

TÉCNICAS JURÍDICAS DE LA NEO-MODERNA REGULACIÓN ECONÓMICA. RECONFIGURACIÓN DOGMÁTICA¹

Alejandro Vergara Blanco²

RESUMEN: Ofrece el autor una perspectiva jurídica sobre la llamada “regulación”, mostrando el diseño matriz de los fundamentos con que los juristas suelen fundar sus ideas en el campo del derecho administrativo, exponiendo en especial la relevancia de los derechos públicos subjetivos. Realiza, además, un breve esquema de las técnicas jurídicas que a juicio del autor han entrado en una notoria crisis conceptual, y que abrirán paso a un derecho administrativo neo-moderno, apropiado a la nueva escena de la que llama neo-moderna regulación de la acción económica.

Los juristas, en el necesario diálogo con economistas, ingenieros, políticos y demás interesados en la marcha de la sociedad, en tiempos de cambios (como son, con mayor o menor profundidad, todos los tiempos), nos vemos enfrentados constantemente a reconstruir, a reconfigurar, a acomodar nuestros dogmas, nuestras verdades, nuestros conceptos, nuestros modelos de solución de problemas.

Hoy el tema es la neo-moderna regulación económica. La llamo así, neo-moderna, pues si bien forma parte de ese fenómeno sociológico general que llamamos modernidad, que es de un espacio de tiempo más amplio, la actual regulación dice más bien relación con los cambios profundos de ese otro fenómeno sociológico que llamamos “Estado”, y que se ha producido desde hace un cuarto de siglo: el paso del que llamábamos “Estado del Bienestar” al que ahora llamamos “Estado subsidiario” o simplemente “Liberal”, como opuesto a un estatismo más intenso.

Para ofrecer una perspectiva jurídica, cabe analizar brevemente:

– en primer lugar lo que sea la llamada “regulación”;

– en seguida, siquiera mostrar el diseño matriz de los fundamentos con que los juristas solemos fundar nuestras ideas; y, en fin,

– un breve esquema de las técnicas jurídicas que indudablemente han entrado en una notoria crisis conceptual; dicho sea de paso las crisis por lo demás son normales en las ciencias, y lo más probablemente abrirán paso a un derecho neo-moderno, apropiado a la nueva escena de la que sólo podemos llamar igualmente neo-moderna regulación de la acción económica.

I. EN PRIMER LUGAR: ¿QUÉ ES LA REGULACIÓN? ¿CÓMO NACE UNA NUEVA REGULACIÓN? ¿CÓMO EVOLUCIONA UNA REGULACIÓN A UNA NEO-REGULACIÓN? ¿CÓMO SE CONECTA CON NUESTRA REALIDAD DE “JUDICIALIZACIÓN” DE LOS PROBLEMAS DE LAS REGULACIONES?

En otras palabras, cabe analizar el modo como se conecta nuestro rol de juristas con esta realidad denominada regulación.

1 Conferencia inaugural del Primer Congreso Iberoamericano de Regulación Económica, celebrado en Santiago los días 14, 15 y 16 de noviembre de 2005. De ahí la ausencia de aparato bibliográfico.

2 Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile.

1. *¿Qué es una regulación?* Es una respuesta, antes que nada una respuesta a los problemas creados por el juego espontáneo de los mercados en materia de producción de bienes o de prestación de servicios, teniendo cada mercado unas especificidades propias, de lo que se derivan usualmente regulaciones particulares. Los problemas de los mercados, que llamamos “fallos del mercado”, son asimismo variados:

- puede ser un defecto de competencia (posiciones dominantes, monopolios, acuerdos);
- o un exceso de competencia (competencia destructiva, defectos de calidad);
- o de externalidades negativas.

Esta respuesta puede darse entre dos extremos:

- la puesta entre paréntesis del mercado (el llamado “Estado”, más bien la autoridad administrativa, ejecutiva, toma a su cargo la producción de bienes o la prestación de servicios, según reglas que no tienen mucho que ver con el mercado); y
- el libre juego del mercado.

La intensidad de la regulación se establece entre estos dos puntos: por un lado, la suspensión de la espontaneidad del mercado; y, por otro, el juego del mercado.

El punto donde se pone el cursor nunca corresponde a un equilibrio estable; el movimiento denominado de “desregulación”, ha consistido en desplazar el cursor hacia el libre juego del mercado. Pero este movimiento del cursor se efectúa bajo el efecto potencial de tres factores: el político, las ideas económicas y la innovación.

2. *¿Cómo nace una política de regulación? ¿Cómo evoluciona?* Son estos tres los efectos determinantes de la aparición o desaparición de una regulación.

a) *Las ideas políticas.* Los cambios en materia de regulación resultan siempre, de una manera directa o indirecta, de un cambio polí-

tico. Estos cambios políticos que pesan sobre los cambios de la regulación (creación de un órgano regulador, reforzamiento de sus potestades, ampliación o limitación de su campo de su campo de competencia, supresión, etc.) surgen a la vez de la naturaleza de los beneficios y costos implicados, pero también de su percepción por los actores políticos. De ahí la importancia de las ideas.

b) *Las ideas económicas.* La intervención reguladora sobre el juego de los mercados tropieza, o se apoya, sobre las ideas económicas. El análisis económico está construido como un análisis del juego de los mercados y, por lo demás, históricamente, contra el intervencionismo del Estado. El rol de las ideas es esencial. La regulación se inscribe en un campo de controversias entre economistas, y las evoluciones de la regulación reflejan los cambios de las ideas dominantes en los campos universitarios. En el caso de Chile, y de los economistas de los años 70, de esta universidad, es un ejemplo innegable.

Si conectamos con el punto precedente: los cambios en el curso de las ideas no producen cambios en el campo de la regulación sino sólo en la medida que ellos sean el soporte o el apoyo de cambios políticos.

c) *La innovación.* Los mercados evolucionan sin cesar bajo el efecto de la innovación, ya sea ella tecnológica u organizacional. Las fronteras de los mercados se desplazan, su fisonomía cambia. Estos cambios tienen un efecto sobre la regulación. Desde luego, la regulación debe adaptarse a la nueva configuración de cada mercado.

La manera en que se ejerce la regulación de un mercado es entonces un equilibrio, dinámico, sin cesar en redefiniciones, determinado por la situación política, las controversias en el campo del análisis económico y la innovación dentro de cada mercado. Es éste el dispositivo de regulación, y es la manera en que se refleja estos tres factores la que fija el punto de equilibrio en la práctica.

Y de ahí, surgen los modelos de regulación.

3. *Modelos de regulación. En realidad, la regulación jurídica.* Los modelos de regulación se suelen clasificar según las experiencias conocidas en distintas épocas y países. Los modelos conocidos son variados: por ejemplo, la regulación por golpes de proyector; por autodisciplina; transversal de mano ligera; sectorial independiente. Pero es evidentemente el modelo de regulación jurídica la que opera en nuestras sociedades.

Esta es una realidad incontestable: ni siquiera los movimientos de “desregulación”, paradójicamente, logran evitarla. Si bien ciertos tipos de regulación más intervencionista se han suprimido, hay otros que son intensificados. Eso ya lo veremos, al analizar las técnicas jurídicas puestas al servicio de la neo-regulación.

Esto trae como consecuencia el necesario dominio de esta materia por abogados y juristas. Y es inevitable la entrada en escena de los abogados y juristas ante la aparición incesante de las llamadas en otros ámbitos “agencias de regulación”, o entre nosotros “órganos reguladores”. Pues los poderes otorgados a dichos órganos reguladores son de tipo jurídico, y esto le da un estilo propio a nuestro neo-moderno modelo de regulación: y es el siguiente: los conflictos están institucionalizados. La búsqueda del respeto de las potestades (de la autoridad) y de los derechos (de cada uno) tiene formas evidentes de expresarse, de hacer conocer sus diferentes puntos de vista, de defender sus intereses y sus posiciones, todo lo cual es rigurosamente respetado.

¡Los problemas técnicos son mediatizados por el derecho! De ahí que nuestro modelo de regulación para algunos sea demasiado jurídico, y para muchos es de lamentar la derivación de este modelo: “el gobierno de los jueces”. Y, por cierto, el co-gobierno de juristas y abogados.

Seguramente por esa razón habemos tantos abogados en esta Sala.

II. ¿QUÉ PUEDE APORTAR EL DERECHO A ESTA ESCENA? FUNDAMENTOS

Esta realidad la enfrentamos los juristas con nuestro propio aparatage conceptual y metodológico, el que es traspasado a las propias leyes, muchas veces mediante cedazos no muy bien ceñidos. Pero debemos seguir dando respuestas y explicaciones. Y ello lo enfrentamos con nuestros fundamentos y nuestras técnicas, todo lo cual debe amoldarse al deseo permanente de búsqueda de justicia, certeza y seguridad jurídicas.

Comenzaremos por los fundamentos y seguiremos por las técnicas.

El fundamento más claro del llamado derecho “moderno” es el vasto movimiento de teorías y de ideas desarrolladas desde hace dos siglos, que se desenvuelve bajo un eje, que es el del subjetivismo jurídico.

Del reconocimiento, en beneficio de toda persona, de verdaderos derechos subjetivos garantizados por la ley y susceptibles de ser protegidos jurisdiccionalmente. Es la gran Escuela del liberalismo clásico, que irriga sobre el derecho y su lugar en nuestra sociedad.

Es necesario entonces partir de la noción de “derecho subjetivo”, como fermento y motor de la revolución jurídica que ha significado el advenimiento de “derechos” de la persona, emblema por excelencia del pensamiento occidental.

Y los juristas contemporáneos, no sólo contemplamos, sino reivindicamos del ideal de la subjetividad el reconocimiento a los llamados “administrados” (esto es, a los ciudadanos), de verdaderos derechos subjetivos de frente a la Administración, esto es, de frente a la autoridad administrativa; o, como se dice, de modo usual (lo que tendremos oportunidad de precisar más adelante), de frente al llamado “Estado”.

1. *La idea de “derecho subjetivo”.* Forma parte desde hace largo tiempo de nuestro horizonte científico y ha dado lugar a una literatura impresionante. Pero si uno la emplaza en su

contexto socio-histórico no puede sino constatar su influencia determinante en la formación de nuestra manera de pensar y de aplicar el derecho.

a) *Es necesario alzar la voz en defensa de las tesis subjetivistas.* La acepción de “derechos subjetivos” más clásica es la relativa a los derechos reconocidos a la persona humana, al individuo, que implica un poder de hacer del sujeto de derecho de frente a otros sujetos, dentro de un orden jurídico correspondiente a una sociedad políticamente organizada en un momento determinado de su historia y que se benefician (del hecho mismo que de esta organización política) de una protección apropiada.

Estos derechos pertenecen al hombre en tanto que hombre; son prerrogativas o facultades ligadas a la naturaleza humana; son los “derechos innatos” o “derechos naturales”. Su origen remonta a la Edad Media (y al nombre de Guillermo de Occam), y su configuración técnica es atribuida, al menos *pro parte*, a los teóricos de la Escuela del derecho natural y de gentes (Grocio, Suárez y otros). El tema aparece en seguida en la filosofía política inglesa (Hobbes, Locke), donde él prospera rápidamente, ligado a las reivindicaciones liberales.

La propiedad y la libertad personal han sido el centro de reflexión. Y ellos desarrollan una *vis expansiva* poco común. El derecho subjetivo no significa por tanto el capricho y la arbitrariedad en la medida en que él está encuadrado por las leyes y las instituciones, las cuales le dan un contenido fijo y ético.

En todo caso, es durante la Revolución Francesa (y de ahí a las revoluciones independentistas iberoamericanas, entre ellas la de Chile de 1810, consolidada en 1818), que el subjetivismo jurídico encontrará su expresión simbólica más espectacular. Basta leer la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y la Declaración de Independencia Nacional, para darse cuenta de la significación profunda que en tales declaraciones revolucionarias tiene la ideología de los derechos subje-

tivos, y de la conexión instituida entre la proclamación de tales derechos, en tanto que tales, y su garantía objetiva por la ley. Esta es la diferencia fundamental que separa el texto francés y el Nacional chileno de su homólogo de América del Norte.

En este contexto, la ley es en toda suerte la otra faceta de la libertad conferida al ser humano; ella contribuye a rendir efectivos esta libertad y los derechos subjetivos que ella vehicula.

Es bien conocido que las tesis de Rousseau han tenido una influencia determinante en esta construcción (teórica, pero innegablemente eficaz). Al votar la ley, el ciudadano-sujeto se obliga a sí mismo; y no cede en nada su libertad y su autonomía. La ley es la mejor, sino la única, protección contra la arbitrariedad: ella no podría ser opresiva sin socavar sus propios objetivos.

Al lado del reino de los hombres, este “reino de la ley” va a marcar su impronta en la filosofía política contemporánea occidental hasta nuestros días.

Incluso, uno podría encontrar en los textos revolucionarios los primeros rudimentos de lo que los juristas del siglo XIX llamaban “control de la constitucionalidad de las leyes”.

Estos postulados han devenidos mitos y ellos han recibido la virtud legitimante que ha conducido al “legicentrismo”, es decir a una idealización excesiva de la ley. Ella deviene el “punto central” del sistema, el “mecanismo milagroso” de la ley se transforma en productor de libertad, al mismo tiempo que fija los límites, genera los derechos, y previene el uso abusivo. La verdadera libertad es aquella de estar sometido únicamente a la ley.

De esta mistificación de la ley nació la idea misma de la codificación que, en realidad, es su coronamiento lógico.

b) *La refutación implícita pero necesaria de las tesis objetivistas.* Las críticas en relación a la noción de derecho subjetivo y del subjeti-

vismo jurídico han jalonado la evolución del pensamiento jurídico moderno. La “absolutización” del derecho subjetivo y la excesiva exaltación de sus defensores del individuo en detrimento de la colectividad, esto es, de los intereses particulares a expensas del interés general, han suscitado vivas reacciones doctrinales.

El desarrollo de la “personalidad jurídica”, con la creación de personas morales o jurídicas, de derecho privado y de derecho público, igualmente titulares de derechos subjetivos y habilitados a hacerlos prevalecer ante la justicia, ha contribuido desde fines del siglo XIX y principios del siglo XX, a alimentar la controversia.

En la empresa de contestación de los derechos subjetivos algunos nombres surgen de inmediato: León Duguit, Maurice Hauriou, Hans Kelsen. Últimamente, es Alf Ross que ha considerado al derecho subjetivo como “la [mera] consecuencia de una reglamentación jurídica”.

c) Los derechos subjetivos de los administrados. Pero a nosotros nos preocupa el sujeto, el ciudadano, de frente a la Administración, que la titular de poderes de regulación. Esto es, los derechos subjetivos de los administrados.

La teoría de los derechos subjetivos de los administrados, o derechos públicos subjetivos, se vincula bien con la teoría general de los derechos subjetivos, pero ella introduce una dimensión suplementaria, que amplía singularmente su campo de acción: los derechos en cuestión corresponden a obligaciones para las personas públicas o para la autoridad administrativa, en que el Estado (personalizado) es la expresión jurídica más simbólica.

Este tema de la personalidad jurídica del Estado estuvo en el corazón de las controversias doctrinales del fin del siglo XIX; fue sistematizado por Georg Jellinek, y dio lugar a una vasta *disputatio* teórica, pero que hoy pareciera pacífica. Pero es sólo la apariencia, pues mu-

chos aún toman en serio la supuesta personalidad jurídica del llamado Estado.

Esta figura del derecho subjetivo, imaginada en el contexto del derecho privado, es perfectamente traspasable al derecho público, en especial a favor de los administrados o ciudadanos. Es posible, perfectamente introducir una cierta subjetividad en el contencioso de la legalidad administrativa, lo que es plenamente concordante con la actual promoción constitucional e internacional de los derechos fundamentales, así como el progreso contemporáneo de la ideología liberal, han contribuido a reforzar la protección de los administrados o ciudadanos frente a la autoridad administrativa; o de frente al llamado “Estado”.

Y es innegable que esta ideología de los derechos subjetivos del administrado se ha introducido en el corazón de la reforma del derecho neo-moderno, que es el instrumental jurídico con el que enfrentamos la asimismo neo-moderna regulación.

Y la pregunta espontánea es la siguiente: ¿qué técnicas jurídicas podrán enfrentar esta nueva realidad? ¿Las mismas técnicas antiguas del llamado Estado del bienestar? ¿Cómo enfrentar esta nueva situación sin descuidar esta ideología permanente, de hace dos siglos, de los derechos subjetivos?

III. ENTONCES, LO QUE ESTÁ EN CAMINO DE PRODUCIRSE ES: LA RECONFIGURACIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO, DANDO LUGAR A UN NEO-MODERNO DERECHO ADMINISTRATIVO

Al respecto, es necesario referirse primero a dos supuestos teóricos evidentes y luego a las técnicas propias del moderno derecho de la regulación.

A/ Supuestos teóricos. Es necesario redefinir más claramente lo que entendemos por “Estado”, y en seguida, manteniendo una defensa natural del subjetivismo, evitar lo que podemos

llamar el hiper-subjetivismo, hijo del fanatismo antiestatista (estatismo que se diluye al desaparecer el mito de la personalidad jurídica).

a) *Entonces, es necesario redefinir jurídicamente el concepto de Estado.* La ambigüedad actual de varias tesis jurídica proviene del concepto jurídico (no sociológico) que tenemos de “Estado”, el que por una ficción de origen Hegeliano, retomada por Jellinek, Kelsen y casi todo el gremio de juristas del siglo XX, fue dotado de personalidad jurídica, y además dotado de verdaderos derechos patrimoniales, como un particular más; así, se lo consideraba del “titular” de los bienes no-privados, como las minas; o una especie de titular de los servicios públicos.

Pero, la expresión “Estado” en Derecho resulta polisémica: puede estar dirigida a significar al menos dos realidades: primero) el *compositum* sociológico estructural, el cuerpo político en su conjunto; y, segundo) el conjunto de los órganos de gobierno de un país soberano; más bien cada uno de los “órganos” a los cuales el soberano delega su poder.

Sin necesidad de detenernos aquí en una disquisición terminológica estricta, de la que se derivan consecuencias dogmáticas ineludibles, sólo cabe recordar que en el derecho de cada país u “orden interno” lo que existen son organizaciones políticas, que ejercen poderes específicos, a los que la CP se refiere como “*órganos del Estado*”: con poder de administrar (el Estado/Administración); poder de legislar o regular (el Estado /Legislador); poder de juzgar (el Estado/Jurisdicción).

Una doctrina demasiado asentada, aceptada acríticamente hasta ahora, postula la personalidad jurídica para el “Estado”, esto es, el cuerpo político en su conjunto; pero ello es muy ambigüo y no explica la realidad del derecho vigente, sino que aparece como una forma de evitar la titularidad del pueblo:

i) ya como poder soberano (pues es la comunidad la que se autorregula a través del Legislador) y,

ii) ya como autor del Derecho (el que se aplica a través del poder jurisdiccional, de lo que se deriva que los órganos jurisdiccionales, más que órganos “del Estado” son órganos “del Derecho”).

Si observamos atentamente el fenómeno, descubriremos que el “Estado” es un *compositum* estructural, con relevancia en las Relaciones Internacionales (donde cabría quizá personificarlo), pero ante el Derecho interno es esencialmente: o un Legislador (delegado del pueblo); o un Juez o la propia Administración. En donde sí que existe una persona jurídica es en la Administración, la cual se sujeta al Derecho. Así se construye el derecho público chileno.

El sustento patrimonial del ejercicio práctico de estos poderes, recae en una faz de la persona jurídica Administración: el fisco (el Estado/fisco), y tal persona jurídica, a pesar de su conexión con todos los órganos potestativos, actúa en tal esfera (la patrimonial) bajo el mismo régimen de base de un particular: su vínculo con el dinero y los bienes es idéntico al de un particular; lo cual no debe confundirse con la “finalidad” de su utilización; o de las “capacidades” para disponer de ellos; o de la “responsabilidad” de sus agentes, por tratarse de dinero o patrimonios de una persona jurídica (el fisco) manejados por otras personas [los funcionarios fiscales, llamados funcionarios “públicos”, pero más bien administrativos].

b) *Pero, del mismo modo que es necesario desarticular esa superestructura ficta que todos seguimos llamando Estado, también lo es: evitar el hipersubjetivismo.* De manera paradójica, bajo el sustento técnico de la (falsa) personalidad jurídica del “Estado”, se construyen a veces teorizaciones que exacerban la necesaria defensa de los derechos subjetivos, llevándola a extremos insostenibles, como las tesis que postulan la responsabilidad, a todo evento, por toda lesión a las personas, sea por actos lícitos o ilícitos de alguna autoridad administrativa, sin dejar

lugar a la evaluación del cumplimiento de estándares prefijados para cada servicio.

B/ En seguida, y teniendo presente la señalada revisión de conceptos señalada, es necesario observar las técnicas que presta el derecho a esta neo-moderna regulación.

1. *Es que el derecho debe ajustarse a un cambio de época: desde un "Estado interventor" a un "Estado regulador".* En Chile, a partir de la redefinición de la relación entre lo que llamamos Estado (esto es, la autoridad administrativa predominantemente) y los particulares en el área económica, a través de nuevos principios de Derecho Público que consagra la Constitución de 1980, la ciencia jurídica está enfrentada a la necesidad de reformular los conceptos jurídicos atinentes; en especial, aquellos que dicen relación con el acceso de los particulares a la prestación de los servicios públicos abiertos a la competencia y al aprovechamiento de algunos bienes públicos; tanto *ex ante*: esto es, la posibilidad de obtener derechos *ex novo*; como *ex post*: derecho a ejercer esos derechos así reconocidos o creados, en tales áreas.

a) *Bajo la concepción regaliana.* Se establecía que era función primigenia del Estado/Administrador prestar los servicios públicos y que ostentaba una verdadera titularidad patrimonial de los bienes públicos; y sólo secundaria y derivativamente se le permitía a los privados, ya sea a través de contratos administrativos, delegación, o concesión tales prestaciones o aprovechamientos.

En otras palabras, fenomenológicamente, la *publicatio* en ambos casos producía *ab origine* una titularidad estatal. Así, operaba, armoniosamente, al servicio de esa realidad, la técnica concesional, la que tradicionalmente, se entendía como instrumento de creación de derechos *ex novo* por la Administración del Estado en beneficio de un particular, dada la publicación previa de la actividad o el bien que se concede, con una prohibición general previa, eliminando la espontaneidad y la libre

iniciativa privada directa. El acceso de los particulares se entendía con un amplio margen discrecional para el Estado/Administración. Se entendía que el particular sólo tenía un derecho de petición, sin exigibilidad frente a la Administración, esto es: sin un derecho público subjetivo. En este sentido, imperaban las tesis objetivistas, entregadas a la voluntad de este Ente Estatal, a la vez autor del Derecho.

b) *A partir de la Constitución de 1980.* El Estado Administrador ya no tiene asignadas las potestades que históricamente constituyeron la base de dichas teorías objetivistas del servicio público y de los bienes públicos, y se ha traspasado la iniciativa de tales actividades a los particulares, bajo esquemas de supervigilancia de mayor o menor intensidad; se ha producido la transformación hacia el que llamamos "Estado regulador": es el neo moderno fenómeno de la regulación.

El principio de subsidiariedad reemplaza la antigua titularidad estatal de bienes y servicios, limita la actividad del Estado Administrador, y garantiza que la iniciativa económica corresponde esencial y originariamente a los privados.

Reconoce el derecho público subjetivo a dicha actividad económica, en general, como espontánea; y sólo se regula su ejercicio cuando hay peligro de afectar ciertos bienes jurídicos protegidos, y que deben ser "regulados", por lo que el instrumento jurídico denominado *publicatio* opera de un modo distinto: ya no como una pretendida apropiación estatal de servicios y bienes, sino como una "prohibición general con reserva de autorización" en estas materias económicas.

2. *Y, los antiguos instrumentos jurídicos, ¿sirven para la nueva realidad?* Dada esta nueva realidad, es posible plantear como hipótesis que las técnicas más usuales en estas materias, como lo son la concesión y la autorización, como técnicas del derecho administrativo, han sido crecientemente desnaturalizadas en este proceso de transición desde una concepción estatal

regaliana a una concepción donde predomina la espontaneidad y libre iniciativa de los particulares; pero la ciencia jurídica sigue operando con estos conceptos, formalmente idénticos, pero con un contenido que puede haber cambiado radicalmente.

Surge, entonces, la necesidad de observar la coherencia interna de un orden jurídico que cambia sus principios, pero que formalmente sigue utilizando las mismas técnicas jurídicas: concesiones.

Cabe plantearse como primera cuestión, y de carácter general, la explicación de la evolución, nuevo papel y actual aplicación práctica de las técnicas concesionales y autorizacionales, en materia económica; pues, como cabe presumir, al observar la actual función de estas dos técnicas jurídicas, descubriremos el rediseño a que han sido sometidos estos dos conceptos jurídicos, lo que produce consecuencias jurídicas en su aplicación práctica ante la nueva realidad.

Entre otros temas, cabe preguntarse por la:

3. *Caracterización y problemas actuales de los servicios públicos abiertos a la competencia.* Al caracterizar al neo moderno derecho administrativo, debemos conectarlo con la evolución, nuevo papel y actual aplicación práctica de las viejas técnicas, como es el caso que he traído como simple ejemplo a esta exposición: como la técnica concesional y la autorizacional.

a) ¿Cuán amplia es la operatividad que puede llegar a tener la técnica de la “prohibición general con reserva de autorización”, que alterará las bases de los procedimientos concesionales? ¿Qué ocurrirá con las demás técnicas que pudiesen haber operado tradicionalmente, como aquella del *ius ad rem*; de los derechos adquiridos; entre otras?

b) ¿En qué sitio queda reducida la antigua y amplia discrecionalidad administrativa (muchas veces disfrazada de discrecionalidad técnica, con pretensiones de inmunidad)? En esta

área, y ante la nueva realidad, dado que en los actuales procedimientos concesionales, podría haber quedado reducida a su mínima expresión.

c) ¿En qué quedan aquellas viejas cláusulas de caducidad, tanto para extinguir derechos en medio de los procedimientos administrativos como derechos ya creados por las concesiones, usuales en la antigua realidad concesional? En verdad, difícilmente podrán operar, o al menos con la antigua discrecionalidad, ante la nueva realidad garantística, dada la cada vez mayor potencia de unos “derechos públicos subjetivos” operados a partir de la misma formulación regulatoria.

d) ¿Cómo controlar un nuevo tentáculo de la Administración, como lo es el derecho administrativo sancionador? Ante la nueva realidad, éste proporciona nuevos brazos de intervención para la administración; y, al menos en el caso chileno, en que el control judicial de la administración se encuentra en una fase de bajo desarrollo (inexistencia de textos articulados básicos de derecho administrativo, falta de tribunales contencioso-administrativos, no siendo esto sino mínimamente salvado por el particular “recurso de protección”, entre otras razones).

En todo caso, es obvio que en el neo moderno derecho de la neo moderna regulación no podía dejarse de lado ni impedir que la Administración siga interviniendo en la actividad de los agentes económicos, por libres que éstos sean en su actuación, pues si hay algo que es permanente en la subsistencia de los Estados de Derecho y democráticos, es la búsqueda del bien común y la servicialidad del Estado, y estos fines no pueden ser olvidados por la Administración del Estado.

En tal perspectiva:

1º Cabe estudiar con alguna precisión las técnicas de la concesión y de la autorización, que siguen enquistadas en nuestros ordena-

mientos jurídicos, quedándonos cada vez más claro que son técnicas moldeables y reajustables para la nueva realidad, y que nacieron como tales no sólo al servicio de un tipo de intervención estatal, sino como goznes acomodables incluso ante cambios tan radicales de la intervención del Estado administrador.

2° Cabe señalar cómo lo que antiguamente llamamos los principios de los servicios públicos, no sólo ya han cambiado de perspectiva, sino que se han especificado hacia los objetivos últimos que propiciaron su cambio: hacia la búsqueda de eficiencia, de calidad. Por cierto que lo anterior es posible afirmarlo, dando por supuesto que hay algunos principios jurídicos nuevos que permiten comprender la actual posición de los agentes económicos ante la prestación de los servicios públicos, los cuales han sustituido al Estado en su antigua (y hoy derrumbada) titularidad: son ellos los que por aplicación del principio de subsidiariedad han de llevar adelante, prioritariamente, estas actividades; principio éste del cual se derivan otros relevantes principios del servicio público, como son la libertad de entrada; el libre acceso al mercado, esto es, a las redes, a las infraestructuras; la libertad de contratación y de formación competitiva de precios; y otros, dirigidos a permitir el amplio ejercicio de la libertad económica por los agentes que prestan el servicio público.

No es que ya carezcan de importancia las antiguas “leyes” o “principios” del servicio público (como la igualdad, la continuidad, etc.), por un lado; ni que carezcan de relevancia estos nuevos principios de la actividad (como la libertad de entrada, el acceso al mercado, etc.) sino que dado que tales prestaciones las llevan adelante ahora los particulares, pareciera que todo se ha concentrado en buscar caracteres

únicos, como la calidad de tales servicios, que fue en definitiva el impulso de la liberalización de tales actividades de servicio público; si la Administración del Estado ha sido excluida no sólo de la titularidad sino también de la gestión, salvo casos excepcionales, de los servicios públicos, fue por una búsqueda de calidad y eficiencia, y ello parece que está en el centro de los nuevos “principios” del servicio público, en la perspectiva de su gestión.

3° En seguida, existe otro papel que ha ido asumiendo cada vez con mayor énfasis el Estado, o más bien los órganos reguladores de la Administración, íntimamente conectado con la calidad de los servicios públicos, y que, al menos en la realidad chilena, cabe destacar como un aspecto que ha ido produciendo cada vez más complejidad y problemas: las potestades sancionatorias dirigidas a castigar las supuestas faltas a la calidad de los servicios públicos; o, en otras palabras, los quebrantos a los principios de la gestión del servicio público. Se trata de una nueva tarea de la Administración, la que si bien ahora no tiene a su cargo las prestaciones de servicio público, se solaza exigiendo a los particulares o a los agentes económicos la calidad de servicios que, en su interpretación, establece el ordenamiento jurídico, lo que es comprensiblemente esperado por la sociedad, ante lo cual estos organismos sólo pueden tener dividendos políticos ante la ciudadanía, pero que puede terminar por cerceñar en su base el incentivo económico de los privados por llevar adelante estos servicios.

En fin, termino mis palabras señalando sólo lo siguiente: los juristas debemos esforzarnos por comprender el fenómeno regulatorio; no olvidar los fundamentos de los derechos que defendemos y aplicar o reestructurar en lo que sea necesario todo nuestro viejo aparataje conceptual.

