

DERECHO ADMINISTRATIVO  
y REGULACIÓN ECONÓMICA

*Liber Amicorum*

*Gaspar Ariño Ortiz*

 **LA LEY**  
grupo Wolters Kluwer

Coordinadores:

Juan Miguel  
de la Cuétara Martínez

José Luis Martínez  
López-Muñiz

Francisco J. Villar Rojas

## LA MODERNA REGULACIÓN: LA BÚSQUEDA DE UN EQUILIBRIO ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO<sup>(1)</sup>

Floriano DE AZEVEDO MARQUES NIETO

*Libro Docente y Doctor en Derecho Público por la Universidad de Sao Paulo (USP). Profesor Asociado de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la USP. Vicepresidente de la Sociedad Brasileira de Derecho Público. Presidente de ASIER. Abogado*

### SUMARIO:

- I LA DICOTOMÍA «PÚBLICO-PRIVADO» EN EL DERECHO MODERNO
- II DOS TRADICIONES: EUROPEA Y LATINOAMERICANA
- III LA PREVALENCIA DE LO PRIVADO: LA INTERVENCIÓN COMO EXCEPCIÓN
- IV LA PREVALENCIA DE LO PÚBLICO: LA INTERVENCIÓN COMO REGLA
- V EL ITINERARIO DEL INTERÉS PÚBLICO: DELIMITACIÓN, JUSTIFICACIÓN Y PREVALENCIA
- VI LA CONSTRUCCIÓN DEL PARADIGMA DE LA DICOTOMÍA ABSOLUTA
  - 1 El mito del interés público único
  - 2 El mito de la autonomía del interés público
  - 3 El mito de la exclusividad estatal en la consecución del interés público
- VII EL PARADIGMA AUTORITARIO DE LA ESFERA PÚBLICA

(1) A nuestro maestro Gaspar ARIÑO ORTIZ, firme defensor de la importancia del equilibrio en la regulación.

VIII. LA EROSIÓN DEL PARADIGMA AUTORITARIO

1. Sociedades complejas y multiplicidad de intereses legítimos
2. Derechos fundamentales y administración procesal
3. Sociedades activas, crisis fiscal y mecanismos de cooperación

IX. UN NUEVO PARADIGMA

1. De la autoridad, al consenso
2. Del acto, al proceso
3. El nuevo contrato administrativo
4. La nueva empresa pública
5. Servicio público en competencia
6. El nuevo régimen de los bienes públicos

X. LA IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN

1. La institucionalización del poder
2. Neutralidad y el equilibrio de intereses
3. La participación de los interesados

XI. EL NUEVO DESAFÍO: ESPACIO PÚBLICO EFICIENTE Y ESPACIO PRIVADO AUTÓNOMO

En el presente texto quiere hacerse un balance de estos últimos, diez y quince años de regulación en Iberoamérica o, si se prefiere, en América Latina. Pero se trata de un balance un poco inusual: en lugar de destacar los éxitos y problemas de las reformas regulatorias vividas entre nosotros durante los años 90, trataré de identificar las causas por las cuales tardamos tanto (y con tantas resistencias) en introducir y poner en marcha instituciones, procesos y reglas necesarias para una regulación autónoma y respetuosa de los derechos de los individuos, en su papel de agentes económicos, consumidores y ciudadanos. No intentaré defender aquí de la importancia de la regulación. Ya lo hice en varios textos previos y estoy seguro de que muchos de mis compañeros de ASIER lo hacen mucho mejor que yo. Intentaré demostrar, desde otro punto de vista, que la regulación es un instrumento democrático (porque es un freno al autoritarismo y al voluntarismo que por décadas marcaron los Estados en la región) y emancipador (que permite vencer las trabas al desarrollo económico). Más que promover la regulación, es hora de que combatamos los resquicios antidemocráticos que resisten en los nuevos tiempos e impiden a muchos ver los beneficios del Estado Regulador.

LA

La s  
ción de  
mientos  
público  
lado. La  
ción al  
una mas  
cometer  
o impus  
que de r

Estos e  
y lo priv.  
privada s  
derechos,  
no otros,  
expresión  
indetermina  
noria púb  
blion de to  
la Ley, frut  
el ejercicio  
interés de l  
ni que el ej  
dentro de l  
salvaguarda

Recordar  
pública se l  
idad, del sac  
ta una esfer  
la convivenc  
La razón de

Para una  
Públicos,

OTALEY

OTALEY

## LA DICOTOMÍA «PÚBLICO-PRIVADO» EN EL DERECHO MODERNO

La separación entre lo público y lo privado es necesaria para la afirmación del Estado y del Derecho modernos. Deriva de dos procesos aparentemente contradictorios, aunque ciertamente complementarios, que ocurren principalmente en suelo europeo durante los siglos XVIII y XIX<sup>(2)</sup>. De un lado, la concentración del poder en las manos del soberano (sobreponiéndose a la fragmentación del poder existente en la Edad Media). De otro, un movimiento más decisivo, el movimiento de contención, de delimitación del poder, sometiéndolo a límites dictados por el Derecho, que ya no es algo revelado o impuesto por el soberano, sino que se construye a partir de los mecanismos de representación y participación política.

Estos dos movimientos revitalizan la separación romana entre lo público y lo privado, con el establecimiento de sus límites y garantías. A la esfera privada se le reconoce cierta autonomía y se le otorgan un conjunto de derechos, que serán proclamados por los individuos que la constituyen (entre otros, la libertad de iniciativa, de propiedad, de culto, de información, expresión y prensa, de representar y ser representado, de tránsito y de autodeterminación, que van siendo agregados en el curso de la historia). A la esfera pública se le asigna la tarea de ejercer el poder, en nombre y para el bien de todos, dentro de los límites impuestos por el Derecho (es decir, por la Ley, fruto de la voluntad de la mayoría de los representantes). Pues bien, el ejercicio de este poder siempre importará algún sacrificio del derecho o interés de los individuos que componen la esfera privada. Sin embargo, para que el ejercicio concreto de este poder sea legítimo, deberá (i) ejercerse dentro de los límites establecidos por la Ley y (ii) deberá justificarse en la salvaguarda del interés general y en el deseo colectivo de su existencia.

Recordemos que, en el Estado moderno (Estado de Derecho), la esfera pública se basa en la aceptación, por los individuos reunidos en sociedad, del sacrificio del interés personal en beneficio del interés colectivo. Es una esfera que no se sitúa sobre la esfera privada; existe para asegurar la convivencia armónica y solidaria de los individuos en la esfera privada. La razón de ser del poder público solo puede residir en el respeto y en la

(2) Para una profundización de lo que aquí solo resumo, ver *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, Malheiros, São Paulo, 2002. DE ACEVEDO MARQUES NETO, Florianópolis.

protección de los derechos fundamentales de los individuos. La sociedad (esfera privada) debe delimitar el poder del Estado y es a ella a quien este debe servir.

## II. DOS TRADICIONES: EUROPEA Y LATINOAMERICANA

En este punto debemos notar que, aunque nuestros modelos de Estado y Derecho en América Latina sean, en gran parte, herederos de la tradición europea continental<sup>(3)</sup>, la constitución de nuestras Naciones arroja una diferencia fundamental: aquí el Estado vino antes que la sociedad.

En efecto, nuestro proceso de colonización dejó como marca la transposición, hacia ultramar, de instituciones jurídicas, políticas y administrativas del país colonizador, antes de que en estas tierras hubiera una sociedad civil propiamente dicha. El aparato judicial, fiscal, policial, notarial; en fin, todo lo que en aquel entonces podríamos llamar Estado, fue transpuesto, no para garantizar derechos de los individuos organizados en sociedad, sino para marcar la presencia del Estado Colonial. De ahí que se pueda decir que en América Latina, a diferencia de Europa, el Estado crea la sociedad y no a la inversa. El Estado moderno surge en Europa a partir de la emancipación de los burgos y de la afirmación de las ciudades-libres, donde la vida de los individuos en la urbe y su integración en las relaciones de intercambio y de cooperación hacen despertar la necesidad de una esfera pública apta para ordenar la convivencia y limitar los comportamientos. En América Latina, en cambio, el Estado surge como una institución de preservación de los dominios del Rey y de ejecución de su voluntad sobre las tierras y riquezas de la colonia.

Lo anterior marcó profundamente nuestra historia y nuestra cultura política, jurídica y administrativa. Siglos de independencia no borraron estas marcas. En lugar de ser visto como un ente al servicio de los individuos cuya existencia está condicionada al respeto y a la protección de los derechos fundamentales, el Estado latinoamericano se percibe como una entidad independiente de la sociedad, titular de intereses propios que son pro-

(3) A pesar las rupturas perpetradas por la revolución americana, incluso los Estados Unidos sufrieron una fuerte influencia de esta tradición, hechos los ajustes pertinentes por los «padres de la patria».

de  
leg  
tra  
la c  
pro  
que  
rese  
se re  
C  
una  
mism  
la es  
nolla  
econ  
conce  
no qu  
tradi  
interve

### III. L E

Con  
esiera p  
cuando  
lación c  
la econ  
lo largo  
publico s  
ción del  
to), es p  
medida d  
ntaña la c  
por el prir  
los actores  
fundamen

dominación, predominantes sobre los intereses de los particulares. Nuestro modelo histórico dio lugar a una realidad en que la dimensión de concentración de la autoridad en el Estado es mucho mayor que aquella otra de la contención (limitación y condicionamiento del ejercicio del poder). La propia Ley se considera mucho más como un instrumento de la autoridad que como un límite a su ejercicio. La autonomía de la sociedad es vista con reservas. Y la esfera pública ha de prevalecer siempre, pues es en ella que se realiza el interés colectivo.

Como el Estado precedió a la existencia de la sociedad, ello favoreció una concepción autoritaria del poder público, en la que el detentador del mismo (gobernante) asume prerrogativas casi absolutas de intervención en la esfera privada. La sociedad civil, débil, depende del Estado para desarrollar las relaciones que le son propias (derecho de propiedad, iniciativa económica, intercambios mercantiles, ejercicio profesional). Además, tal concepción identifica la esfera pública con el Estado, de tal suerte que no queda ningún espacio público fuera de los dominios estatales. Nuestra tradición histórica tiene, como consecuencia, una mayor tolerancia con la intervención de la esfera pública en el dominio privado.

### III. LA PREVALENCIA DE LO PRIVADO: LA INTERVENCIÓN COMO EXCEPCIÓN

Con un poder público al servicio de la sociedad, la intervención en la esfera privada es aceptable, aunque en condiciones excepcionales. Solo cuando la actividad interventora fuera imprescindible para impedir la violación de derechos fundamentales, se admite que el Estado interfiera en la economía, en la sociedad, en la cultura, en las costumbres. Aunque a lo largo del tiempo se amplíen los sectores en que la presencia del poder público se hace necesaria (como demuestra el crecimiento de la intervención del Estado de los países europeos sobre la economía en los años 70 y 80), es posible entender que tal intervención sea algo que debe ser, en la medida de lo posible, evitado. En las sociedades en que se considera prioritaria la esfera privada, sin embargo, la intervención estatal está marcada por el principio de subsidiariedad: solo es aceptable cuando la sociedad y los actores privados, por sí mismos, no son capaces de asegurar el derecho fundamental que debe ser protegido o promovido.

#### IV. LA PREVALENCIA DE LO PÚBLICO: LA INTERVENCIÓN COMO REGLA

En la mayoría de las naciones latinoamericanas a lo largo de los últimos siglos, se invierte la dinámica público-privada que ha predominado en Europa. Así, la esfera pública es tomada exclusivamente como la esfera del Estado. Esta dinámica inversa se caracteriza, como se ha visto en líneas anteriores, por un Estado fuerte y una sociedad civil débil o incipiente, por el predominio de la esfera pública (Estado) y por la prevalencia de la intervención estatal, que se considera normal y, por definición, necesaria. Aquí los sindicatos fueron por mucho tiempo fomentados y manipulados por el Estado; la economía estuvo dirigida por los entes estatales; y los partidos políticos dependían, efectivamente, del Estado. Más que haber una mayor dependencia del Estado o una mayor tolerancia a la intervención estatal en la esfera privada, lo que ocurría era que se tenía una concepción de que la esfera pública era el repositorio de las virtudes y la esfera privada, el campo de los vicios, el plano en que prevalecía la ambición y el egoísmo de los actores privados. Para las sociedades con esta formación ideológica, por tanto, la intrusión estatal en la vida privada sería siempre bienvenida y bien aceptada.

#### V. EL ITINERARIO DEL INTERÉS PÚBLICO: DELIMITACIÓN, JUSTIFICACIÓN Y FUNCIÓN OPERATIVA DEL PODER

Es así como llegamos a otro elemento central de la formulación del Estado contemporáneo. Vimos anteriormente que a partir del momento en que se acepta la concentración del poder en el Estado, se le confina dentro de los límites del Derecho. Y el poder estatal (incontrastable, pero limitado) se admite cuando hay un interés colectivo a ser perseguido. El instrumento retórico que concreta esa formulación es el llamado interés público.

En la Historia de la Modernidad, la figura del Príncipe da lugar a una entidad más amplia, la figura del interés público<sup>(4)</sup>. Por esta concepción, habría siempre un interés superior, distinto del interés individual, que

(4) Algunos autores consideran que el interés público, dado su carácter absoluto y abstracto, podría ser comparado con el «misterio de la fe» de la doctrina católica. Pues bien, esta concepción del interés público se erige como eje de la construcción del régimen político-administrativo, al cual los académicos se deben adherir sin mayor indagación sobre su

Al mismo tiempo autoriza y justifica el actuar de la Administración Pública. Como ella siempre persigue el interés público (fórmula que es independiente de su contenido), se encuentra por encima de los administrados, con quienes se confronta, y cuyos intereses son presumiblemente menores.

La noción de interés público cumple entonces una triple función: (i) sirve de límite al poder público, que solo puede actuar cuando identifica y explicita un interés público a ser perseguido con su acto (*función de delimitación*); (ii) sirve para justificar ante el administrado la intervención estatal en su esfera de derechos, pues el sacrificio o el condicionamiento de un derecho suyo se hace en beneficio de toda la colectividad, de la cual, el individuo también es parte; por tanto, el individuo es beneficiario de la acción pública (*función justificadora*); y, por último, (iii) cumple un papel operacional, pues como el contenido del interés público es abierto (ya que se trata de un concepto dúctil), ello acaba confiriendo un margen de maniobra para el detentador del poder; así, estará legitimado para intervenir en la esfera privada siempre que consiga demostrar que eso es necesario para consagrar la finalidad de interés colectivo por él elegida como relevante (*función operacional*).

Estas tres funciones son, en la construcción tradicional del Derecho administrativo, importantes y complementarias. Sin embargo, la función operacional es la más conflictiva, dado que la noción de interés público no necesita de un contenido explícito (es innecesario explicitar lo que sea ese interés público en el caso concreto), y, al mismo tiempo, es suficiente para justificar la derogación de los derechos individuales, pues si hay un interés público involucrado, deberán ceder siempre los intereses privados. La colocación del interés público como fundamento y factor de legitimación de la acción administrativa se apoya en otras dos formulaciones. De un lado, la unicidad del interés público, traducida en la presunción de que en cada actuación de la Administración Pública habrá un único interés de naturaleza pública a ser evaluado por la autoridad habilitada para actuar. De otro lado, la formulación de la supremacía e inoponibilidad del interés público. Esta tiene, en sí, dos consecuencias: (i) presupone que el interés público

contenido. Sobre la alegoría, comparten su autoría JUSTEN FILHO, Marçal y BACELLAR, Romeu Felipe.

será siempre inconfundible y distinguible de los diversos intereses privados y (ii) que lo público siempre prevalecerá sobre los intereses privados. Esta formulación, aunque sea bastante operacional (sirve para legitimar casi siempre el actuar administrativo, sin necesidad de mayores explicaciones), no considera que no tiene sentido alguno hablar de finalidades públicas si ellas no coinciden con alguna aspiración, necesidad o expectativa de los administrados (v.gr. intereses de los administrados, privados, por tanto, ya que estos son los destinatarios de cualquier actuación de la Administración Pública).

## VI. LA CONSTRUCCIÓN DEL PARADIGMA DE LA DICOTOMÍA ABSOLUTA

Entendemos que la noción de interés público, para cumplir su función operacional, debe basarse en una dicotomía absoluta entre lo público y lo privado: una esfera excluye la otra, pues, de un lado está el interés público y, de otro, los intereses privados. El interés público reside y es consagrado por la acción estatal (esfera pública). El interés privado reside en la sociedad, es fragmentario e individualmente titularizado. La afirmación del interés público presupondrá una distinción y una oposición esencial a los intereses privados. Sobre estos, aquel (el interés público) siempre prevalecerá y nunca podrá ser preterido o mitigado (aunque es público, nadie puede asumir su titularidad; es, por tanto, indisponible)<sup>(5)</sup>.

Para cumplir la referida función operacional, la noción de interés público necesita (i) ser tomada como algo singular y absoluto (solo existe un interés público subyacente a una concreta acción estatal); (ii) antagonizarse con los intereses privados, y (iii) ser monopolio de la esfera pública.

Estas tres formulaciones constituyen verdaderos mitos, muy presentes en el discurso tradicional del Derecho administrativo. Su reiterado empleo se encuentra en la génesis de la apropiación del interés público por el discurso autoritario.

(5) En estudio anterior, de mayor alcance, demostré que las raíces filosóficas de esta construcción están en la concepción totalizadora concebida por HEGEL a partir de su teoría de dialéctica.

## 1 El mito del interés público único

No deja de ser un mito la formulación de la existencia de un único interés público que motive, en el caso concreto, la actuación estatal. Para cumplir su función operacional y de justificación, se formula una concepción de interés público singular y unitaria, como si en cada provisión estatal existiera uno y solo un interés público a ser consagrado. A partir de esta construcción, más retórica que sustantiva, se hace más fácil legitimar la intervención estatal, pues ella se reduce a la siguiente formulación: la acción del poder público corresponde a la consagración del interés público en el caso concreto, presuponiendo que solo existe un interés de naturaleza metaindividual a ser protegido. De ahí que la actuación del Estado estaría legitimada al no depender de la decisión sobre cuál es el interés que debe ser privilegiado en una determinada situación; el único interés a prevalecer es el público y solo habría una manifestación suya envuelta en cada intervención estatal en la esfera privada.

La formulación merece una reflexión más detenida. Como enseña Gaspar ARIÑO, tal formulación no pasa de ser una ilusión. Dice: «la ilusión de un interés público objetivo, mensurable, de aquello que es “lo mejor” para todos, está cada vez más lejos de la realidad. Y no es fácil identificar lo que es este “interés público”, por la específica razón de que no solo no existe un solo “público”, sino porque existen muchos “públicos”. Y, por lo tanto, se hace difícil aceptar como indiscutible esa presunción de titularidad exclusiva del interés público de alguien que, de manera arcana y como por iluminación divina, nos puede decir a todos lo que más nos conviene»<sup>(6)</sup>.

Hay siempre una miríada de intereses relevantes, muchas veces conflictivos, peleando por la acción estatal. Aunque sería posible un control negativo (o sea, la verificación de que un interés dado no se corresponde con una acción estatal justificada, por lo que dicho interés debe calificarse como «no público»), no puede saberse de modo positivo y con exactitud cuál es el interés público único, singular, que justifica la intervención estatal en la esfera privada. Pero el discurso del interés público depende de esta

(6) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Transparencia y participación en la Administración Pública española*, Separata, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, pág. 84.

noción de singularidad, pues sin ella tendría que asumir que toda acción del poder público demanda, previamente, un arbitraje de intereses, lo que debilita su función legitimadora y operacional.

## 2. El mito de la autonomía del interés público

Es también un mito creer que el interés público es autónomo con respecto a los intereses privados. Igualmente, aquí se trata de una construcción útil para asegurar la legitimación y la operacionalidad de la intervención estatal. Para que nos resignemos frente a la intervención estatal, es importante que creamos que la acción del poder público alcanza igualmente a todos los individuos. O sea, que la intervención de la esfera pública en la privada beneficia igualmente a todos y afecta, al menos potencialmente, a cada cual de manera equitativa. Pero ello no es correcto.

Cualquier intervención estatal genera sacrificios desiguales (aunque mitigados por los mecanismos compensatorios) y propicia beneficios asimismo desiguales. Cuando el Estado interfiere en la economía, habrá necesariamente sectores beneficiados y otros afectados negativamente. No digo que el interés público sea o deba ser capturado por intereses privados. Digo solo que al actuar en la persecución de los intereses públicos el Estado interfiere desigualmente en la esfera privada. Ello resulta inherente al actuar de la esfera pública.

Siempre que el Estado actúa en la persecución de un interés público, acaba por consagrar intereses privados con él coincidentes. Y perturba otros intereses de particulares que se contraponen a aquella acción estatal. Ciertamente resistirán más a la intervención estatal al saber que otros, ajenos a ella se benefician más y que no todos sufren con ella igualmente. Sin embargo, al tener claro que el interés público no es autónomo a los intereses privados, que afecta desigualmente a los individuos, emerge la necesidad de (i) que la acción estatal pondere todos los intereses, beneficiados o perjudicados, antes de ser concretada y que (ii) dicha acción sea modulada y contenida, de tal suerte que no se considere una regla, pues la intervención estatal acarrea, por sí sola, una perturbación en el equilibrio de los intereses privados.

1. El n

El int  
mito, sin  
ción d  
la «supre  
al poder e  
del interés  
pública. A  
ción de la  
privada. D  
público de  
mente, a la  
ción estatal  
a una consa

A partir c  
será portado  
agentes priva  
en el campo  
dad privada p  
incontables bi  
bienes cumple  
piedad del Esta  
la idea de que

El mito se c  
pública la que  
dad. Nadie dud  
público. Y en n  
bles excepciones  
privados: produc  
poco es discutibl  
En la gran mayori  
de acciones estat  
neméritas. Lo mis  
de la salud, del tra  
publicista dirá: el  
indirectamente atie

### 1. El mito de la exclusividad estatal en la consecución del interés público

El interés público no es consagrado solo en la esfera pública. Hay un mito, sin embargo, de que solo el Estado es legítimo y apto para la consecución del interés público. Y tal idea es la llave para formulaciones como la «supremacía del interés público» o de la «inoponibilidad del individuo al poder estatal». La presunción de exclusividad estatal en la consagración del interés público es fundamental en la concepción autoritaria de la esfera pública. A partir de ella sería justificada no solo la existencia y la ampliación de la esfera pública, sino su prevalencia incondicional sobre la esfera privada. De la noción de exclusividad estatal en la consecución del interés público deriva otra formulación: toda acción estatal se presta, presuntamente, a la consecución del interés público. De ahí que cualquier intervención estatal sería aceptable y legítima, pues presuntamente correspondería a una consagración de interés público.

A partir de eso, cualquier instituto, o agente calificado como público, sería portador, por sí solo, del interés público. Y en convivencia con los agentes privados, sus intereses deben prevalecer. Tal distorsión es patente en el campo de los bienes públicos: aunque no se admita que una propiedad privada pueda ser mantenida ociosa indefinidamente, el Estado posee incontables bienes a los que no da uso alguno. Muchos sostienen que estos bienes cumplen su función social simplemente por ser «públicos» (de propiedad del Estado). Esta «función social presunta» proviene exactamente de la idea de que el Estado es el promotor exclusivo del interés público.

El mito se contradice diariamente por los hechos. No es solo la esfera pública la que concurre para la consagración de intereses de la colectividad. Nadie duda que proveer alimento para las poblaciones es de interés público. Y en nuestras sociedades occidentales, salvo rarísimas y discutibles excepciones, quienes se encargan de eso son los agentes económicos privados: productores de alimentos, distribuidores, comerciantes, etc. Tampoco es discutible que la educación es una necesidad de interés colectivo. En la gran mayoría de países, la educación es provista por la combinación de acciones estatales y de otras entidades, empresariales, religiosas o beneméritas. Lo mismo puede decirse en los campos de la asistencia social, de la salud, del transporte o de la comunicación y de la prensa. El discurso publicista dirá: el móvil de gran parte de las iniciativas particulares que indirectamente atienden a intereses públicos es el lucro. Y es ese el punto.

El mercado (o sea, el campo de las libres relaciones económicas) puede en muchas circunstancias, coincidir con la consagración del interés público, justamente por no existir una incompatibilidad *ex ante* entre ellos. Hay situaciones en que tales intereses son antagónicos. Y en estas, está justificada la acción estatal. No porque solo el Estado, en esencia, pueda consagrar intereses públicos, sino porque aquella parte de intereses públicos demanda una actuación apta para suplir deficiencias que impiden su provisión por la esfera privada.

De otro lado, los hechos también demuestran que no todas las acciones estatales corresponden a un interés público. Muchas veces la intervención estatal deriva de la captura por intereses privados incrustados en la esfera pública: intereses patrimoniales, fiscales, corporativos, manipulación política, etc. Todos estos factores pueden impeler al poder público a actuar sin que haya un interés relevante a ser alcanzado.

De esta formulación resulta la suposición de que los particulares nunca pueden ser promotores del interés público, o sea, de que la consecución del interés público es monopolio de los agentes públicos o de los órganos del Estado. Estos, se supone, serían movidos por los elevados intereses públicos. Aquéllos serían engendrados por la «villanía» de los intereses privados. De ahí la fuerte tendencia que entre nosotros existe a desconfiar siempre de la involucración de los particulares en cualquier actividad que promueva las necesidades colectivas. De ahí la desconfianza en la iniciativa privada y la preferencia, recóndita y subliminar, por la provisión de utilidades públicas por entes estatales. Lo que me llevó en un pequeño texto publicado hace algunos años<sup>(7)</sup>, a afirmar que entre nosotros no se cree o exalta el mercado: lo aceptamos con disgusto, casi como un mal necesario. Y el mal necesario, a mi manera de ver, es otro.

## VII. EL PARADIGMA AUTORITARIO DE LA ESFERA PÚBLICA

La construcción de una oposición entre esfera pública y esfera privada, a partir de una noción de interés público único, autónomo y que solo el Estado puede consagrar, sirve perfectamente para consolidar el paradigma

(7) «Os Desafios da Regulação, dez anos depois» in *Revista da ABAR (Associação Brasileira de Agências de Regulação)*, vol. 1, 2007, págs. 58-63.

ma au  
persec  
tica y  
la esfe  
privada  
supren  
la acci  
concre  
concep  
llegam  
co, el E.  
cada sit  
confiere  
en la esf

Si a la  
interés p  
si la dete  
lateralme  
Estado p  
de la volt  
consagrar  
más frágil  
pública, i  
hubiere, n  
injerencia  
Esto es por  
esfera púb  
a quien co  
pués, porq  
la posibilid

## VIII. LA E

En los úl  
nado. No se  
América Lat  
sociedad y, c

ma autoritario de la esfera pública. En el ámbito de este paradigma, la persecución del interés público (repto: uno, indivisible y exclusivo) justifica y legitima toda y cualquier intervención de la esfera pública sobre la esfera privada. Y en frente de él no pueden ser contrapuestos intereses privados, pues como vimos, forma parte de aquel paradigma la idea de supremacía del interés público. Como el interés público justificador de la acción estatal es abierto, un concepto dúctil, la autoridad, en el caso concreto, es quien dirá lo que es el interés público (recordando que esta concepción está basada en la idea de unicidad y exclusividad). De ahí, llegamos al punto central del paradigma: para consagrar el interés público, el Estado todo lo puede; sin embargo, cabe al gobernante decidir, en cada situación, lo que viene a ser el interés público. Luego tal paradigma confiere a la autoridad un margen amplísimo de libertad para intervenir en la esfera privada.

Si a la esfera pública le corresponde exclusivamente la consecución del interés público, si contra ese no pueden ser opuestos intereses privados y si la determinación concreta del interés público compete exclusiva y unilateralmente a la autoridad, hemos construido un paradigma por el cual el Estado podría intervenir en cualquier área de la esfera privada, a merced de la voluntad del gobernante de turno. Y todo como si el interés público consagrara el interés de todos. Así fue por décadas entre nosotros. Mientras más frágil sea la esfera privada, más crece y gana importancia la esfera pública, interviniendo en todos los campos. Y mientras más intervención hubiere, más débil se tornará la esfera privada pues, como vimos, no existe injerencia estatal sin reducción de la esfera de autonomía de los individuos. Esto es por lo que asocio este paradigma de una concepción autoritaria de la esfera pública: primero, porque está centrada en la figura de la autoridad, a quien confiere plenos poderes para inmiscuirse en la vida privada; y, después, porque es derogatoria de la autonomía de los individuos, carentes de la posibilidad de contener el poder estatal.

### VIII. LA EROSIÓN DEL PARADIGMA AUTORITARIO

En los últimos años, afortunadamente, este paradigma ha sido cuestionado. No solo doctrinariamente, sino, en especial, por el hecho de que, en América Latina, una serie de factores han fortalecido al mismo tiempo la sociedad y, consecuentemente, la esfera privada, demostrando el equívoco

de esta concepción autoritaria de esfera pública<sup>(8)</sup>. Básicamente, eso deriva del hecho de que las sociedades contemporáneas —en todo el mundo, y también en nuestro entorno— se hacen más complejas y multifacéticas, porque crece la concienciación de los individuos acerca de sus derechos, y también porque, cada vez más, la esfera pública da muestras de incapacidad para atender a todos los intereses legítimos que se le presentan.

### 1. Sociedades complejas y multiplicidad de intereses legítimos

El paradigma autoritario comienza a ser erosionado por el hecho de que las sociedades contemporáneas se encuentran, cada vez más, sujetas a fragmentación de intereses. Los conflictos se hacen más complejos. Las aspiraciones de grupos y sectores sociales se vuelven más desafiantes. La propia sociedad pasa a tener mecanismos de organización más sofisticados. En este marco, las aspiraciones de la sociedad son mayores y, en ocasiones, se superponen. Y su provisión hace cada vez más difícil el mantenimiento de los mitos antes vistos: la pluralidad de intereses públicos, muchas veces opuestos, se hace explícita; la necesidad de arbitraje entre intereses públicos conflictivos hace imposible mantener el mito de su autonomía frente a los intereses privados; por último, las instancias de organización de la sociedad, situadas en la esfera privada, toman cada vez más para sí las tareas de consecución de intereses metaindividuales, lo que impide la continuidad del discurso de la exclusividad estatal de este menester.

A la par de generar un fortalecimiento de la sociedad, estos procesos colapsan la solidez teórica y retórica del paradigma autoritario, ocasionando movimientos y discursos de emancipación de la esfera privada frente a la esfera pública. Lo que no es más que una señal de madurez institucional.

### 2. Derechos fundamentales y administración procesal

De manera concomitante (como consecuencia del proceso de fortalecimiento y emancipación de la esfera privada), creció en los últimos tiempos la concienciación por los individuos de que son titulares de derechos fundamentales. Tal hecho sirve para aumentar la resistencia frente a injerencias

(8) Para una profundización de este proceso ver mi *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, cit.

habitantes del poder público en la esfera individual de derechos. Este movimiento lleva a que el orden jurídico, en varios países, incorpore a la idea de proceso como garantía de los individuos frente al poder, inclusive en la función administrativa.

El fenómeno que parte de la doctrina llama «administración procesal o procedimental» implica, por un lado, asegurar al individuo el derecho de participar en la decisión acerca de cuál es el interés público que debe ser consagrado y de contener la intervención desproporcionada del poder público para tal consagración. De otro lado, la exigencia del procedimiento en la actividad administrativa explicita el hecho de que la intervención estatal es conflictiva, carece de arbitraje de intereses y, por consiguiente, no es indiferente en relación a los intereses existentes en la esfera privada.

### **1. Sociedades activas, crisis fiscal y mecanismos de cooperación**

El tercer vector que lleva a la erosión del paradigma autoritario reside en la creciente incapacidad de la esfera pública (lo que, para el paradigma autoritario, vale decir «el Estado») para atender a todas las demandas que llegan a ella. Mientras más madura la sociedad, más se hará apta para presionar al Estado para que atienda a sus innumerables y complejas demandas. Y muchos derechos fundamentales exigirán no solo protección frente al Estado, sino también su provisión por el Estado.

Al cuadro de demandas crecientes corresponde también una mayor resistencia de la esfera privada a contribuir a la financiación del Estado. Frente a eso y a la percepción de la inviabilidad del financiamiento que recaiga en las generaciones futuras (vía inflación o endeudamiento irresponsable), la esfera pública se presenta con la incapacidad de consecución de todos los intereses que demandan su acción. De ahí la percepción por el propio Estado de la necesidad de echar mano de mecanismos de atribución a entes privados de la tarea de proveer estos intereses. El uso creciente de instrumentos jurídicos de cooperación y de delegación a la iniciativa privada es ilustrativo de lo dicho. Lo que implica una recalificación de la separación entre esfera pública y esfera privada y el redimensionamiento del papel de cada una de ellas en la consecución del interés público.

Frente a estos fenómenos, no es exagerado decir que asistimos en los últimos años a la emergencia de una nueva configuración de la dicotomía

público-privado. No es que eso sea un consenso (el debate doctrinal sobre el tema es intenso) o que no haya resistencias, idas-y-venidas, y retrocesos. Las hay, y muchas. Pero eso es propio de los momentos de superación de un paradigma; lo innegable es que ya podemos identificar los primeros rasgos en el boceto de una nueva relación entre la esfera pública y la esfera privada.

## IX. UN NUEVO PARADIGMA DE LA RELACIÓN «PÚBLICO-PRIVADO»

Las manifestaciones de este nuevo paradigma son notables. No estoy diciendo que perdemos, de la noche a la mañana, nuestra tradición autoritaria y la característica tolerancia con las excesivas intrusiones estatales. Pero podemos notar en varios puntos, la emergencia de una manera nueva de relación entre los espacios públicos y privados.

### 1. De la autoridad, al consenso

Es un hecho que el eje de la autoridad ha cedido espacio a la introducción de mecanismos de consensualidad. En la medida en que la sociedad (o al menos los segmentos más organizados dentro de ella) se fortalece, más inviable es la afirmación de la esfera pública exclusivamente por la autoridad. Se hace necesario construir consensos que legitimen la intervención estatal. De otro lado, en la medida en que aumentan los conflictos y crece la oposición entre intereses metaindividuales, es más y más necesario obtener patrones de aquiescencia entre los interesados, de modo que la decisión que consagra un interés público en detrimento de otros pueda ser aceptada y hacerse efectiva. Eso no significa decir que el Estado pierde la autoridad. Sin embargo, es cada vez más necesario la conciliación de los mecanismos típicos de autoridad con los mecanismos consensuales<sup>(9)</sup>.

### 2. Del acto, al proceso

Esto permite que el eje de la acción estatal dependa más y más del concurso de los interesados en el ámbito jurídicamente ordenado del proceso

(9) Sobre eso ver mi texto «Do contrato administrativo à Administração contratual», en *Revista da Associação dos Advogados de São Paulo*, Ano XXIX, vol. 107, Dezembro de 2009, págs. 74-82.

administrativo. En esta etapa, la procesalidad sirve para desplazar la decisión sobre la intervención estatal del ámbito individual y subjetivo de la autoridad, hacia el ámbito objetivo del procedimiento, donde las razones que llevan a tal decisión tienen que ser anotadas, fundamentadas y públicas.

Como instrumento de acción estatal, el procedimiento administrativo cumple el papel de ser un punto de enganche entre la esfera pública y la esfera privada. En él los intereses individuales y colectivos de los actores privados se manifiestan y chocan con miras a permitir (i) la identificación del interés público más relevante en el conflicto concreto, (ii) la elección óptima del instrumento adecuado a aquella consecución, además de la modulación de su intensidad; y (iii) asegurar que la acción estatal será aquella más eficiente en el sentido de obtener el mejor resultado con el menor sacrificio de derechos individuales. Mientras la validez del acto administrativo dependía de sus elementos intrínsecos (calificación, contenido, forma, finalidad), la validez de la actuación procesal en la esfera pública pasa a depender también y especialmente de requisitos extrínsecos (participación de los interesados, adecuada motivación, contradictorio). Lo que no es poca transformación.

#### 4. El nuevo contrato administrativo

Otro vector importante, fruto del consenso y del proceso, es la transformación del papel del contrato administrativo. Podemos identificar algunos elementos conformadores de esta nueva *contractualidad administrativa*. Algunas tendencias ya pueden ser notadas, a saber: i) mayor desplazamiento de la norma de la ley hacia el contrato, en la medida en que las leyes recientes de contratos del poder público deleguen hacia el contrato la normativización concreta en cada negocio jurídico; (ii) mayor margen de consenso, inclusive en la estipulación de cláusulas contractuales en el ámbito de una fase precontractual de negociación entre el adjudicatario del concurso previo y el poder público; (iii) introducción más frecuente de contratos atípicos, con la multiplicación de objetos; (iv) utilización más recurrente de contratos por desempeño, en que el particular se vincula no a objetos previamente estipulados, sino a metas de desempeño, generadoras inclusive de remuneración variable; (v) mayor flexibilidad en la distribución de riesgos, con desplazamiento de mayor parte de los riesgos hacia el privado y clara estipulación de la repartición de las ganancias de eficiencia con el

poder público; (vi) flexibilización del régimen de equilibrio económico y financiero, con la limitación de situaciones de aplicación de la teoría de la imprevisión; y, por último, (vii) multiplicación de las hipótesis de contratos de cooperación.

En este contexto, los contratos del poder público dejan de ser mecanismos meramente para ejercicio de las «actividades-medio» del Estado (adquisición de bienes y servicios para el desempeño de sus funciones públicas por la Administración) y pasan a ser instrumentos para la consecución de las propias «actividades-fin». Véanse, por ejemplo, en la actividad de policía, los términos de ajuste de conducta o la sustitución de las sanciones, por compromisos de reparación de los daños causados por la infracción. En el campo de los servicios públicos, tenemos los contratos de gestión con organizaciones sociales, los acuerdos público-privados y asimismo las concesiones de servicios públicos de nueva generación, todos con distribuciones de riesgo más compatibles con el principio de la eficiencia. En la función de fomento, también son innumerables las modalidades de contratos aptos a incrementar la actividad de los particulares, como nos dan noticia los contratos de incentivo, los contratos de innovación, los consorcios de desarrollo de investigaciones o los contratos de condominio en *clusters* tecnológicos. Por último, en la función de intervención en la economía, hay todavía más campo para estas nuevas configuraciones mediante *joint ventures* o consorcios empresariales.

#### 4. La nueva empresa pública

La empresa pública<sup>(10)</sup> o estatal fue, por mucho tiempo, un vector de la intrusión estatal desproporcionada en la esfera privada (dominio económico). En la postguerra y hasta los años 90 estas empresas actuaron como instrumento de absorción por el Estado de significativos sectores de la economía. En este periodo, la actuación de las empresas estatales se encontraba acompañada bien del monopolio de las respectivas actividades, bien

(10) En el Derecho brasileño, la empresa pública es una especie del género «empresa estatal» en el que el capital pertenece exclusivamente al Estado, a diferencia de la sociedad de economía mixta. Aquí, sin embargo, estoy valiéndome de la fórmula empresa pública con un sentido amplio de empresa de cuyo capital participa algún ente público.

de un régimen de privilegios fuertemente inhibitor de la actuación de los privados.

En la última década hemos asistido a una reinención de la empresa pública<sup>(11)</sup>. En este nuevo contexto tenemos la emergencia de un nuevo tipo de ente empresarial, que (i) actúa en régimen de competencia con los privados; (ii) es impelido a buscar un patrón de eficiencia económica; (iii) tiene una gestión profesionalizada, hasta cierto punto protegida de las injerencias políticas indeseables.

Además de eso, tales compañías se han transformado en importantes vectores de asociación institucional entre el sector público y el privado. Estas asociaciones van más allá del mecanismo tradicional de las sociedades de capital mixto, en las cuales el privado solo participa como inversionista, permaneciendo la gestión y el gobierno casi exclusivamente en el poder público. En esta nueva empresa pública, entes públicos y privados comparten no solo la inversión, sino también la gestión y las decisiones estratégicas. En muchas de ellas el poder público participa como agente minoritario de una sociedad, en el ámbito de la cual pacta mediante acuerdos de accionistas (que no deja de ser una especie de contrato, vale decir) garantías de gobierno y mecanismos de protección de su inversión. Lo que lleva a una profunda reconfiguración del instituto de la empresa estatal, con consecuencias que no cabría aquí desarrollar.

Lo relevante, sin embargo, es que esta nueva forma de configuración de las empresas de que participa el Estado también desafía la separación entre esfera pública y esfera privada, constituyéndose en un importante vector de convergencia y composición de intereses que desafía el paradigma autoritario y sus presupuestos y que desafía las formas de actuación del poder público.

### 5. Servicio público en competencia

Otro cambio también desafiante, ya bastante estudiado en los últimos años, se refiere a la apertura de muchos segmentos de servicios públicos a la competencia y a la participación de agentes económicos en régimen

(11) Sobre el tema ver ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general*, Aranzadi, Cizur, 2007.

de libertad empresarial. Esta transformación es aún más relevante frente al hecho de que el régimen de exclusividad, monopolio o privilegio en los segmentos de servicios públicos durante mucho tiempo fue visto por la doctrina tradicional como consecuencia de la incompatibilidad entre el interés público que lleva la actividad a ser considerada servicio público y la admisión de particulares explorando la actividad en régimen de mercado.

Al someter servicios públicos al régimen de competencia, tenemos que asumir abiertamente que el hecho de haber una relevancia de la actividad para la colectividad (el interés público que lleva al Estado a asumir el deber de organizar y ofrecer la actividad) no es incompatible con los intereses privados consistentes en explotar económicamente esta misma actividad. Es decir, que los intereses privados en obtener lucro de la explotación de aquella actividad sirvan también a objetivos de interés público: permitir la libertad de elección para los usuarios, fomentar más calidad y precios más módicos e incluso incentivar la eficiencia económica.

O sea, el sometimiento de los servicios públicos a la competencia, puede decirse, es la condición y efecto de la erosión del paradigma autoritario. Es una condición, pues demuestra la inexistencia de contradicción esencial entre interés público e interés privado, que pueden ser muchas veces convergentes. En verdad, es también efecto, porque en los servicios públicos abiertos a la competencia surge reforzada la necesidad de una actuación estatal menos autoritaria, más centrada en el consenso, con respeto a los derechos de los particulares, respeto a los contratos y mitigación de la prevalencia absoluta del interés estatal.

## 6. El nuevo régimen de los bienes públicos

Este nuevo paradigma se presenta también en el campo de los bienes públicos. Aquí tenemos cada vez más claro que el patrimonio estatal no puede ser tratado como un acervo de bienes absolutamente indiferente al régimen jurídico a que se someten los bienes privados<sup>(12)</sup>. Por un lado, los bienes públicos también deben cumplir su función social, someténdose a los reglamentos generales de orden urbanístico, ambiental, paisajístico, entre otros. De otro lado, es creciente la demanda para que los bienes

(12) A ese respecto, ver mi *Bienes públicos*, Fórum, Belo Horizonte, 2009.

públicos sean objeto de explotación económica, de tal suerte que genere rentas para los entes estatales, del que son ejemplo los *namings rights*, la concesión de obra pública o las concesiones urbanísticas. Por último, en el ámbito de la gestión de los bienes públicos también asistimos a la aparición de mecanismos de convergencia entre la esfera pública y privada, como lo muestra los innumerables bienes que, aunque pertenezcan al dominio privado, son consagrados a finalidades públicas (como por ejemplo, los bienes culturales, las reservas ambientales, las infraestructuras de uso colectivo, entre muchas).

Todo eso desafía aquella separación absoluta entre esfera pública y privada, demostrando que la relación entre ellas es, hoy, no solo más compleja sino también mucho más llena de posibilidades.

## X. LA IMPORTANCIA DE LA MODERNA REGULACIÓN

Estas transformaciones desafían al Derecho público a reinventarse. En este contexto es donde gana fuerza la importancia de la moderna regulación.

La actividad de regulación presupone la noción de equilibrio. Se opone, frontalmente, a aquella unilateralidad típica presente en el paradigma autoritario. Más que eso, el ejercicio de la regulación importa, necesariamente, la composición de los diversos intereses envueltos en un segmento de la actividad económica o social, sin olvidar en esta composición, los intereses públicos bajo la autoridad estatal. La actividad regulatoria no excluye la presencia de la autoridad del Estado. Al contrario, admite y exige su presencia.

Lo que la regulación permite, sin embargo, es una modificación en el modo de ejercicio de esta autoridad. En vez de relacionarse con los agentes privados exclusivamente por el plan vertical, impositivo y unilateral, la regulación interactúa con ellos en un plan predominantemente horizontal, con gran margen de negociación, distinguido por aproximaciones y concesiones recíprocas. Además, hay un rasgo necesario de responsabilidad en el manejo de esta autoridad, que ya no establece normas y patrones de conducta a partir solo de su lectura de lo que sea el interés público, sino que impone como objetivo mantener equilibrados los intereses envueltos en aquella dada determinada relación económica, de modo que, a un solo tiempo, pueda perseguir los intereses (públicos) planteados sin sacrificar

demasiados intereses de los particulares y sin comprometer la reproducción y preservación de las relaciones económicas reguladas.

Ese objetivo de equilibrio y composición de intereses inherente a la actividad regulatoria obliga necesariamente a trabajar con la idea de sistemas. Bajo dos prismas. Primero, porque la regulación servirá para establecer el enganche entre la esfera pública (representada por los sistemas jurídico y político), de un lado, y la esfera privada (correspondiente a los sistemas económico y social), de otro. Presuponiendo que cada uno de estos sistemas posee una cierta identidad y que ninguno de ellos reúne la capacidad para imponerse sobre los demás, se hace necesario que se relacionen y establezcan, permanentemente, patrones de equilibrio. La actividad regulatoria bien se presta a eso.

Segundo, porque la construcción de las distintas estructuras regulatorias, al instituir para cada sector de la vida económica y social un determinado equilibrio, un código interno y un aparato normativo propio, acaba por crear subsistemas normativos (los *ordenamientos sectoriales* de que nos habla Massimo Severo GIANNINI<sup>(13)</sup>). Estos subsistemas conviven de manera no siempre armónica con la unicidad y centralidad del ordenamiento jurídico estatal, construido bajo el prisma del monismo jurídico<sup>(14)</sup>. Jacques CHEVALIER enseña que «el concepto de regulación constituye un elemento clave de la Teoría General de los Sistemas. Todo sistema organizado se encuentra formado por un conjunto de elementos interdependientes e interactuantes, efectivamente en permanente enfrentamiento con factores de desequilibrio e inestabilidad provenientes de su entorno (medio ambiente). La regulación recubre ese conjunto de procesos para los cuales los sistemas procuran mantener su "estado estacionario", anulando los efectos de las perturbaciones exteriores»<sup>(15)</sup>.

La moderna regulación sirve, pues, de elemento de equilibrio entre la esfera pública y la privada, mediante la integración entre los sistemas político y jurídico, de una parte, y el económico, de otra. Y lo hace a partir de

(13) Cf. *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, págs. 54-57.

(14) Para una crítica lúcida de este fenómeno, ver GRAU, Eros Roberto, *Direito posto o direito pressuposto*, 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2003, págs. 94 y ss.

(15) «De Quelques Usages du Concept de Régulation», en MIALLE, Michel, *La régulation entre droit et politique*, Éditions L'Harmattan, Paris, 1995, pág. 76.

la identificación de subsistemas regulados, entendidos como el conjunto integrado por los usuarios (consumidores), por el ente regulador, por los bienes y procesos que, de forma articulada y interrelacionada, concursan para el funcionamiento y reproducción de una determinada actividad económica (en el ámbito y en torno de la cual se estructura este subsistema). El ejercicio de la regulación en un determinado sector regulado (subsistema) envuelve la construcción de una estructura normativa que comprende principios, conceptos, intereses y normas adecuados a las necesidades y peculiaridades sectoriales.

La moderna regulación se presenta como una dimensión a un mismo tiempo alternativa y complementaria a la normatividad legislada. Si pensáramos la actividad estatal tradicional con respecto a la economía, podríamos claramente identificar dos formas de actuación.

Una, más abstencionista, representada por la ordenación normativa por intermedio de los mandatos legales dictados por el Parlamento. Se trata de la actuación exclusivamente normativa del dictado de leyes que regulan lo que puede y lo que no puede ser realizado por los individuos. En torno a esta actividad se edifica el principio de la legalidad, asegurando que alguien solo será compelido a hacer o dejar de hacer algo en virtud de la ley. En esta primera perspectiva es el sistema jurídico el que limita la actividad de los individuos en el ámbito económico, haciéndolo mediante prohibiciones (lo que no pueden los agentes económicos hacer) e inducciones, incentivos (lo que deben hacer si quisieran obtener algunas ventajas).

Otra modalidad, llamémosla tradicional, de actuación del Estado en relación a la economía, es la intervención directa. Apremiado por crecientes necesidades sociales, la esfera pública (sistema político) reacciona absorbiendo parte del sistema económico, retirándolo del campo de la libre actuación de los agentes económicos. Se trata del intervencionismo estatal directo en la economía, representado por el establecimiento de monopolios estatales, la reserva de actividades de explotación exclusiva o privilegiada a los entes estatales, o la constitución de sociedades de economía mixta o empresas públicas, entre otros instrumentos. Si en la actividad normativa legal la actuación del Estado se basa predominantemente en el sistema jurídico, vía el ordenamiento estatal, en la intervención directa el sistema político ejerce un papel central. Se procede, podemos decir, a una politización

de la economía, con una fuerte sustitución de la racionalidad económica por la racionalidad política.

La moderna regulación, como se ha dicho anteriormente, emerge como otra forma de actuación frente a la esfera privada (aquí tomada por el sistema económico). Alternativa y complementaria. Alternativa porque permite, si es pensada como regulación estatal, la influencia del sistema político en segmentos del sistema económico. Complementaria porque la regulación no excluye la importancia de los sistemas jurídico y político, en la medida en que se presta exactamente a servir como engarce de estos con el sistema económico.

Lo que diferencia la regulación de aquellas otras modalidades de relación del Estado con el sistema económico y social es que, al contrario de las otras dos, el eje vertical, impositivo, de establecimiento de mandatos, da lugar a la otra forma de relación, más horizontal, donde la imposición es sustituida por la interlocución, el acatamiento obligatorio cede a la búsqueda del consenso y la legitimidad *a priori* de la autoridad es sustituida por la legitimación procesal.

De todo eso es importante notar que el crecimiento de la actividad regulatoria (estatal o no estatal) es consecuencia directa de aquel proceso de fortalecimiento de la esfera privada (sistema económico) en relación a la esfera pública (sistemas político y jurídico). La respuesta regulatoria no es causa de esta autonomía creciente y sí consecuencia de ella<sup>(16)</sup>.

En este contexto, la actividad regulatoria ofrece una alternativa al paradigma autoritario ya visto. Y eso porque la actividad regulatoria se muestra más adecuada a responder a los desafíos contemporáneos, ya que i) permite la adecuación a los niveles de especialización exigidos por cada sector de la economía; ii) establece más dinamismo y agilidad en la función normativa, permitiendo una respuesta del sistema regulatorio más ágil que la respuesta posible en el ámbito del ordenamiento estatal; iii) favorece una mayor integración entre los sistemas, toda vez que en el punto de conexión entre ellos no se da por el vértice de la cada sistema y sí por la articulación en el ambiente del propio subsistema regulado (donde interactúan los ac-

(16) Sobre el tema, ver mi *Agências Reguladoras - Instrumentos de Fortalecimento do Estado* (Abar, São Paulo, 2003, pág. 14).

intereses económicos, sociales, estatales y los distintos intereses de cada cual); (b) favorece las mediaciones técnicas a aquellas de matiz exclusivamente política, sin dejar de reconocer en aquellas un fuerte contenido de arbitraje de intereses<sup>(17)</sup>.

Sin embargo, la importancia de la moderna regulación en la dicotomía público y privado se da por la institucionalización, por la neutralidad, por la participación y por la racionalización de la acción estatal.

### 1. La institucionalización del poder

El primer gran beneficio generado por la moderna regulación está en el hecho de que permite una mayor institucionalización del poder. En el ambiente regulatorio, el Estado es obligado a seguir cánones institucionales, a respetar la estabilidad de las relaciones económicas y jurídicas y a seguir los procesos que limitan y condicionan la injerencia del poder político. En gran medida la regulación es un freno al voluntarismo de los gobernantes. Ella no impide que cada mandatario procure imprimir en el sector regulado las pautas políticas que entiende adecuadas y para la aplicación de las cuáles fue legitimado por el electorado. Sin embargo, la regulación debe obligar a que tales pautas sean sometidas a los procedimientos regulatorios, permitiendo que sean esterilizadas de las injerencias oportunistas, coyunturales y emotivas, y así puedan ser absorbidas con el menor ruido posible por el sector regulado. La prevalencia y el respeto, en la regulación, de plazos, procesos y contratos, incluso contra la voluntad del sistema político, muestra la evolución en el grado de institucionalidad de nuestros países, uno de los puntos más vulnerables de la tradición jurídica y política de América Latina.

### 2. Neutralidad y el equilibrio de intereses

En un contexto de interpenetración de las esferas pública y privada, con multiplicación de los espacios de superposición y fusión de intereses públicos y privados, la regulación ejerce un papel relevante de mediación de conflictos y arbitraje de intereses a partir de una cierta neutralidad en relación a los involucrados. De ahí la importancia de la independencia del

(17) Cf. MARZONA, Nicoletta, «Il Potere Normativo delle Autorità Indipendenti», en CASSESE, Sabino y FRANCHINI, Claudio, *I Garanti delle Regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, pág. 103.

regulador en relación a todos los intereses regulados, inclusive y especialmente el sistema político. Véase que aquí no estamos hablando de neutralidad ideológica o inmunidad técnica, ni de que la regulación deba ser ajena a las políticas públicas. Sin embargo, aunque parte de la esfera pública, el regulador no puede ser reducido a un mero apéndice del sistema político o un ente gubernamental dependiente de la voluntad política del mandatario. Si así fuera, quedaría aniquilada la función regulatoria.

Finalmente, es un rasgo inherente de la moderna regulación la independencia del regulador. El ente regulador debe mantener su independencia frente a los intereses regulados, incluidos ahí también los del poder público (controlar algún operador, o pretender imponer la propia concepción de los intereses que deben defenderse). En la línea del pensamiento de Vital MOREIRA y Fernanda MAÇÃS, el surgimiento de los entes encargados de la regulación busca «garantizar la neutralidad política de la gestión administrativa que desempeñan, asegurando que el sector sobre el cual actúan se desarrolle de acuerdo con sus propias reglas, las reglas y los criterios técnicos del sector en cuestión»<sup>(18)</sup>. Importa señalar que esa neutralidad no significa que el regulador actúe contra los intereses de los regulados o en contraposición a los designios del poder público. Significa, sí, que en el ejercicio de sus actividades el ente regulador debe mantener equidistancia entre los intereses verificados en el sector regulado, de modo que ejerza, con prudencia y proporcionalidad, sus competencias de la mejor forma para alcanzar los objetivos buscados con la regulación.

La búsqueda del equilibrio de intereses entre aquellos sujetos a la regulación hace, por tanto, que aquel que ejerce la actividad regulatoria sea neutro, en el sentido de equidistante, a todos los diversos actores involucrados. Lo que, convengamos, desafía aquella concepción tradicional de interés público ya explorada.

### 3. La participación de los interesados

Por consiguiente, la regulación no puede ni debe ser ejercida de forma aislada, unilateral y distante de los diferentes intereses sujetos a la regulación. Es esencial que los interesados participen de la actividad regulatoria.

(18) *Autoridades Reguladoras Independientes*, cit., págs. 29-30.

Exponiendo sus posiciones, defendiendo sus intereses, contribuyendo en la construcción de los marcos regulatorios. Eso hace que la actuación del regulador sea necesariamente permeable a la participación. Y obliga a que todas las decisiones regulatorias sean practicadas en el ámbito de procesos administrativos regulares, públicos y con formalidades conocidas por todos.

El manejo de la amplia gama de poderes que detentan las Agencias obliga a que, en su ejercicio, se muestren absolutamente adscritas al debido proceso legal, en su acepción más amplia (debido proceso legal sustantivo), con la más amplia participación de todos los interesados. Observancia de plazos, procedimientos absolutamente detallados, formas de asegurar los derechos de los interesados, mecanismos para el ejercicio del contradictorio y criterios de verificación de la proporcionalidad en las conductas regulatorias son esenciales a la moderna regulación y permiten que ella alcance el equilibrio entre los intereses públicos y privados envueltos.

#### **XI. EL NUEVO DESAFÍO: ESPACIO PÚBLICO EFICIENTE Y ESPACIO PRIVADO AUTÓNOMO**

Ha llegado el momento de concluir. Lo que aquí intenté fue presentar la relación que existía entre el surgimiento (y la importancia) de la moderna regulación y las transformaciones habidas en la esfera pública y privada y en la dicotomía entre ellas. Es cierto que todavía hay mucho por hacer y que las transformaciones vividas hasta aquí no son excesivas. El viejo paradigma resiste. Y su presencia lleva a muchos a pensar que la regulación corresponde al debilitamiento del Estado y al compromiso del interés público. Estoy convencido que la mayor resistencia a la moderna regulación no está en los gobiernos, sino en la cultura jurídica y política que se resiste a percibir los cambios en la dicotomía entre lo público y lo privado.

Sin embargo, y descontada la fuerza de la vieja tradición, hay desafíos para el futuro. A la esfera pública corresponde el desafío de ser eficiente sin ser autoritaria. De conciliar arbitraje de intereses, racionalidad económica y consagración de derechos fundamentales. A la esfera privada le corresponde la obligación de fortalecerse y de ejercer, plenamente, sus derechos y su autonomía, no aceptando la intrusión estatal innecesaria o desproporcionada, sino sabiendo también desempeñar sus funciones, saliendo de la zona de confort de esperar que el Estado todo provea. El tiempo dirá si estamos en el camino correcto.