiones al interior de los poderes legislativos, incluyendo la participación del sector público y privado, e incluso fuera de ellos en un testimonio de esta concepción.

Esta concepción explica la aparición del denominado “derecho negociado”, del cual forman parte los derechos de audición y de participación de los ciudadanos (bajo la forma de encuestas públicas o de estudios de impacto)²⁰. La *procedimentalización* del Derecho debe aplicarse también al Derecho administrativo y a las normas de fuente privada.

En materia administrativa, la *procedimentalización* ha pasado por la implementación de nuevas exigencias en la adopción de normas. Ejemplos de esto son las obligaciones de motivación y de publicidad que deben acompañar a las normas que se dicten. La autoridad debe justificar las decisiones que toma, exponiendo los fundamentos y los objetivos de la reglamentación la cual no puede ser arbitraria, ni excesivamente discre-

¹⁵ El control de las normas ya no se restringe al simple control vertical de legalidad, según el modelo kelseniano.

¹⁶ La *procedimentalización* debe distinguirse en todo caso, del formalismos y de la institucionalización V. BEN-NINI, Aïda, “La procéduralisation du droit des sociétés”, en *Revue Trimestrielle Droit Commercial.*, 3, (2010), pp. 499-512, espec. p. 500.

¹⁷ *Idem.* p. 505.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ HABERMAS, Jürgen, *De l'éthique de la discussion*, Passages, Cerf, (1992), citado por BOY, Laurence, *op. cit.*, p. 17.

²⁰ Por ejemplo los derechos consagrados en materia de derecho del medioambiente y de organización del territorio. BOY, Laurence, *op. cit.*, p. 19.

cional²¹.

Un ejemplo de esta forma de proceder se encuentra en el trabajo de la cámara de los comunes en Inglaterra. Ella controla el trabajo del gobierno a través de las preguntas orales que se formulan con ocasión de las sesiones semanales. El ministro interrogado debe explicarse públicamente delante de la cámara. El Primer ministro está sometido al mismo procedimiento dos veces por semana. Esta sesión fue transmitida por radio y televisión²². En el mismo país, la FSA, regulador de los mercados financieros: “(*The Authority*) must make and maintain effective arrangements for consulting practitioners and consumers on the extent to which its general policies and practices are consistent with its general duties under section 2”²³.

La doctrina comparada no ha dejado de criticar las situaciones en que el procedimiento de elaboración de las normas no contempla la participación de los destinatarios de las mismas, así por ejemplo la doctrina chilena ha criticado que la elaboración de normas por parte de los reguladores no contemple la consulta ni considere la participación ciudadana²⁴. Existen mejoras en este sentido, así por ejemplo la creación de una Comisión de Valores y Seguros chilena, es antecedida por un documento de consulta general con vocación para recoger la opinión de profesionales de distintas áreas; falta sin embargo prever, como lo desean los profesores García y Verdugo, que la elaboración de normas, por parte de los reguladores mismos, sea precedida de consultas públicas.

En lo que respecta a los reguladores la *procedimentalización* se traduce también en el sometimiento de estos a los mismos principios que se aplican a los tribunales administrativos o judiciales, especialmente cuando aplican sanciones, tales como el principio de la contradicción y el respeto de los derechos de la defensa²⁵. Esto explica las diversas modificaciones estructurales que sufren los reguladores en el mundo, especialmente la separación de las funciones de instrucción y de sanción y las modificaciones a sus procedimientos. Estas exigencias son la consecuencia en Europa, de la labor realizada por la Corte Europea de Derechos Humanos en aplicación del artículo 6 de la Convención respectiva. En Chile, la creación de una Comisión de Valores y Seguros va en este sentido.

Un ejemplo de la aplicación de la *procedimentalización* a la dictación de normas privadas y mixtas (por ejemplo la autorregulación y la corregulación, respectivamente), se encuentra en el marco legal dado en Francia a la normalización por el Décret nº 2009-697 de 16 de junio de 2009. Este decreto impone a la asociación francesa

²¹ Cuando se trata de las llamadas reglamentaciones informales, la *Administrative Procedures Act* (APA) de Estados Unidos ha planteado estas exigencias. MAJONE, Giandomenico, *La communauté européenne, un Etat régulateur*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 147.

²² LECLERCQ, Claude, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 10ª edición, Paris, Litec, 1999, p. 294.

²³ Section 8 de la Financial Services and Markets Act de 2000.

²⁴ V. GARCÍA GARCÍA, José Francisco y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, “De las Superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio”, en *Actualidad Jurídica*, 22, (2010), pp. 263-305, *espec.* p. 293.

²⁵ BOY, Laurence, *op. cit.*, p. 20.

de normalización “la organización de investigaciones públicas sobre los proyectos de norma elaborados por las oficinas de normalización”. El instituye también un comité de control que debe verificar, entre otras funciones “la correcta asociación de todas las partes interesadas en los trabajos de las oficinas de normalización, especialmente las asociaciones de consumidores, los sindicatos representativos de los trabajadores y de las pequeñas y medianas empresas”.

Los derechos a la información, a la transparencia, a la participación en la vida de la empresa en beneficio de los accionistas de una empresa son también una manifestación de la *procedimentalización*, esta vez en materia de Derecho comercial²⁶.

La *procedimentalización* del derecho constituye a nuestro parecer el nudo de la metodología regulatoria contemporánea, acompañada de otros principios que vienen a reforzarla.

III. LOS PRINCIPIOS DE GESTIÓN DE LA REGULACIÓN

Al momento de crear un regulador, de dictar una normativa, de poner en obra una política pública, el legislador y el regulador deben tener presente ciertos principios que hemos desprendido de los análisis realizados por la doctrina francesa, pero que se encuentran también en la teoría de la regulación anglosajona. Los principios a los que nos referimos son la eficacia, la imparcialidad y la transparencia de la actividad reguladora.

Un autor americano ha propuesto como principios de la regulación: el mandato legal o principio de reserva de la ley, procedimientos justos y participativos, *accountability* (control, pesos y contrapesos), *expertise* (conocimiento técnico) eficacia y eficiencia²⁷. Estos principios son considerados en este trabajo traduciéndolos a la cultura jurídica continental.

1. La eficacia antes que todo

En materia de regulación se valoran las soluciones, la resolución de los casos, el cierre de los expedientes, los acuerdos aún cuando son negociados, la palabra clave es así la eficacia²⁸.

Para obtener la eficacia se recurre a diferentes medios: la profesionalización, el control y la evaluación de las políticas regulatorias, la *soft law* y la negociación.

²⁶ BENNINI, Aída, *prec.*, p. 503.

²⁷ GARCÍA GARCÍA, José Francisco “¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio?”, en *Actualidad Jurídica*, 19, (2009), pp. 327-372, *espec.* p. 340 citando a BALDWIN, Robert, *Rules and government*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 360.

²⁸ El método requerido para regular debe estar guiado antes que todo por la búsqueda de la eficacia, lo que vendría a ser el corolario de la instrumentalización del derecho. Cf. FRISON-ROCHE, Marie-Anne, “Le droit de la régulation”, *Dalloz*, 37, (2001), p. 613. Disponible en: <http://www.mafr.fr/spip.php?article12>. [Consulta: 5 febrero 2011].

a) Primer mecanismo: la profesionalización

El mundo occidental valora fuertemente la performance técnica de las máquinas y la competencia de los hombres que tienen a su cargo la concepción y manejo de éstas. Se habla así del fortalecimiento y valoración del conocimiento técnico y la consagración de la “sociedad de los expertos”²⁹.

Esta valorización de lo *experto*, de lo técnico, se aplica también en materia de elaboración y puesta en obra del Derecho que debe regir los temas especializados y técnicos. En materia de sectores regulados este razonamiento exige que el marco legal del sector sea realizado por los operadores del mismo (autorregulación) o al menos por personas que poseen los conocimientos técnicos necesarios para comprender el funcionamiento del sistema (los reguladores).

Es precisamente la profesionalización como principio la que explica tanto la composición de los reguladores, principalmente conformados, cuando son órganos colegiados, por profesionales del sector, así como los poderes que estos detentan en virtud de la ley: elaboración de normas, vigilancia y control del sector y un poder de sanción. Es por estos que no coincidimos con aquellos que rechazan el otorgamiento de un poder normativo a los reguladores³⁰, con tal que se respeten los otros principios que aquí exponemos. En efecto, estos dos elementos responden a la necesidad de contar con órganos que sean capaces que asegurar una competencia en temas de alto contenido técnico, y que puedan al mismo tiempo cumplir de forma independiente “una función de regulación y de arbitraje que no conviene a un órgano de gobierno”³¹ (en su sentido clásico).

La profesionalización explica también la privatización que ha operado en la producción de las normas técnicas, cuando éstas son elaboradas por los organismos profesionales, las normas contables por ejemplo, las normas financieras elaboradas por las bolsas de valores, los códigos de ética profesional y empresarial, etc.

La profesionalización explica también la eficacia de la *soft law*, esto cuando ella es elaborada por entidades con conocimiento técnico, lo que es una fuente de legitimidad desde el punto de vista de los operadores, ya que estos, se supone que aceptan más fácilmente este tipo de normatividad lo que contribuye a su eficiencia.

La intervención de los profesionales es también una fuente de eficacia ya que ella facilita la adaptación de la legislación a las necesidades futuras gracias a la proximidad de los profesionales frente a los problemas existentes en el medio regulado. Así, por ejemplo, un regulador de los mercados financieros conformado por profesionales del

²⁹ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, “Le cadre juridique de la mondialisation des marchés financiers. Réflexions générales”, en *Banque et droit*, 41, (1995), p. 46 y ss., *espec.* p. 49.

³⁰ En este sentido V. ARANCIBIA MATTAR, Jaime, “Comisión de Valores y Seguros”, en *Revista Capital*, 237, (2008). Disponible en: <http://www.capital.cl/capital-legal/comisi-n-de-valores-y-seguros.html>. [Consulta: 1 octubre 2008].

³¹ MAJONE, Giandomenico, *op. cit.*, p. 35 y ss.

sector, debería ser capaz de adelantar posibles fraudes, eventuales crisis, prever riesgos. En efecto, los instrumentos propios a la regulación se caracterizan por tener la capacidad de adaptarse fácilmente conforme a las necesidades del sector y considerando los resultados producidos por la legislación precedente. Para realizar esta adaptación, un control y evaluación de las políticas regulatorias se impone.

b) Segundo mecanismo: el control y la evaluación de las políticas de la regulación

En los términos del artículo 15 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789, “Toda comunidad tiene derecho a pedir a todos sus agentes cuentas de su conducta”. Este principio recibe aplicación cada vez que se someten las políticas reguladoras a un control y evaluación.

Existen diferentes métodos para evaluar un sector económico regulado. Los principales son tres³²: un primer sistema de evaluación agrupa los índices técnicos de productividad y los indicadores del mercado, se habla aquí del análisis de la eficacia económica de la actividad. Un segundo sistema agrupa categorías más amplias destinadas a apreciar la adecuación entre lo que el servicio produce y lo que los consumidores y la colectividad esperan de él. Un último sistema se concentra en la evaluación de la regulación misma ¿el costo de la regulación está proporcionado a las ventajas globales que la colectividad obtiene de ella?

Giandomenico Majone, también distingue tres categorías de evaluación que pueden resumirse así³³:

- i) La evaluación por los resultados, que privilegia las consecuencias de una actividad determinada, sus resultados y que solamente puede utilizarse cuando los objetivos están claramente identificados y son medibles. Como es difícil de encontrar estas dos condiciones ya que las políticas reguladoras son esencialmente complejas, otros métodos de evaluación son necesarios³⁴.

³² Cf. “Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations. Rapport du groupe présidé par Jean Bergougnoux”, *La documentation française*, 2000, 347 p., *espec.* p. 238 y ss. Disponible en: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/004000666/index.shtml>. [Consulta: 23 mayo 2011]

³³ MAJONE, Giandomenico, *op. cit.*, p. 141 y ss.

³⁴ Estas dificultades en materia de regulación de telecomunicaciones están muy bien explicadas por Jean-Marie Hubert “La principale difficulté de l'évaluation tient d'avantage à l'expression, et peut être à l'inévitable imprécision des objectifs ou des finalités qui sont fixés par la loi. Ainsi la loi du 26 juillet 1996 relative aux télécommunications fixe à la régulation sept objectifs. Y apparaissent les mots de concurrence, consommateur, service universel, emploi, équipement du territoire, etc. Mais ces notions qui visent des objectifs forts, s'expriment toutes dans des termes essentiellement qualitatifs : promouvoir la concurrence au bénéfice du consommateur. Ni la loi, ni le régulateur ne peuvent offrir une réponse chiffrée à cet objectif qui recouvre simplement la conception d'un marché qui doit offrir un choix réel aux consommateurs. De même, la priorité accordée à l'investissement, majeure dans une politique de développement d'un marché et de l'économie industrielle associée, est une notion porteuse d'ambiguïtés que l'on retrouve dans les débats, notamment lorsqu'est évoquée la question de savoir s'il faut susciter la concurrence par les services ou par les infrastructures. Certaines orientations ont été prises, mais ce débat reste cependant ouvert et ne trouve pas de réponse dans la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications”. HUBERT, Jean-Marie, “Le bon usage des résultats de l'évaluation”, en FRISON-ROCHE, Marie-Anne (directora), *Les régulations*

- ii) La evaluación por los consumos intermedios que se concentra en la cantidad y calidad de los recursos, en términos de competencia y en las personas comprometidas en una determinada actividad. Esta metodología es preciosa cuando este tipo de datos son la única información que posee el evaluador, especialmente cuando los resultados no se han producido aún y se trata de anticipar.
- iii) La evaluación por el procedimiento la cual se interesa en los métodos utilizados para transformar los recursos políticos, económicos, etc. en determinados resultados/productos. Esta metodología es valiosa ya que ella permite determinar cual es el camino a seguir a fin de obtener un determinado objetivo, teniendo presente que las otras técnicas de evaluación pueden principalmente decirnos si un resultado se obtuvo o no, pero ellas no son capaces de decirnos cual es la dirección a tomar cuando la política anterior ha fracasado.

En la práctica, los tres métodos de evaluación se utilizan al mismo tiempo.

Hay distintas manifestaciones del control y evaluación de las políticas de regulación y de las normas: los estudios de impacto cuando su objeto es la regla jurídica es un ejemplo³⁵.

Los sistemas de control puestos en obra por el parlamento inglés, citados *supra*, constituyen aquí también un ejemplo. En Francia, una consagración reciente del control y de la evaluación de las políticas públicas se encuentra en el nuevo artículo 40 de su Constitución, modificado por el artículo 23 de la Ley Constitucional n°724 de 23 de julio de 2008. En los términos del nuevo artículo 24 de la Constitución “Una de cada cuatro semanas de sesiones está reservada en prioridad y en el orden fijado por cada asamblea al control de la acción del gobierno y a la evaluación de las políticas públicas. Un día por mes está reservado a una orden del día establecido por cada asamblea a la iniciativa de los grupos de oposición de la asamblea interesada así como a la de los grupos minoritarios. Una sesión por semana al menos incluso durante las sesiones extraordinarias previstas en el artículo 29, está reservada en prioridad a las preguntas de los miembros del parlamento y a las respuestas del gobierno”.

El artículo 26 de la Ley Constitucional citada ha creado el artículo 51-2 de la Constitución conforme al cual “Para el ejercicio de las misiones de control y de evaluación definidas en el primer inciso del artículo 24, comisiones de investigación puede crearse en el seno de cada asamblea para recoger, en las condiciones previstas por la ley, elementos de información. La ley determina las reglas de organización y de funcionamiento. Las condiciones de creación son fijadas por los reglamentos de cada asamblea”.

El control y la evaluación de la legislación buscan determinar su adaptación a los

économiques: légitimité et efficacité, collection Droit et Economie de la Régulation, Paris, Dalloz-Science-Po, 2004, pp. 106-109, *espec.* p. 107.

³⁵ En Europa, el libro verde sobre la política de los servicios financieros (2005-2010) ha estado sometido a este tipo de estudios.

finés perseguidos por ella, en general se les analiza a la luz de la eficiencia económica: ¿son competitivas? ¿Permiten la distribución óptima de las riquezas?³⁶. Citemos a modo de ejemplo el libro blanco de las Comisión Europea sobre la política de servicios financieros (2005-2010), el cual al momento de hacer referencia a los análisis de impacto afirma: “Toda nueva propuesta de la Comisión irá acompañada de una evaluación de impacto, en la que se examinará cada cuestión y se determinará la opción más conveniente. Se centrará en los costes y beneficios económicos, sociales y medioambientales en sentido amplio y, en su caso, en el impacto en la estabilidad financiera, el correcto funcionamiento de los mercados y la protección de los consumidores”³⁷. La preeminencia de consideraciones de eficacia económica salta a la vista.

Los resultados de las políticas de control y de evaluación pueden conducir a cambiar no sólo el contenido de la normativa, sino también su carácter, así por ejemplo una norma que es parte del *hard law* puede ser reemplazado por ejemplo por una normativa de *soft law* y *vice-versa*.

El control y la evaluación contribuyen a la eficacia ya que ellos facilitan la adaptación del Derecho duro y también porque ellos entregan información constante proveniente del sector que los poderes públicos intentan controlar. Dispositivos de corrección son así puestos en obra tomando en cuenta los resultados obtenidos de la regulación precedente. Es esta la función de los que se denomina en Francia *Droit récurisif y réflexif*.

c) Tercer mecanismo: el derecho blando

La regulación contemporánea se caracteriza por ejercer su misión de regulación a través de instrumentos de *soft law*. Es lo que se denomina también derecho incitador³⁸.

El recurso a la concertación, la persuasión y la pedagogía, puestos en obra a través de las comunicaciones, comunicados de prensa, encuestas de opinión, comisiones, etc., son privilegiados y ellos también encuentran su explicación en la búsqueda de eficacia. Más que compeler es necesario convencer, más que reprimir es necesario disuadir, señala el Derecho blando.

Los instrumentos del Derecho blando tienen un rasgo común, en efecto, según aquellos que los defienden, se trata de instrumentos que son respetados por los destinatarios aún cuando en un sentido estricto no son obligatorios. Ellos son eficaces.

La doctrina suele preguntarse ¿por qué estas normas son respetadas si carecen de fuerza obligatoria jurídicamente hablando? En principio pareciera que los operadores

³⁶ POULLE, Jean-Baptiste, “La régulation par l’information en droit des marchés financiers”, en *Les Petites Affiches*, 5, (2009), pp. 6-15, *espec.* p. 8.

³⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco de las Comisión europea sobre la política de servicios financieros (2005-2010)*. Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/white_paper/white_paper_es.pdf. p. 6 [Consulta: 23 mayo 2011].

³⁸ CHEVALIER, Jacques, “La régulation juridique en question”, en *Droit et société*, 49, (2001), pp. 827-846, *espec.* p. 832.

económicos dudando del carácter obligatorio de estos actos³⁹, tienen la tendencia a considerarlos obligatorios jurídicamente. Para algunos autores este respeto deriva de la forma de elaboración que caracteriza estos instrumentos. Como la mayor parte de las veces ellos emanan de autoridades que poseen un conocimiento técnico, independientes, neutrales y despolitizadas (los reguladores, los organismos corporativos) se trata de “normas” que son más fácilmente aceptadas por los operadores.

La normatividad privada es también privilegiada por la posibilidad de adaptarla rápidamente. Cambiar un código de ética debería ser más fácil que modificar una ley. Esta ventaja es también aplicable a los nuevos procedimientos de resolución de conflictos, ya sea por el rol creciente de los reguladores, a través de su poder de transacción, por ejemplo, o bien por los diversos procedimientos destinados a evitar la intervención de los tribunales estatales, como la mediación. Ellos son un modo de intervención flexible y más adaptado a las necesidades económicas de rapidez especialmente y de eficacia en general.

Al *soft law* como fuente de eficacia de las reglas es necesario agregar la negociación.

d) Cuarto mecanismo: la negociación

El Derecho que es resultado de una negociación llevada a cabo con los destinatarios de las reglas (por ejemplo, los operadores de un sector económico) y eventualmente con aquellos que se verán más ampliamente afectados con la normativa (por ejemplo, los consumidores) configura lo que se denomina derecho reflexivo⁴⁰. El paradigma histórico del derecho negociado es el Derecho del trabajo o Derecho laboral⁴¹.

El derecho reflexivo sería la consecuencia de la dificultad que enfrenta el Estado para “actuar, influir sobre sistemas autónomos recalcitrantes a las órdenes estatales”⁴². Los operadores económicos en efecto, como consecuencia de la mundialización y de los poderes de facto que ellos detienen, poseen los mecanismos que les permiten escapar a las reglas estatales, gracias al llamado *forum shopping*; ellos han adquirido una cierta autonomía. Los operadores de los mercados financieros son el mejor ejemplo. Para afrontar sus resistencias, y también para tomar en cuenta las reivindicaciones muchas veces contradictorias formuladas por grupos que representan intereses diversos, la negociación se impone al Estado.

La negociación en el proceso de elaboración de las normas es una fuente de eficacia porque ella entrega a aquel que elabora la regla, la informaciones necesarias para ela-

³⁹ COLLET, Martin, *Le contrôle juridictionnel des actes des AAI*, Paris, LGDJ, 2003, p. 185, citado por HAQUET, Arnaud, “Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité”, en *Revue du Droit Public*, 2, (2008), p. 393-419, *espec.* p. 396.

⁴⁰ CHEVALIER, Jacques, *op. cit.*, p. 832.

⁴¹ A través del ejemplo de las convenciones colectivas. BOY, Laurence, *op. cit.*, p. 21.

⁴² MORAND, Charles-Albert, “Régulation, complexité et pluralisme juridiques”, en AMSELEK Paul (coordinador) *Mélanges Paul Amssek*, Paris, Bruylant, 2005, pp. 614- 630, *espec.*, p. 618.

borar una mejor regulación⁴³. A través de los actores involucrados el regulador puede tomar conocimiento de los problemas que afectan al medio regulado.

Por otra parte, cuando la normativa es el resultado de una negociación con los actores, estos últimos la interiorizan, la asumen como un compromiso más legítimo, por el hecho de ser negociado.

La participación permite también la inteligibilidad de la regla, y en consecuencia, la eficacia, cuestión que es muy importante frente al aumento incesante y a la complejidad de la legislación.

De esta forma cuando una regla jurídica, aún coercitiva, es el resultado de una negociación, ella deja el espacio de la reglamentación para escurrirse hacia una suerte de autorregulación⁴⁴ o de co-regulación, con todos sus beneficios.

La consideración de la opinión de los operadores llega a encontrar una consagración legal, sobre todo en los países del *common law*, así en Inglaterra la FSA, el regulador de los mercados financieros “*must make and maintain effective arrangements for consulting practitioners and consumers on the extent to which its general policies and practices are consistent with its general duties under section 2*”⁴⁵.

En Colombia, el Defensor del cliente en materia financiera es un ejemplo de una figura jurídica adoptada como consecuencia de negociaciones emprendidas entre el poder legislativo y los operadores. Este organismo es expresamente reconocido por el regulador colombiano (en una circular) como el producto de un acuerdo adoptado, en 1995, por el Consejo de Administración de las Asociación Bancaria (organismo privado) y las autoridades colombianas. Ella dio origen a una primera ley adoptada en 1998, modificada en 1999, luego en 2001 para consagrar el año 2003 la figura que los operadores deseaban⁴⁶.

A la eficacia como principio de gestión de los reguladores y de la regulación en general, hay que agregar la imparcialidad del regulador y de las políticas reguladoras.

2. La imparcialidad al rango de valor

Una de las razones por la cual se ha defendido la instauración de los reguladores es precisamente la necesidad de liberar la administración pública de la política partisana y de la influencia de los partidos políticos⁴⁷. Aún más, en ciertos sectores regulados el Estado conserva el control de uno de los operadores en competencia “lo que le quita la

⁴³ A este respecto V.: VILLABLANCA CERDA, Lusitania, “Los pilares del derecho, contrato y responsabilidad, como instrumentos de regulación”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 14, (2010), pp. 45-58.

⁴⁴ CHEVALIER, Jacques, *op. cit.*, p. 845.

⁴⁵ Section 8 de la Financial Services and Markets Act de 2000.

⁴⁶ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, *Concepto* 2009093439-002 de 18 de febrero de 2010. Disponible en: <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/PrincipalesPublicaciones/boletinej/boletinej2409/defensor.html>. [Consulta: 23 mayo 2011]

⁴⁷ MAJONE, Giandomenico, *op. cit.*, p. 35 y ss.

imparcialidad necesaria para elaborar las reglas⁴⁸ y que obliga a instaurar un regulador encargado de emitir las reglas que va a regir el sector. Dicho de otra forma, no se desea sino la imparcialidad.

Este principio está muy ligado a la independencia de los reguladores, en efecto la imparcialidad es una condición esencial de la independencia, ella permite evitar que la autoridad se encuentre capturada por los intereses públicos⁴⁹.

Es por esto que la emergencia y el desarrollo de los reguladores es tan difícil de admitir por los políticos y por los juristas, ya que ella traduce el cuestionamiento de la capacidad de los poderes públicos, una “desconfianza institucional creciente”⁵⁰, la falta de confianza de parte de la población en su capacidad de hacer frente a las necesidades a las que deben responder las políticas públicas. En consecuencia, la legitimidad de los reguladores traduce la deslegitimación de las autoridades políticas clásicas democráticamente elegidas.

Sin embargo, la imparcialidad es un imperativo que se plantea también con respecto a los poderes privados económicos, la restricción que se hace respecto de los poderes políticos no sería sino una especificidad de ciertas legislaciones⁵¹. Es por esto que algunas legislaciones prohíben a los miembros de los organismos reguladores, desempeñar cargos en el sector privado aún después de haber finalizado sus funciones durante un periodo de tiempo.

Hay muchas manifestaciones de la necesidad de imparcialidad como principio de la actividad reguladora. Veamos algunos.

El hecho de sustraer a los reguladores del poder jerárquico es una primera garantía de imparcialidad, los reguladores ya no están obligados a seguir las políticas gubernamentales. Esta garantía se ve atenuada por el poder de nominación de los miembros del órgano regulador por parte del gobierno. El acuerdo entre una de las cámaras del poder ejecutivo y del presidente de la república es analizado como un mecanismo destinado a conciliar la política y la independencia⁵².

La composición de los reguladores también busca asegurar la imparcialidad, es por esto que tanto en los países anglosajones como en muchas legislaciones continentales se

⁴⁸ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, “Le nouvel art législatif requis par les systèmes de régulation économique”, en *Collection Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po-Dalloz, série “Droit et économie de la régulation”, 2004, *espec.* p. 157. Disponible en: http://mafr.fr/IMG/pdf/Le_nouvel_art_legislatif_requis_par_les_systemes_de_regulation_eco In *Regles et pouvoirs dans les sytemes de regulation.pdf*. [Consulta: 23 mayo 2011].

⁴⁹ V. “Services publics en réseau: perspectives de concurrence et nouvelles régulations. Rapport du groupe présidé par Jean Bergougnoux”, *op. cit.*, p. 71.

⁵⁰ DEPUSSAY, Laurent, “Hiérarchie des normes et hiérarchie des pouvoirs”, en *Revue Droit Public*, 2, (2007), pp. 421-441, *espec.* p. 421.

⁵¹ BOY, Laurence, “Réflexions sur ‘le droit de la régulation’ (à propos du texte de M.-A Frison-Roche)”, en *Dalloz*, 37, 2001, pp. 3031-3038, *espec.* p. 3035. En Chile, analizando este tema, un autor no menciona la independencia respecto de los poderes privados económicos, restringiendo el análisis a la independencia política. GARCÍA GARCÍA, José Francisco, “¿Inflación de...”, p. 349.

⁵² GARCÍA GARCÍA, José-Francisco, *op. cit.*, p. 352.

ha preferido “una organización burocrática y colectiva de la autoridad de regulación⁵³ a la figura de un regulador persona aislada”⁵⁴. En efecto, la elección de profesionalizar los reguladores conduce a una mayor eficacia, a que el regulador se encuentra más ligado al sector regulado. Sin embargo, ello plantea también la dificultad de que la autoridad permanezca o conserve una cierta distancia respecto de los intereses del medio regulado. Idealmente, el regulador debería ser designado por un periodo suficientemente prolongado, y que no pueda ser destituido sino en ciertas circunstancias bien calificadas y específicas⁵⁵.

Otra manifestación de este principio se encuentra en la obligación de motivación y en la de transparencia que se imponen respecto de todos los actos de la autoridad, actos reglamentarios, decisiones, con respecto de los actos que conforman el derecho blando que ella puede emitir, etc. Si la composición es una garantía de imparcialidad *a priori*, la motivación es una garantía *a posteriori*.

Para asegurar la imparcialidad de los reguladores se les somete a ciertas reglas de organización, de deontología, tales como la independencia respecto de los intereses económicos que ellos controlan. Las reglas de funcionamiento tienden a la misma finalidad, tales como las reglas de procedimiento parecidas a aquellas a las que están sometidos los jueces⁵⁶, por ejemplo la posibilidad de recusar a un miembro de la autoridad encargada de aplicar un procedimiento de sanción⁵⁷.

La separación entre la regulación y la ejecución de las políticas públicas es también un medio de asegurar la imparcialidad. Es gracias a este principio que los reguladores pueden asegurar una mayor continuidad y una mayor estabilidad que las oficinas ministeriales ya que su mandato no está subordinado a las elecciones populares⁵⁸. La imparcialidad permite también una mayor flexibilidad en la formulación de las políticas públicas y en su aplicación a situaciones particulares. Podemos constatar así la ligazón existente entre los distintos principios que regulan la actividad reguladora. La misma constatación aparece en la exposición del principio de la transparencia.

3. La transparencia como principio y método

Un tercer principio que gobierna las políticas públicas es la transparencia. Ella se impone en todos los sectores sometidos a la regulación a través de distintas normas especiales por ejemplo: la ley francesa n°89-531 del 2 de agosto de 1989 relativa a la seguridad y

⁵³ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, *Le nouvel...*, p. 157.

⁵⁴ El camino seguido por los países latinoamericanos es distinto, ellos privilegian en efecto, los órganos reguladores unipersonales, sin embargo, parece que se trata de una situación en evolución, así por ejemplo, las reformas que se estudian en materia de regulación de mercados financieros en Chile, prevén una autoridad colegiada, la CVS, México también posee un regulador colegiado de mercados financieros.

⁵⁵ GARCÍA GARCÍA, José Francisco, “*Inflación de...*”, p. 350.

⁵⁶ DENOIX DE SAINT MARC, Renaud, “*Régulateurs et juges, Introduction générale*”, en *Les régulations économiques légitimité et efficacité*, Volume 1, Dalloz, Paris, (2004), pp. 113-117, *espec.* p. 113.

⁵⁷ V. Artículo R621-39-1 y artículo R621-39-2 del Code monétaire et financier (Francia).

⁵⁸ MAJONE, Giandomenico, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

a la transparencia del mercado financiero. Este principio ha recibido una consagración general en este país a través de la creación de la comisión de acceso a los documentos administrativos (CADA), regulador creado por la ley del 17 de julio de 1978, con el fin de reforzar la transparencia de la acción administrativa.

La transparencia en tanto que mecanismo regulador se caracteriza por el hecho de ser un mecanismo *ex ante*, esencialmente preventivo. Como principio se caracteriza por imponerse respecto del regulador, y de los operadores del mercado regulado.

Respecto del regulador, este principio es una respuesta a la necesidad de legitimidad de la autoridad: si el regulador impone la transparencia a los regulados, ella también debe ser transparente. La transparencia se traduce formalmente en la obligación de la autoridad de hacer públicos todos sus actos. En el fondo, ella se traduce en la obligación de motivar o justificar los actos ejerciendo al mismo tiempo una misión de pedagogía y de inteligibilidad respecto de los administrados.

Esta obligación de transparencia liga a los reguladores con respecto al Estado, a los operadores de un sector y respecto del público en general, ella es constatable en la exigencia impuesta a los reguladores de publicar un informe anual de sus actividades dirigido al poder ejecutivo y al público. Par un autor francés la transparencia obliga a los reguladores de forma que los operadores pueden hacerla valer delante del juez denunciando su transgresión⁵⁹.

El derecho que denominaremos “silencioso”, ejercido a través de las comunicaciones y de las recomendaciones, las circulares, etc. es un instrumento que forma parte de las nuevas formas de regulación, y que permite oficializar la política de la autoridad, lo que constituiría también una garantía de transparencia⁶⁰.

En Estados Unidos el respeto de este principio se encuentra fuertemente vigilado por el poder legislativo⁶¹ el cual solicita informes periódicos a los reguladores, inicia investigaciones a través de las distintas comisiones del congreso concernientes a la acción de las agencias, así como llama a audiciones que permiten informar al congreso y conocer las justificaciones de las acciones llevadas a cabo por estas autoridades. Por otra parte, los procedimientos ante las agencias americanas se caracterizan por la existencia de audiencias sistemáticas, abiertas al público. En Inglaterra, por el contrario, los procedimientos no son públicos (no existe el *public hearings*), las decisiones no son realmente motivadas⁶².

Con respecto a los operadores la transparencia les obliga a rendir cuentas, a entregar informaciones contables, a entregar información respecto de los productos comerciali-

⁵⁹ CANIVET, Guy, “Propos généraux sur les régulateurs et les juges”, en *Les régulations économiques légitimité et efficacité*, Volume 1, Dalloz, Paris, (2004), pp. 184-193, *espec.* p. 193.

⁶⁰ BALLOT-LÉNA, Aurélie, “Les actes non décisifs de l’AMF. Quand le ‘droit mou’, s’endurcit”, 17 pp. *espec.* p. 10. Disponible en: <http://www.glose.org/CEDCACE1.pdf> [Consulta: 4 febrero 2011]

⁶¹ RAPPORT D’OFFICE PARLEMENTAIRE, Sénat, “Les autorités administratives indépendantes: évaluation d’un objet juridique non identifié”. Disponible para descarga en: <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-1.html>. [Consulta: 21 febrero 2011].

⁶² GARCIA GARCIA, José Francisco, “¿Inflación de...”, p. 354.

zados, de los salarios pagados a ciertos empleados, etc. Las obligaciones que pesan sobre los operadores de los mercados financieros son también a este respecto, un muy buen ejemplo. En este caso, la transparencia cumple la función fundamental de entregar la información que el regulador no posee y que son necesarias para lograr una mejor regulación.

Restringiéndonos exclusivamente a nuestro tema, la obligación de transparencia puede imponerse también respecto de los operadores privados cuando estos están encargados de administrar sistemas de autorregulación o de regulación privada participativa. En efecto, la coordinación entre el regulador y los regulados puede ser directa o indirecta y en este último caso la mediación puede pasar por el juez. El juez puede así solicitar a los reguladores privados la aplicación de garantías propias de los procesos de regulación públicos, como lo son los principios de transparencia y de imparcialidad⁶³. Hay también aquí una manifestación de la *procedimentalización* del Derecho.

La multiplicación de las obligaciones de información en todo tipo de materias es una consecuencia de la obligación de transparencia. Ella puede ser concebida (especialmente en los casos en que se impone respecto de los operadores privados) como pasando a llevar la lógica del sistema liberal y del Derecho que la gobierna. En efecto, en un mercado de bienes y de servicios el secreto de los negocios, la confidencialidad de las estrategias, el secreto del *know how*, permanece como la regla general recibiendo una protección jurídica. Sin embargo, hoy en día “los mecanismos de transparencia se superponen sobre los mecanismos clásicos del mercado”⁶⁴.

Sin embargo, la economía no acepta que se pase a llevar sus principios sin una justificación que sea también económica. Existen así varias justificaciones económicas para la imposición de la obligación de transparencia respecto de los operadores. Veamos algunos.

La transparencia puede tener por finalidad el hecho de incitar a los operadores privados a entrar en un sector en que se encuentra presenta un actor estatal aún poderoso. La electricidad, gas, telefonía son ejemplos de esa situación. En estos casos la exigencia de transparencia de cuentas, más exigente respecto del operador histórico, y que a veces no existe respecto de los operadores entrantes⁶⁵ tiene por objeto el otorgar a los privados garantías respecto a la ausencia de subvenciones estatales.

La necesidad de proteger el sector económico de los mercados financieros ha conducido a imponer la transparencia con respecto a los operadores, regla que éstos tienen

⁶³ CAFFAGI, Fabrizio, Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation: participation, autorégulation et régulation privée, en *La régulation, Nouveaux modes? nouveaux territoires? Revue française d'administration publique*, 109, (2004), pp. 23-36, *espec.* p. 24.

⁶⁴ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, “Le besoin conjoint d'une régulation analogue des relations sociales et des marchés globalisés”, pp. 1-16, *espec.* p. 10. Disponible en: http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=RIDE_161_0067. [Consulta: 3 febrero 2011].

⁶⁵ La obligación de transparencia y de separación contable pesa sobre France Telecom, no así sobre los operadores que son su competencia. FRISON-ROCHE, Marie-Anne, *Le droit...* p. 612. Disponible en: <http://www.mafri.fr/spip.php?article12>. [Consulta: 5 febrero 2011].

la tendencia a contornear por un efecto casi de su naturaleza, sin embargo, como ella constituye “la clave de la prosperidad de las plazas financieras (...) es necesario imponerla por la coacción a los operadores”⁶⁶. Un ejemplo se encuentra en el artículo 421-10 del código monetario y financiero francés conforme al cual: “En vista del reconocimiento del mercado reglamentado, la empresa de mercado establece las reglas del mismo. Estas reglas, *transparentes* y no discrecionales, aseguran una negociación equitativa y ordenada y fijan los criterios objetivos para obtener la ejecución eficaz de las órdenes”.

La búsqueda de transparencia es una preocupación constante en los sectores regulados, lo que explica porqué, en Francia, el informe Vienot de 1995 y 1999 y Bouton de 2002 que, encargados por el gobierno, han estudiado el tema de la transparencia y han propuesto medidas destinadas a mejorar este aspecto con el fin de evitar la pérdida de confianza por parte de los inversionistas. La finalidad económica es evidente.

Esto explica también que las leyes más recientes en materia de reglamentación financiera, emitidas tanto en Estados Unidos como en Europa, imponen más transparencia en la contabilidad de las empresas reintegrando a ella y a la cuenta de resultado un cierto número de elementos que antes se encontraban fuera⁶⁷. Del mismo modo en Colombia, en relación con la oportunidad y la suficiencia con la que se hace disponible la información de los sistemas de negociación y registro de valores, a los afiliados y al público, el artículo 4.2.2.1. de la Resolución 400 de 1995 establece para los administradores de sistemas de negociación la obligación de transparencia *pre* y *post* negociación, y en el artículo 4.3.2.1. de la Resolución 400 de 1995 se establece para los administradores de sistemas de registro la obligación de transparencia *post* negociación⁶⁸.

La transparencia se impone también al regulador, así por ejemplo, el Superintendente del sector financiero colombiano tiene entre sus funciones, la tarea de redactar un informe acerca del ejercicio de las funciones de la *Superintendencia* el cual debe ser entregado al Comité de Coordinación para el Seguimiento al Sistema Financiero para ser luego publicado. En Estados Unidos, las reuniones del consejo de la SEC son anunciadas en el *Federal Register* y en su sitio de Internet, ellas son abiertas al público salvo excepciones como en materia de investigaciones o en el seguimiento de éstas⁶⁹. Las actas de las reuniones son también accesibles al público por exigencia de la *Freedom of Information Act (FOIA)* de 1996, salvo si una excepción puede ser invocada por la SEC. La AMF, regulador francés de los mercados financieros, debe realizar un informe anual de su gestión, el cual es remitido al poder legislativo y ejecutivo. La FSA, regulador inglés de los mercados financieros y de seguros, debe dirigir un informe anual al ministro de

⁶⁶ DESCOINGS, Richard, “La nécessité d’une réflexion générale et croisée sur la régulation”, en *Les régulations économiques légitimité et efficacité*, 1, Dalloz, Paris, (2004), pp. 11-15, *espec.* p. 4-5.

⁶⁷ JACQUILLAT, Bertrand, “Europe – États unis: fonctionnement et régulation des marchés financiers”, pp. 1-5, *espec.* p. 1. Disponible en: <http://www.defi-univ.org/IMG/pdf/Jacquillat.pdf>. [Consulta: 15 diciembre 2007].

⁶⁸ ABELLA ABONDANO, Germán y QUIROGA BARRETO, Guillermo, “Sistemas de negociación y de registro de valores y de compensación y liquidación de los valores”, en *Revista de Derecho privado*, Universidad de Los Andes (Colombia), 39, (2008), pp. 1-56, *espec.* p. 19.

⁶⁹ En aplicación de la *Gouvernement in the Sunshine Act* de 1996.

finanzas, quien a su vez lo transmite al poder ejecutivo. Un comité formado por los miembros no ejecutivos del Consejo de la autoridad debe dirigir un informe sobre el ejercicio de las actividades de la FSA, poniendo acento en el respeto del principio de eficiencia en su gestión. El ministro de finanzas puede decidir el sometimiento de la FSA a auditorías de eficiencia (*value for money*) así como ordenar investigaciones en caso de presentarse serias fallas en los sistemas de regulación. En el mismo sentido, concordamos con la doctrina chilena, cuando critica “la escasa publicidad de las instrucciones y circulares”⁷⁰ comunicadas a la (s) empresa (s) reguladas, sin informar a las empresas competidoras o a los usuarios.

La necesidad de regular mejor un sector económico puede ser analizada como una fuente de esta obligación de transparencia, por ejemplo cuando se recurre a la información como instrumento de regulación. La transparencia es en este caso fundamental para obtener la información que es tan importante para el regulador

Finalmente es necesario destacar que la imposición de la transparencia es un ejemplo del hecho de que las nuevas formas de regulación no significan siempre una renuncia a la coacción, en efecto es por la orden exterior de la ley que la obligación de transparencia ha podido ser impuesta.

IV. PALABRAS FINALES

La regulación y las discusiones en torno a la mejor manera de regular un sector económico, están de moda entre los juristas. Ello no impide la existencia de dificultades en la toma de decisiones regulatorias: ¿cuándo debe concederse un poder de sanción a los organismos regulatorios? ¿Cuándo debe concederse un poder normativo? ¿Quiénes deben integrar el organismo regulatorio? ¿Cómo se debe controlar al organismo regulatorio? ¿Reglamentación o autorregulación? Las dudas que se plantean son numerosas y no existe una respuesta que sea válida para todos los sectores económicos. Sin embargo, nos parece claro que el paso esencial para encontrar las respuestas correctas, consiste en dejar la toma de decisiones en manos de organismos *independientes e imparciales*, conformados por *profesionales*, que se encuentren obligados a considerar, en la toma de decisiones, la opinión de los distintos interesados. Estos organismos y sus políticas deben estar sometidos a *controles y evaluaciones* permanentes que analicen la eficacia de su accionar, el que debe ser conocido de todos. Para estos efectos, el rol del poder legislativo consiste en diseñar los procedimientos que aseguren el respecto de cada una de estas condiciones, cuyo control puede quedar en manos del poder judicial.

[Recibido el 25 de febrero de 2011 y aprobado el 6 de junio de 2011]

⁷⁰ GARCÍA GARCÍA, José Francisco, “*¿Inflación de...*”, espec. p. 343 citando a CAMACHO, (2005) pp. 340-342.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA ABONDANO, Germán y QUIROGA BARRETO, Guillermo, “Sistemas de negociación y de registro de valores y de compensación y liquidación de la valores”, en *Revista de Derecho privado*, Universidad de Los Andes (Colombia), 39, (2008).
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime, “Comisión de Valores y Seguros”, en *Revista Capital*, 237, (2008), Disponible en: <http://www.capital.cl/capital-legal/comisi-n-de-valores-y-seguros.html>. [Consulta: 1 octubre 2008].
- BALLOT-LÉNA, Aurélie, “Les actes non décisifs de l’AMF. Quand le ‘droit mou’, s’endurcit”. Disponible en: <http://www.glose.org/CEDCACE1.pdf>. [Consulta: 4 febrero 2011].
- BENNINI, Aïda “La procéduralisation du droit des sociétés”, en *Revue Trimestrielle Droit Commercial*, 3, (2010).
- BERGOUIGNOUX, Jean (Coordinador), “Services publics en réseau: perspectives de concurrence et nouvelles régulations. Rapport du groupe présidé par Jean Bergouignoux”, *La documentation française*, 2000. Disponible en: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/004000666/index.shtml>, [Consulta: 23 mayo 2011]
- BOY, Laurence, *Normes*. Disponible en: <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/boy1.pdf>. [Consulta: 23 mayo 2011].
- _____. Réflexions sur ‘le droit de la régulation’ (à propos du texte de M.-A Frison-Roche)”, *Dalloz*, 37, (2001).
- CAFFAGI, Fabrizio, “Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation: participation, autorégulation et régulation privée” en *La régulation, Nouveaux modes? nouveaux territoires?* en *Revue française d’administration publique*, 109, (2004).
- CANIVET, Guy, “Propos généraux sur les régulateurs et les juges”, in *Les régulations économiques légitimité et efficacité*, Volume 1, Dalloz, Paris, (2004).
- CHEVALIER, Jacques, “La régulation juridique en question”, en *Droit et société*, 49, (2001).
- COMISSION EUROPEA, *Libro blanco de las Comisión europea sobre la política de servicios financieros (2005-2010)*. Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/white_paper/white_paper_es.pdf. [Consulta: 23 mayo 2011].
- DE KERDREL, Yves, “Nécessité et contraintes d’un nouveau Bretton Woods”, *Le Figaro*, 21 de octubre, (2008). Disponible en: <http://www.lefigaro.fr/debats/2008/10/20/01005-20081020ARTFIG00630-necessite-et-contraintes-d-un-nouveau-bretton-woods.php>. [Consulta: 21 febrero 2011].
- DENOIX DE SAINT MARC, Renaud, “Régulateurs et juges, Introduction générale”, in *Les régulations économiques légitimité et efficacité*, Volume 1, Dalloz, Paris, 2004.
- DEPUSSAY, Laurent, “Hiérarchie des normes et hiérarchie des pouvoirs”, en *Revue Droit Public*, 2, (2007).
- DESCOINGS, Richard, “La nécessité d’une réflexion générale et croisée sur la régula-

- tion”, en *Les régulations économiques légitimité et efficacité*, Volume 1, Dalloz, Paris, 2004.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, “Le droit de la régulation”, *Dalloz*, 37, (2001). Disponible en: <http://www.mafr.fr/spip.php?article12>. [Consulta: 5 febrero 2011].
- _____. “Le cadre juridique de la mondialisation des marchés financiers, Réflexions générales”, *Banque et droit*, mai-juin, (1995).
- _____. “Le nouvel art législatif requis par les systèmes de régulation économique”, *Collection Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po-Dalloz, série “Droit et économie de la régulation”, 2004. Disponible en: [http://mafr.fr/IMG/pdf/Le nouvel art législatif requis par les systemes de regulation eco-](http://mafr.fr/IMG/pdf/Le_nouvel_art_lgislatif_requis_par_les_systemes_de_regulation_eco-) In *Regles et pouvoirs dans les sytemes de regulation.pdf*. [Consulta: 23 mayo 2011].
- _____. “Le besoin conjoint d’une régulation analogue des relations sociales et des marchés globalisés”. Disponible en: http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=RIDE_161_0067. [Consulta: 3 febrero 2011].
- GARCÍA, José-Francisco, “¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio”, *Actualidad Jurídica*, 19-I, (2009).
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco, VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, “De las Superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio”, *Actualidad Jurídica*, 22, (2010).
- HAQUET, Arnaud, “Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité”. *Revue du Droit Public*, 2, (2008).
- HUBERT, Jean-Marie, “Le bon usage des résultats de l’évaluation”, en FRISON-ROCHE, Marie-Anne (directora), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, collection Droit et Economie de la Régulation, Paris, Dalloz-Science-Po, 2004.
- JACQUILLAT, Bertrand, “Europe – États unis : fonctionnement et régulation des marchés financiers”. Disponible en: <http://www.defi-univ.org/IMG/pdf/Jacquillat.pdf>. [Consulta: 15 diciembre 2007].
- LASCOUMES, Pierre, “Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques”, *L’année sociologique*, 1990.
- LECLERCQ, Claude, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 10ª edición, Paris, Litec, 1999.
- MAJONE, Giandomenico, *La communauté européenne, un Etat régulateur*, Paris, Montchrestien, colección Clef-Politique, 2000.
- RAPPORT D’OFFICE PARLEMENTAIRE, “Les autorités administratives indépendantes : évaluation d’un objet juridique non identifié”. Disponible para descarga en: <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-1.html>. [Consulta: 21 febrero 2011].
- SALVADOR MARTÍNEZ, María, *Autoridades independientes*, Barcelona, Editorial Ariel Derecho, 2002.
- SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, *Concepto* 2009093439-002 de 18 de febrero de 2010. Disponible en: <http://www.superfinanciera.gov.co/>

[Normativa/PrincipalesPublicaciones/boletinej/boletin2409/defensor.html](#). [Consulta: 23 mayo 2011].

POULLE, Jean-Baptiste, “La régulation par l’information en droit des marchés financiers”, *Les Petites Affiches*, 5, (2009).

VILLABLANCA CERDA, Lusitania, “Derecho y regulación en Francia, Derecho de la regulación”, *Actualidad jurídica*, 22, (2010).

_____. “Los pilares del derecho, contrato y responsabilidad, como instrumentos de regulación”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 14, (2010).

CIENCIAS PENALES
CRIMINAL SCIENCES

