

Revista de Regulación Económica

Empresas & Finanzas

Colaboradores

| | |
|---------------------------|--------------------------------------|
| Alberto Biglieri | Leonel Fonseca Cubillo |
| Aldo Milano Sánchez | Lucía López de Castro García-Morato |
| André Castro Carvalho | Luis Ortiz Zamora |
| Alonso Ernesto Moya | Maikol Andrade Fernández |
| Álvaro Borbón Muñoz | Manuel Alberto Restrepo Medina |
| Edwin Quintanilla Acosta | María Lourdes Echandi |
| Ernesto Jinesta Lobo | Marco Antonio Barbosa Fidelis |
| Esteban Alfaro Calderón | Melissa Cristina Pinto Pires Mathias |
| Estela B. Sacristán | Mónica Sastre Beceiro |
| Gaspar Ariño Ortiz | Roberto Sobre Casas |
| Janinne Delgado Silva | Richard Martin Tirado |
| Javier de Quinto | Ronald Hidalgo Cuadra |
| José Cesário Cecchi | Sergio Bravo Orellana |
| Jorge Sarmiento García | Stephan Brunner N. |
| Juan Miguel de la Cuétara | Vitor Rhein Schirato |



esan

Nuevos instrumentos de regulación: La regulación indirecta

María Lourdes ECHANDI GURDIÁN

Doctora en Derecho por la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (2003) y por la Universidad Complutense de Madrid (2007). Asociada de la Academia de Centroamérica y cofundadora de la Asociación Costarricense de Derecho Administrativo. Es Socia-Directora de la firma Consultores en Derecho Público S.A.

*"Las tradicionales formas de actuación jurídico-administrativas son instrumentos que sirven, fundamentalmente, para la actividad administrativa que consiste en una intervención directa y reguladora. Sin embargo, la cuestión es si estas formas jurídicas, en su configuración tradicional, más bien estática, son lo suficientemente elásticas para encauzar las nuevas formas de intervención administrativa y de comunicación entre la Administración y los particulares"*¹

SUMARIO:

1. Introducción 2. A modo de marco teórico 2.1. La inclusión del modelo de regulación indirecta 2.1.1. El teorema del trilema regulatorio 2.1.2. La regulación indirecta 2.2. Instrumentos de regulación indirecta 3. Mecanismos indirectos de regulación 3.1. El ejercicio consensual de las potestades de regulación. 3.1.1. Un ejemplo: la clemencia en el derecho antitrust. 3.2. La promoción de la autorregulación regulada para evitar el daño al orden público, o perjuicios a tercero. 3.2.1. Un ejemplo: la promoción de programas corporativos de cumplimiento voluntario en el derecho antitrust. 4. Conclusiones 5. Bibliografía

RESUMEN:

La autora nos da a conocer, en el presente artículo, las carencias técnicas del tradicional sistema de regulación como una herramienta eficaz; asimismo, señala que el teorema del trilema regulatorio nos da a conocer las carencias y consecuencias negativas para la sociedad al aplicarse un sistema regulatorio lineal. Seguidamente, para evitar caer en estas trampas regulatorias nos sugiere la inclusión del modelo de regulación indirecta, que tome en cuenta la auto-organización de los sistemas intervenidos y que la regulación brinde la posibilidad de que en primera instancia sea el sistema con su propia lógica y mediante sus regulaciones primarias quien corrija sus propias deficiencias. Finalmente deja entrever la necesidad de que el Derecho revise su función, sus posibilidades y límites dentro del macro sistema social y admita los procesos autorreferenciales de la Economía. El sistema jurídico, en suma, debe dejar el espacio al sistema económico para que cumpla su función social.

PALABRAS CLAVE:

Regulación indirecta / Sistema económico / Autorregulación

1. Introducción

Típicamente, la regulación económica ha acudido a lo que podría calificarse como técnicas tradicionales ideadas para disponer limitaciones y sanciones a los sujetos regulados.

De esta forma, luego de crear los respectivos centros de acción encargados de la regulación económica sectorial correspondiente, acto seguido se les atribuye un haz de potestades de imperio de variada índole.



Sin embargo, además de la tradicional regulación directa, es posible considerar otros mecanismos que califiquen como nuevos modos de intervención administrativa, propios de la modalidad de regulación indirecta.

Este documento pretende ilustrar, en un primer momento, un análisis teórico de la regulación directa e indirecta (2). Como se verá, esto implica una doble tarea: por un lado, explicar la inclusión del modelo de regulación indirecta junto al tradicional modelo de regulación directa (2.1), considerando la problemática del teorema del trilema regulatorio (2.1.1), y cómo la consideración de la alternativa de regulación indirecta puede ser una opción para solucionar la problemática que expone el aludido teorema (2.1.2). Por otro lado, es preciso identificar

teóricamente algunos de los instrumentos propios de la técnica de la regulación indirecta (2.2).

Finalmente, en un segundo momento, se expondrá la puesta en práctica de los mecanismos indirectos de regulación (3). En especial, se expondrán dos, a saber: el ejercicio consensual de las potestades de regulación (3.1), considerando como uno de sus ejemplos la figura de la clemencia (3.1.1) y la promoción de la autorregulación regulada para evitar el daño al orden público, o perjuicios a terceros (3.2), considerando como ejemplo de dicha práctica, la promoción de programas corporativos de cumplimiento voluntario (3.2.1). En ambos casos, se trata de instrumentos propios del Derecho antitrust, si bien son fácilmente extrapolables a otros ámbitos en donde se deban ejercer potestades de regulación.

2. A modo de marco teórico

Para la mejor comprensión de esta modalidad de regulación económica, es preciso evaluar el proceso evolutivo que el autor alemán Günther Teubner, logró identificar en el sistema jurídico.

La última etapa de esa evolución, para el autor, se relaciona con la incorporación de métodos de

regulación indirecta en la intervención del Estado, por medio de Derecho, en la sociedad (2.1).

Esta estrategia como se verá, ya ha venido siendo acogida con mayor o menor intensidad en el sistema jurídico, tal y como se demostrará con la mención de algunos instrumentos de regulación indirecta (2.2).

2.1. La inclusión del modelo de regulación indirecta

Como ha explicado con precisión Teubner, el Derecho evidencia un proceso evolutivo en donde los enfoques de regulación de la sociedad, difieren en cuanto a los objetivos e instrumentos considerados para que dicho sistema cumpla su función social.

En las dos primeras fases, el autor identifica normativa con objetivos diversos, aunque con

idéntico instrumental: una regulación lineal o directa, que queda expuesta a lo que denomina el trilema regulatorio (2.1.1).

Actualmente, como señala el autor con razón, se han venido dando muestras de la ruptura de ese único modelo e instrumental regulatorio, al incorporarse normativa e instrumentos de regulación indirectos, a los cuales me referiré (2.1.2).

2.1.1. El teorema del *trilema* regulatorio

En todo sistema social es posible identificar una evolución en las formas y los modos de cumplir con sus tareas.

Para el caso concreto del sistema jurídico, Teubner ha identificado mediante la observación tres distintas etapas evolutivas no excluyentes entre sí².

Por ahora, interesa examinar las dos primeras etapas y reservar la tercera al segundo apartado de esta misma sección.

En la primera etapa, el Derecho asume como tarea primordial, delimitar las esferas de autonomía para los actores privados.

Su tarea se reduce en esta primera fase evolutiva, a asegurar el espacio de libertad civil del ciudadano, en especial frente al Estado.

Esto hizo que afloraran normas tales como la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Código Civil francés de 1804.

² Es preciso aclarar, como señala el autor, que se trata de tres "modelos de evolución jurídica" o tres "dimensiones" del Derecho que no son excluyentes entre sí, vide TEUBNER, 1996, p. 3 y ss.

Se trataba de un enfoque defensivo, en donde las normas tenían el papel de definir espacios de libertad del ciudadano frente a la acción del Estado, ahora sujeto a la Ley como expresión de la voluntad ciudadana.

Esta fase es calificada por Teubner como la fase "formal" de Derecho³.

En la segunda etapa, que el mismo autor califica como la fase del Derecho material⁴, el sistema jurídico asume una tarea adicional. En efecto, en esta fase el Derecho se ocupa de generar, en el marco de un Estado de Bienestar, una regulación dirigida hacia la obtención de determinados resultados en los procesos sociales. Es decir, se caracteriza por tener un carácter finalista.

En esta etapa, el Derecho se convierte en un instrumento para las intervenciones políticas del Estado Social, sea corrigiendo los fallos del mercado o bien, asegurando medidas sociales compensatorias como los seguros de riesgos laborales, garantías sociales, etc.

En ambas fases, la fórmula de regulación se basó en un esquema de causalidad, del tipo lineal, es decir, la regulación busca provocar un determinado efecto. En un primer momento, proteger al individuo de la acción estatal y en un segundo momento, obtener determinados resultados en los procesos sociales, como la corrección de fallos del mercado o compensaciones sociales.

El modelo de ambas fases, sin embargo, según expone Teubner, en parte, ha resultado ineficaz.

Así las cosas, como advierte el autor, la regulación de la sociedad por parte del sistema jurídico, según sea planteada, tiene el riesgo de fracasar⁵.

Se atribuye este fracaso a varios factores, entre los cuales destaca la incapacidad del sistema jurídico de conocer en detalle la lógica de los sistemas regulados, así como al hecho de que no se consideran las

consecuencias de las intervenciones directas en que se basa la regulación, con el agravante de que en ocasiones, se intenta imponer al sistema regulado, la lógica o racionalidad del sistema regulador el Derecho⁶.

En suma, al ignorarse la racionalidad propia de los sistemas intervenidos, el Derecho queda expuesto en su afán regulatorio, al fracaso.

Esa circunstancia ha sido constatada por Teubner mediante el aludido teorema del trilema regulatorio, en el cual se describen tres distintos efectos perversos a que queda expuesta la sociedad, en virtud de un enfoque exclusivamente lineal de regulación⁷.

En el primer escenario posible, se produce una "indiferencia mutua" entre los sistemas relacionados, de modo que la intervención, por ser no pertinente, termina siendo meramente simbólica, al darse "incongruencias entre el Derecho y la sociedad"⁸. De este modo, el sistema jurídico se convierte en mero símbolo y los sistemas sociales no lo obedecen.

Ante esta trampa del trilema regulatorio, se señala la posibilidad de que la intervención no sea pertinente, sino meramente simbólica⁹.

Interesa destacar que para el propio Teubner, un ejemplo claro en donde la normativa puede tornarse en una regulación simbólica es, precisamente, la relativa a la libre competencia.

Comenta que a su juicio no es casualidad que se le haya dado el calificativo de "tigre de papel", al encontrarse un problema estructural para su aplicación: la carencia de recursos suficientes para hacerla valer¹⁰.

En ese sentido, el autor alude además al dicho de Robert Fisher, otrora Presidente de la Sección competente en materia de monopolios de la Corte Federal de Justicia alemana, para quien la ley contra las restricciones a la competencia no es más que una

3 TEUBNER, Gunther, 1996, p.19.

4 Ibidem.

5 La idea es seguida por RIVERO, para quien "la teoría de la auto-poiesis pone en evidencia que aún las decisiones intervencionistas fundadas en un orden constitucional democrático, si no toman en cuenta las estructuras autoreferenciales, se estrellan contra un muro infranqueable y deben hacer frente a una serie de consecuencias disfuncionales"; RIVERO SANCHEZ, 2001(a), p. 56.

6 Explica RIVERO, que "La idea fundamental en cuanto a este punto es que los subsistemas de una sociedad altamente compleja llegan a alcanzar a su vez un alto grado de complejidad e impenetrabilidad y desarrollan una dinámica propia, todo lo cual hace que una regulación estatal fracase, aún cuando se limite únicamente a las macrorrelaciones de los subsistemas. La regulación no tiene éxito tanto debido a la falta de capacidad del sistema regulador para conocer con detalle como funcionan los subsistemas que se pretende intervenir como para procesar la información a ellos referente. La regulación fracasa también debido a la imposibilidad de controlar las consecuencias de cada intervención y la dificultad de imponer la lógica del sistema que lleva a cabo los intentos de control a los subsistemas intervenidos. El que los intentos de control por parte de la política o el Derecho se vean frustrados cuando desconocen la dinámica propia de los sistemas autorreferenciales se expresa gráficamente con ayuda de la figura del trilema regulatorio, que ha sido ideada por Teubner"; RIVERO SANCHEZ, 2001 (a), pp. 56 y 57.

7 TEUBNER, Gunther, 1996, pp. 73 y 74. Así también RIVERO SANCHEZ, 1999, p.190.

8 RIVERO SANCHEZ, 2001 (a), p. 57.

9 Por ello, se afirma que, "el problema radica en que la regulación no corresponde a los criterios de relevancia del subsistema regulado, por lo que ésta se resuelve en una intervención de carácter meramente simbólico"; RIVERO SANCHEZ, 2001(a), p. 57.

10 TEUBNER, Gunther, 1996, p. 76



novela, en el tanto los compromisos políticos privan de criterios orientadores la aplicación del Derecho, y además, por el hecho de que concentrar el modelo en la imposición de multas como mecanismo de sanción, corre el riesgo de convertirlo en ineficaz por imposibilidad material¹¹.

Ambas circunstancias, para Teubner, son evidencias de una indiferencia mutua entre el sistema político y el jurídico, indiferencia que no se limita a la legislación de la libre competencia, sino que se constata en otras leyes de regulación de la economía¹².

Estas exigencias normativas de la política de la competencia que el Derecho no puede asimilar, son para Teubner la principal causa de la crisis de la legislación sobre competencia¹³.

En el segundo supuesto identificado por el autor en su teorema, la regulación jurídica provoca más bien la desintegración de la sociedad, al producirse una "legalización de la sociedad"¹⁴, al grado que el sistema jurídico destruye a los sistemas intervenidos producto de una excesiva intervención.

Al igual que el sistema político ignora las estructuras autorreferenciales del sistema jurídico, éste hace lo propio con otros sistemas sociales¹⁵, tal y como sucedió en la antigua Unión Soviética y los países satélites, en los cuales fue el Estado quien fijó las reglas a la economía mediante normas jurídicas¹⁶.

Es claro, por ello, que el efecto negativo de esa juridificación excesiva se vio reflejado en la capacidad de auto-regulación y auto-reproducción de los sistemas intervenidos por el sistema jurídico¹⁷, en este caso el económico.

En el desaparecido modelo soviético, la invasión de las normas fue de tal magnitud que provocó la lesión o destrucción de los procesos autorreferenciales de la Economía. En resumen, la Economía fue prácticamente anulada mediante el Derecho y sustituida por la Política.

Finalmente, la última situación descrita en el teorema del trilema de la regulación, que es claramente la menos frecuente, se refiere a un supuesto en el cual la intervención del sistema jurídico genera efectos tan eficaces, que se le requiere más allá de sus capacidades hasta caer en franca incapacidad para procesar la demanda de forma adecuada, al grado que ve en peligro su propia autorreferencialidad¹⁸.

En este supuesto, como lo indica Teubner, "Las demandas político sociales de regulación empujan al Derecho hasta sus límites de performance"¹⁹.

De esta forma, ante el riesgo de caer en alguna de las tres aludidas trampas regulatorias, se requiere recomponer el tradicional esquema regulatorio directo, basado exclusivamente en una filosofía de causa y efecto –causalidad– lineal, mediante la inclusión de instrumentos no lineales, indirectos, que tomen en cuenta la auto-organización de los sistemas intervenidos, de modo que la regulación brinde la posibilidad de que, en primera instancia, sea el propio sistema, consupropialógica, el que mediante sus regulaciones primarias, corrija sus disfunciones.

Se impone a mi juicio, desde esa perspectiva, la tarea a cargo del Derecho de regular–desregular o re-regular–, teniendo presente la propia función de cada sistema social de modo que logre estimular los procesos de autorregulación de cada sistema y sin el afán de sobreponer la racionalidad propia de un sistema por encima de la de otro.

Se estima en la actualidad, que los subsistemas sociales han logrado alcanzar un estado de autonomía avanzada tal que requieren ser sometidos, en primer término, a una nueva estrategia de regulación²⁰.

Se ubica en ese enfoque como tarea primordial del Derecho, ya no sólo la imposición de normas de conducta social, sino también, regular la organización, los procedimientos y la distribución de competencias²¹ para un derecho indirecto.

11 TEUNER, Gunther, 1996, p. 74.

12 En concreto, señala que "Es un conflicto que se fundamenta necesariamente en las estructuras de la política y del derecho como sistemas en los cuales la auto-referencia difiere." TEUBNER, Gunther, 1996, p. 75.

13 TEUBNER, Gunther, 1996, p. 74.

14 RIVERO SANCHEZ, 2001 (a), p. 57.

15 Así lo señala con acierto RIVERO, para quien eso sucede cuando "la intervención es de tal magnitud, que lesiona o destruye los procesos autorreferenciales del subsistema intervenido. Se produce en este caso, para hablar en los términos de Habermas, una colonización del subsistema por parte del derecho." RIVERO SANCHEZ, 2001, (2.1.1), p. 57.

16 RIVERO SANCHEZ, 2001 (b).

17 TEUBNER, Gunther, 1996, p. 78.

18 Explica RIVERO que "En la última hipótesis la regulación tampoco es compatible con las estructuras autorreferenciales del sistema. Pero las estructuras del subsistema intervenido permanecen intactas en tanto que las estructuras autorreferenciales del derecho se ponen en peligro o se destruyen. La razón de ello estriba en la circunstancia de que, en este caso, la eficiencia con que el derecho lleva a cabo la intervención (fenómeno éste de la intervención exitosa que es, por lo demás, muy poco frecuente), hace que la demanda socioeconómica de sus servicios aumente hasta llevar al Sistema Jurídico al punto de su ineficiencia. No es entonces debido a una falta de eficiencia sino precisamente debido a una efectiva política de implementación que se vuelven, por así decirlo, las consecuencias de la intervención contra el derecho y al no poder éste procesarlas adecuadamente, resulta dañada la autorreferencialidad jurídica." RIVERO SANCHEZ, 2001(a), p. 57.

19 TEUBNER, Gunther, 1996, p. 79. 20 TEUBNER, Gunther, 1996, p. 97.

20 TEUBNER, Gunther, 1996, p. 97.

21 TEUBNER, Gunther, 1996, p. 90. TL. En igual sentido véase RIVERO SANCHEZ, 2001 (a), p. 45.

La corriente, sin embargo, no se traduce en una negación del Derecho como sistema social. Todo lo contrario, genera una reflexión sobre su función y un replanteamiento de su capacidad y límites en una sociedad cada día más compleja.

En realidad, la idea más que hacer desaparecer la normativa relativa a la intervención directa, es complementarla con la normativa de intervención indirecta.

Se presenta en ese escenario, la necesidad de que el Derecho revise su función, sus posibilidades y límites dentro del macro sistema social y admita los procesos

2.1.2. La regulación indirecta

En el marco de esa renovación del Derecho y de los instrumentos que utiliza para cumplir con su cometido, se ha enfocado la regulación de los sistemas sociales por parte del Derecho, desde dos distintas tendencias.

La primera es la propuesta por Luhmann, para quien, en virtud de la autopoiesis de los sistemas, queda excluida toda pretensión de regulación por parte del sistema jurídico²³.

La otra línea de pensamiento es la de Teubner, para quien la autopoiesis de los sistemas, no hace que la regulación deba depender en exclusivo del autocontrol. Corresponde al Derecho armonizar las racionalidades de los distintos subsistemas, haciendo valer los fines de cada uno²⁴.

Así las cosas, si bien se admite que cada sistema cuenta con mecanismos propios de autorregulación a los que se denomina "*regulaciones primarias*"²⁵ o internas, pues son propios de cada sistema, no por ello se hace

autorreferenciales de la Economía. El sistema jurídico, en suma, debe dejar el espacio al sistema económico para que cumpla su función social.

De ahí que sea lógico pensar que en aras del cumplimiento de su función social, el Derecho debe ser sometido a una revisión que asegure una nueva ordenación que le de coherencia.

De lo contrario, podría dejar de cumplir con su función social, perder credibilidad y, ver cómo se irrespetan en sus propias narices, sus reglas²².

abandono de la función del Derecho de regular la convivencia en sociedad, por medio de "*regulaciones secundarias*"²⁶ o externas.

Es en el diseño de tales regulaciones secundarias, en donde se debe poner el acento, dado que deben posibilitar que los sistemas sociales apliquen primordial y prioritariamente, sus regulaciones primarias.

De esta forma, sólo subsidiariamente el Derecho estaría llamado a sustituirlas, en primer término, mediante su intervención indirecta²⁷ y como último recurso mediante su intervención directa.

Se aludió atrás a la consideración de Teubner de tres distintas etapas de evolución del Derecho, de las cuales se ha hecho referencia a dos de ellas.

Es precisamente en la tercera etapa a la cual llama el autor la reflexiva²⁸, en la que como hoy sucede, el Derecho enfatiza en una orientación procedimental²⁹,

22 Como evidencia de lo anterior, basta citar los siguientes datos: "El síndrome de ilegalidad (...) Las empresas de 27 de los 69 países comprendidos en el estudio, entre ellos más de las tres cuartas partes de los pertenecientes a la Comunidad de Estados Independientes y alrededor de la mitad de los países de América Latina y África (pero ninguno perteneciente a la OCDE), son víctimas de esta triple calamidad de los mercados: la corrupción, la delincuencia y un poder judicial imprevisible que ofrece pocas perspectivas de ayuda." Banco Mundial, 1997, pp. 47 y 48.

23 Como explica RIVERO, "Para Luhmann el mecanismo de la autopoiesis excluye de plano toda pretensión de regulación por parte del Sistema Jurídico, aún cuando ésta se limite, no a imponer criterios materiales de justicia, sino sólo a regular las condiciones estructurales de la integración social" RIVERO SANCHEZ, 2001, p. 58.

24 Se explica al respecto que para TEUBNER, "la existencia de la autopoiesis no significa que el control centralizado de los subsistemas a través del derecho y la política deba sustituirse por el simple autocontrol de los subsistemas. Pues el autocontrol se limita necesariamente al mantenimiento de la autonomía sistémica, con lo que se corre el peligro de que el subsistema se insensibilice con relación a su entorno. Por otra parte, se afirma que los subsistemas interactúan todos en la sociedad, de donde se originan conflictos intersistémicos que el derecho debe solucionar haciendo compatibles las diversas racionalidades y fines de los subsistemas en conflicto." RIVERO SANCHEZ, 2001, p. 58.

25 VON BERTALANFFY, 1976, p. 44.

26 *Ibidem*.

27 TEUBNER, Gunther, 1999, p. 90, T.L., se posibilite la realización del Principio

28 TEUBNER denomina "reflexiva" a esta tercera etapa o dimensión de la racionalidad del derecho moderno. Vide TEUBNER, 1996, MR. 19. Sobre el carácter procedimental de esta dimensión del derecho. Vide TEUBNER, Gunther, 1993, p. 153 y TEUBNER Gunther, 1996, p. 19.

29 En cuanto a la orientación procedimental del Derecho señala HABERMAS: "Su pleno sentido normativo lo cobra el derecho no por se a través de su forma, tampoco por su contenido moral a priori, sino por un procedimiento de producción legislativa, que genera legitimidad." HABERMAS, 2000, p. 202. Además, HABERMAS indica que en "lugar de la polémica sobre si la autonomía de las personas jurídicas está mejor asegurada mediante las libertades subjetivas para la competencia entre personas privadas o mediante derechos de prestación garantizados objetivamente para los clientes de las burocracias de los estados de bienestar, se presenta una concepción procedimental del derecho, según la cual el proceso democrático tiene que asegurar al mismo tiempo la autonomía privada y la pública [...]" HABERMAS, 1999, p. 258. (El resaltado no es del original).

Por su parte, LUHMANN concibe la legitimidad como "una disposición generalizada a admitir decisiones de contenido indeterminado bajo ciertos límites de tolerancia" LUHMANN, 2001, p. 20, T.L. Para LUHMANN, el procedimiento es un sistema, *Ibidem*. p. 31 y ss. Para este autor el procedimiento proporciona legitimidad en las decisiones. En ese sentido afirma que la "legitimidad por el procedimiento y por la igualdad de oportunidades para llegar a decisiones satisfactorias reemplaza la antigua concepción iusnaturalista o los métodos de creación del consentimiento teniendo la forma de un intercambio. Los procedimientos encuentran una especie de reconocimiento general que es independiente del valor de satisfacción relativa a una decisión particular, y este reconocimiento trae consigo la aceptación y la observación de decisiones ejecutorias." *Ibidem*, p. 23. T.L.



mediante la cual busca facilitar en primer término, una regulación indirecta y abstracta, que por medio de normas de organización, procedimiento y competencia³⁰ se posibilite la realización del Principio de autonomía ciudadana³¹ y la autorregulación³² de los sistemas sociales³³ en los que participa el ser humano.

Es de hacer notar que la variante en la estrategia regulatoria, no es el contenido, sino la forma, pues siempre se regulará una conducta con su respectiva consecuencia jurídica, sin bien esa consecuencia –la sanción–, a diferencia de lo que sucede en las prácticas de regulación directa, se ve como un medio de coacción y último recurso al cual debe acudir, tan sólo, en aquellos supuestos en que no quede otro remedio.

En otras palabras, siempre deberá existir el derecho sustantivo de intervención directa y vertical, sin embargo, en lo posible, en primer término la aplicación deberá enfatizar en el derecho indirecto y más horizontal.

Una de las características de las regulaciones indirectas es el control de tipo condicional, dirigido a posibilitar la autorregulación del sistema social regulado.

En el caso de la regulación económica, se busca que los controles condicionales tiendan a adecuar la conducta a un ordenado funcionamiento del mercado³⁴.

Además, si se pretende que la regulación indirecta sea en lo posible la regla para afectar lo menos posible al sistema regulado, es preciso contar desde mi perspectiva, no sólo con un sistema represivo sino también con mecanismos organizativos, competenciales y procedimentales de carácter preventivo.

Ahora bien, contrario a lo que podría creerse en el marco de este fenómeno, en el caso concreto del Derecho administrativo, no es posible señalar su extinción. Más bien, cabe entender que esto involucra una exigencia de renovación³⁵.

30 En esta construcción, el concepto de las normas de competencia, procedimiento y organización, se relaciona con el de las reglas secundarias de Hart. Señala HART que "es necesario distinguir entre dos tipos diferentes, aunque relacionados, de reglas. Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos, las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones." HART, 1968, p. 101. (El resaltado no es del original). en los que participa el ser humano.

Al respecto, HABERMAS señala que en el "desarrollo de reglas secundarias en el sentido de H.L.A. Hart" se evidencia el aporte que hace el Derecho al poder estatalmente organizado. Al decir del autor, "Se trata tanto de normas relativas a competencias que dotan a las instituciones estatales de poderes y facultades, o que simplemente empiezan constituyendo a tales instituciones, como también de normas de organización que establecen los procedimientos conforme a los que han de ser producidos los programas jurídicos y desarrollados por la Administración y la justicia. El derecho no se agota en modo alguno en normas rectoras del comportamiento, sino que sirve a la organización y a la regulación y control del poder estatal. Funciona en el sentido de reglas constitutivas que no solamente garantizan la autonomía privada y pública, sino que generan instituciones estatales, procedimientos y competencias." HABERMAS, 2000, p. 212. El resaltado no es del original.

TEUBNER por su parte, indica que "La auto-organización designa la capacidad de edificar espontáneamente estructuras sistémicas propias. Un orden interior no puede ser definido desde el exterior, este debe ser producido por la vía interna, por la interacción de sus componentes sistémicos. El sistema jurídico puede así ser calificado de auto-organizador desde que dispone de "normas secundarias", en el sentido de H.L.A. Hart Pero las normas secundarias no pueden comenzar a producir normas de comportamiento primarias antes de que el proceso sistémico de identificación y fijación procedimental esté terminado." TEUBNER, 1993, p.35. (El resaltado no es del original, T.L.).

Finalmente, el propio LUHMANN señala, en relación con el estudio de la autopoiésis del subsistema jurídico, que "todo teórico del Derecho tendrá inmediatamente que hacer un acercamiento con las reglas secundarias reconocidas por Hart" LUHMANN, 1993, pp. 82 y 83. (El resaltado no es del original, T.L.).

31 La autonomía jurídica del ciudadano "a diferencia de la moral (que es una), se divide en autonomía privada y una pública", RIVERO SANCHEZ, 2001, p. 148. Por medio de la autonomía privada "los sujetos pueden autorregular sus propios intereses de la forma en que mejor lo estimen pertinente. El principio de relatividad de los contratos, de conformidad con el cual, los contratos sólo surten efectos entre las partes contratantes y no perjudican a terceros como tampoco los beneficiar, no pretende hacer más que consagrar, en el terreno de los negocios jurídicos, la idea de la autonomía, de la autolegislación", *Ibidem*, p. 148. Por otra parte, por medio de la autonomía pública, "los sujetos están llamados a participar activamente en las decisiones políticas que afecten a su comunidad, incluidas aquellas que tengan por resultado la creación de las leyes. Esto es un consecuencia del doble rol que concierne a todo sujeto en una comunidad, que es ciertamente destinatario de normas jurídicas, pero también tiene el papel indeclinable de legislador, papel al que no renuncia ni aún con el nombramiento de representantes al congreso, pues siempre conserva la facultad de pronunciarse activamente (por medio de diferentes tipos de manifestación de su opinión) y pasivamente (a través de actos de desobediencia civil), sobre las leyes que se vayan a emitir o se hayan emitido por el Congreso", *Ibidem*, p.148.

La división y relación de la autonomía pública y privada tiene una gran importancia para HABERMAS. Para este autor "libertad negativa o autonomía privada y libertad positiva o autonomía pública se funden simétricamente en un mismo concepto, que por un lado permite blindar los derechos básicos frente a injerencias sociales, pero por otro se abre a la pluralidad social al permitir un casi ilimitado acceso a la esfera y decisiones públicas a todos los ciudadanos y grupos sociales. Ambas dimensiones serían complementarias, igual de importantes y asentadas en un origen común. El ciudadano no podría hacer uso de su autonomía pública sino poseyera la independencia necesaria garantizada por la autonomía privada; y a la inversa, no podría asegurarse una regulación consensuada de esta última sin o puede hacer un uso adecuado de su autonomía pública", VALLESPIN, 1998, p. 33.

De ahí se que argumente que "Todo el sistema de derechos fundamentales se deriva de la naturaleza discursiva de la creación del derecho, pero aquéllos constituyen la posibilidad para que ciudadanos libres e iguales puedan ejercer su función de partícipes en la regulación jurídica de la vida social", *Ibidem*, p. 33.

32 Se explica que un sistema es autorregulado cuando "es capaz de edificar y conservar sus propias estructuras, y de modificarlas en función de criterios propios", TEUBNER, 1993, p. 35, T.L. Se indica que se produce el fenómeno de la autorregulación en el sistema jurídico "cuando este elabora normas secundarias de identificación y normas y procedimientos de transformación del derecho." *Ibidem*, p. 35, T.L.

33 El concepto de sistema social es tomado de NIKLAS LUHMANN, para quien los diversos ámbitos de la sociedad como por ejemplo la política, la religión, la educación, la cultura, la moral, la economía, el derecho, la familia, la salud, la ciencia, son cada uno un subsistema del macrosistema que es la sociedad. Vide LUHMANN, 1991.

34 Al amparo de estas ideas, se dice que "Casi todos los servicios públicos están siendo sujetos de un proceso de liberalización, que transforma los respectivos sectores antes reservados en sectores de acceso libre. Contemporáneamente, sin embargo, para asegurarse la finalidad social (por ejemplo el servicio universal) se han establecido límites y controles. También en este caso podría decirse, formalmente, que algunos controles públicos se ven sustituidos por otros controles públicos. Pero entre los dos tipos de control hay dos diferencias. Los primeros eran preponderantemente controles de tipo directivo, los segundos son controles de tipo condicional o conforme al mercado. En los primeros no se dejaba en evidencia la autonomía de la tutela del consumidor, en los segundos esto sucede. Este es otro desarrollo que debe el Estado a la Unión Europea, que ha dispuesto la liberalización económica, y así, ha hecho retornar al cauce el derecho común la disciplina de sectores que en el pasado las leyes le habían sustraído", CASSESE, 2000, p. 287. T.L.

35 Se ha entendido al respecto que esta coyuntura "[...] no tiene como consecuencia una pérdida de importancia del derecho administrativo sino una renovación, un enriquecimiento, que bajo aspectos novedosos continúa y continuará siendo una rama esencial de los derechos públicos de nuestras sociedades [...]" SUBRA, 1994, p.108.

En efecto, este replanteamiento de los modos de intervención del Estado por medio del Derecho en la Economía, lejos de provocar la desaparición del

2.2. Instrumentos de regulación indirecta

A pesar de su aún reciente definición, la regulación indirecta ya da muestras de alcanzar un cierto grado de consolidación.

Como estima con razón, Teubner, uno de los ejemplos de regulación indirecta es la "regulación negociada"³⁷, cuya cristalización se asegura bajo la presión de fuertes sanciones jurídicas.

Desde esa perspectiva, se propone un mecanismo de regulación en el cual se concentran los esfuerzos en estructurar sistemas de negociación que faciliten soluciones ágiles y eficientes, tales como la autoimposición de conductas de hacer o no hacer del infractor, so pena de verse sometido a sanciones significativas, obviándose así por ejemplo, el recurso de la imposición de multas, el cual es una manifestación de una intervención muy vertical que incluso en ocasiones, termina siendo simbólica e ineficaz.

Desde esa óptica, la negociación es un mecanismo cuya influencia se demuestra en todos los ámbitos del Derecho³⁸.

La tendencia hacia la "regulación negociada" coincide con la comprobación de la excesiva inflexibilidad o rigurosidad en la aplicación del Derecho, en especial, en el marco del Derecho público³⁹.

En ese sentido, en época del Estado nacional alemán, Otto Mayer, influenciado por Hegel, coadyuva a teorizar un Estado fuerte, que trata con sus súbditos en el marco del derecho público sólo con imperio. Así, al definir la relación entre individuo y Estado, se

Derecho Administrativo, hace que deba replantearse, lo que nos puede llevar a la equivocada idea de que ello ocasione su agotamiento o desaparición³⁶.

hace en clave autoritaria, vertical, mediante actos unilaterales, sin espacio a una decisión paritaria o contractual⁴⁰.

Otro instrumento de regulación indirecta es la "autorregulación regulada"⁴¹, la cual consiste en la asignación de procedimientos y mecanismos de control por parte del Estado a la autorregulación. La regulación no tiende a los contenidos sino a los procedimientos y a los mecanismos de apoyo y fomento de la autorregulación.

La "autorregulación regulada" pretende introducir elementos democráticos y principios de la actuación administrativa en los procedimientos y organizaciones autorregulativas⁴².

Este tipo de regulación no pretende regular los espacios de libertad que no dañen el orden público, o que no perjudiquen a tercero, según lo prescribe el art. 28° de la Constitución. Es decir, constitucionalmente, sólo es posible admitir una "autorregulación regulada" que regule estrictamente aquellos supuestos o excepciones al principio general de libertad.

La "autorregulación regulada" viene a ser o un sustituto o bien un complemento de la regulación directa.⁴³

De ahí que una de las ventajas de la "regulación negociada" y de la "autorregulación regulada", es que se pasa del énfasis de una "solución rígida, globalizante y autoritaria"⁴⁴ del derecho directo a "decisiones flexibles"⁴⁵ a la medida de la situación -derecho indirecto-, dejando como último recurso el ejercicio de la actuación de imperio de tipo coactivo.

36 Como bien explica DESDENTADO DAROCA, ello no implica que se esté "ante una crisis de la esencia y finalidad propias del Derecho Administrativo, sino únicamente ante el agotamiento de las técnicas de intervención típicas del Estado social y de su sustitución por nuevas formas de actuación pública [...]"; DESDENTADO DAROCA, 1999, p.12.

37 Señala en concreto el autor, que "La "regulation négociée" est un premier titre de la discussion actuelle de ces régulations juridiques indirectes. La législation sur les cartels fournit un matériau empirique abondant d'une régulation par négociation, à l'occasion de laquelle des solutions négociées s'organisent sous la pression de sanctions juridiques. [...] A différence de l' « état de nature », la seule existence d'un droit matériel et de sa menace de sanction assigne aux acteurs, privés ou publics, des positions de négociation qui se répercutent en dernière analyse sur le résultat de la négociation." TEUBNER, 1996, p. 90.

38 En ese sentido, se indica que "La "negociación a la sombra de la Ley" describe un mecanismo con influencia en distintos campos del derecho. A diferencia del "estado natural", la sola existencia de un derecho material y de la amenaza de sanciones asigna a los actores, privados o públicos, posiciones de negociación que repercuten, finalmente, en el resultado de la negociación. Las ventajas son evidentes: a diferencia de una fórmula rígida, globalizante y autoritaria, se puede lograr por medio de la negociación, soluciones flexibles, ajustadas a la situación y cooperativas. El problema del ajuste estructural es abordado relegando a un segundo plano la función oficial del derecho, es decir, la prescripción de corrección de conductas, mientras que su función latente de regulación de sistemas de negociación resulta decisiva", TEUBNER, 1996, p. 90 y 91.T.L.

39 En la construcción de este modelo de regulación, se parte, entre otras premisas, de aquella según la cual, "Las reglamentaciones de control, cuando son excesivas, conducen (desde el punto de vista global o macroeconómico) al resultado exactamente inverso al deseado por sus panegiristas", BUSTAMANTE, 1993, p. 36.

40 Vide DELGADO PIQUERAS, 1995. p. 34.

41 Vide DARNACULLETA, 2005.

42 Ibidem.

43 Ibidem.

44 TEUBNER, 1996, p. 90.

45 Ibidem.



3. Mecanismos indirectos de regulación

Es posible identificar dos tipos de mecanismos indirectos de regulación, a saber: el ejercicio consensual de las potestades de control (3.1). Un ejemplo: la clemencia en el derecho antitrust (3.1.1) y la promoción

de la autorregulación regulada para evitar el daño al orden público, o perjuicios a tercero (3.2). Un ejemplo: programas corporativos de cumplimiento voluntario en el derecho antitrust (3.2.1).

3.1. El ejercicio consensual de las potestades de control

Existe, actualmente, una tendencia hacia la incorporación de un nuevo modo de ejercicio de las potestades: el convencional, consensual o paccionado.

Se trata de una forma de actividad administrativa atípica, que rompe con la tradición hegeliana de un Estado autoritario vertical y que actúa de forma impositiva, es decir, bajo criterios verticales y lineales de regulación social.

La fórmula consensual de actividad administrativa, había sido objeto de rechazo por parte de MAYER, que entendía que la prevalencia de los intereses públicos, excluía la posibilidad de modos de actuación que no fuesen unilaterales⁴⁶.

Sin embargo, el aumento de complejidad de la sociedad postmoderna dejó en evidencia las carencias de un enfoque como ese.

La actividad administrativa requiere hoy día, de la flexibilidad que no aporta el ejercicio unilateral de la potestad⁴⁷, que es precisamente lo que introduce un modelo indirecto de Regulación.

Esto ha hecho que diversas legislaciones hayan ido incorporando como modo alternativo de ejercicio de la potestad administrativa, el de carácter consensual⁴⁸. De este modo, se admite de forma genérica, la posibilidad de que la Administración acuda discrecionalmente, a una fórmula de ejercicio de la potestad administrativa de tipo consensual y no unilateral.

Y es que, como se ha entendido con razón, en estos supuestos el ente público, a pesar de tener a su disposición la alternativa del ejercicio unilateral de sus potestades, prefiere “[...] ponerlas en juego de una negociación con los ciudadanos sujetos a ellas [...]”, con el afán de alcanzar acuerdos que vengán a regular sus relaciones jurídicas y a “modular el ejercicio de las potestades”⁴⁹.

Como bien explica Schmidt-Assmann, es tarea del Derecho administrativo, facilitar a la Administración medios idóneos para cumplir con su función ordenadora. Dentro de tales medios, “[...] los actos unilaterales dotados de imperium”, son “[...] sólo una parte o una cara del tema”, al grado que se habla hoy día del “[...] desplazamiento de un Derecho jerárquico hacia un Derecho consensuado y en donde los medios de ejecución forzosa se complementan con estrategias para convencer y persuadir [...]”⁵⁰.

La rigidez en el ejercicio de la potestad sancionadora que impone el Principio de Legalidad, en nada contribuye a alcanzar la deseada eficacia de la regulación económica en cualquiera de sus distintas manifestaciones.

Ante esa realidad, el Derecho, inclusive el administrativo, ha sabido irse ajustando a la complejidad de su entorno al incorporar fórmulas flexibles de ejercicio de las potestades administrativas.

3.1.1. Un ejemplo: la clemencia en el derecho antitrust

El caso de la potestad sancionadora no ha sido la excepción, como resulta de institutos tales como la clemencia o amnistía.

De esta forma, mediante este instituto, se busca combatir eficazmente, prácticas sujetas a sanción, procurando obtener una “direct insider evidence”⁵¹.

46 DELGADO PIQUERAS, 1995, p. 34.

47 DELGADO PIQUERAS, 1995, p. 195.

48 Es el caso de la ley alemana de procedimiento administrativo de 1976 –contratos de Derecho público–; la Ley italiana de 1990 –accordi procedimentali– y la ley española de 1992.

49 HUERGO LORA, 1998, p. 31.

50 SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 38.

51 Se dice en el resumen ejecutivo del informe, que “El desafío al atacar los cárteles hard-core es penetrar su coraza de secretismo. Para animar a un miembro de un cártel a confesar e implicar a sus co-conspiradores con prueba directa, de primera mano o de insider sobre sus reuniones y comunicaciones clandestinas, una agencia de ejecución puede prometer una multa menor, una corta condena, una orden menos restrictiva, o completa amnistía”, Organisation for Economic Cooperation and Development, 2001, p. 2. T.L.

Se busca de esa forma, paliar la gran dificultad probatoria que, usualmente, enfrentan las autoridades reguladoras en este caso de competencia.

Típicamente, deben cumplirse ciertas condiciones para poder aspirar, de forma legítima, ya sea a una amnistía total o bien a un trato blando de parte de la autoridad de regulación.

Dentro de esas exigencias, se encuentra la naturaleza de la información que el interesado debe suministrar. Por ejemplo, es usual que los beneficios obtenidos por el informante sólo se logren alcanzar en el caso de que sea el primero en aportar información. Además, debe tratarse de información desconocida por la autoridad, creíble y, en el modelo comunitario europeo, que pueda ser calificada como una *"contribución decisiva a la apertura de una investigación o a la comprobación de una infracción"*⁵².

Aunque el tratamiento puede diferir de un régimen a otro, es usual que en el caso de que la información sea suministrada antes de que la autoridad tenga conocimiento del caso, se asegure al informante un mayor grado de beneficios.

Los beneficios se logran, sin embargo, no sólo luego de haber aportado información decisiva para

la solución de un caso. Normalmente, se exige una cooperación continua del informante a lo largo del procedimiento.

Por otra parte, en algunos modelos el beneficiario no puede haber sido el líder o instigador del acuerdo y deberá mostrar buena fe en el cumplimiento de acciones tendientes a corregir la práctica de que fue partícipe. Además, deberá hacer esfuerzos por indemnizar a los afectados⁵³.

La naturaleza de los beneficios varía según sea la regulación de cada régimen. Se admite, en algunos casos, la liberación de toda responsabilidad penal, como podría suceder en el modelo norteamericano, o bien, una reducción sustancial de las multas y hasta su dispensa total como sucede en el modelo comunitario europeo⁵⁴.

Es claro que la eficacia de un instituto como éste dependerá, tal y como lo señala el informe de la OCDE antes citado, de la gravedad de las sanciones a que queda expuesto el infractor⁵⁵.

Como se dijo atrás, esta modalidad de regulación consensual, debe estar asentada en un endurecimiento de las penas a que quedan expuestos los infractores. Cuanto más grave sea la eventual sanción a que queda expuesto el informante, mayor será el incentivo de beneficiarse de una amnistía o reducción sustancial de la sanción.

3.2. La promoción de la autorregulación regulada para evitar el daño al orden público, o perjuicios a tercero

Este enfoque involucra una clara exigencia de renovación del instrumental regulatorio, al dar espacio a la autorregulación, diseñada y supervisada por el Estado. De ahí que se indique en esta nueva forma de regulación pública, *"es necesario que los poderes públicos se encarguen de fijar los cauces y procedimientos a través de los cuales debe desarrollarse la autorregulación y se cuiden de establecer los controles a los que ésta deba someterse. Es por ello que la autorregulación llamada a complementar o sustituir a los tradicionales instrumentos de intervención pública es, necesariamente, una autorregulación regulada, esto es, una autorregulación diseñada, controlada y supervisada por el Estado y por la Administración."*⁵⁶

Se trata, entonces de una nueva técnica de intervención de los poderes públicos que consiste en la asignación de procedimientos y mecanismos de control por parte del Estado a la autorregulación de conductas regulables –es decir, que no invade los espacios de libertad que no puedan dañar el orden público, o perjudicar a tercero– la cual se concreta a través de leyes y reglamentos que regulan los procedimientos, organización y competencias.

Se parte de un autocontrol realizado por el mismo subsistema –empresa– al que se le suma un control externo por parte del subsistema estatal, con la idea

52 Comisión Europea, Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en casos de cártel.

53 En el derecho norteamericano, la Antitrust Division incluye como una de las cláusulas del "Amnesty Letter" que se suscribe con el informante, la siguiente obligación a cargo de este último: "Cooperación: ABC está de acuerdo en cooperar de lleno y de manera continua con la División Antimonopolio en relación con la actividad reportada, incluyendo pero no limitándose a lo siguiente: [...] usando sus mejores esfuerzos, a juicio de la División Antimonopolio, para reparar monetariamente a cualquier persona o entidad dañada como consecuencia de cualquier [v.gr. la fijación de precio] acuerdos u otra conducta violatoria de la 15 U.S.C. § 1 en [X] industria [v.gr. mundialmente], en la cual ABC fue partícipe"; T.L.

54 Se dice al respecto que, "El grado de reducción potencial de multas o penas en el programa de la CE es cuantificado con grados de clemencia correlacionados a reducciones porcentuales"; Organisation for Economic Cooperation and Development, 2001, p. 11. T.L.

55 "La seriedad de las penas posibles, y por ende la importancia del alivio que la clemencia puede prometer, es un factor importante"; Organisation for Economic Cooperation and Development, 2001, p. 14. T.L.

56 DARNACULLETA, 2005, contraportada.



de evitar el daño al orden público, o perjuicios a terceros. Sin embargo, el Estado se reserva siempre

su capacidad de imponer decisiones vinculantes de forma unilateral y directa.

3.2.1. Un ejemplo: promoción de programas corporativos de cumplimiento voluntario en el derecho antitrust

La idea consiste en desarrollar por parte de la autoridad reguladora, una guía para la creación de un Programa de Conformidad que las propias empresas apliquen a lo interno de su organización, de modo que sus prácticas se ajusten a las disposiciones de la legislación aplicable.

claro a todos los colaboradores que no se admiten ni promueven prácticas restrictivas de la competencia.

Es preciso que esa actitud sea continua, de modo que se generen declaraciones periódicas con el objeto de mantener vigente el mensaje y que así se establezca un modelo de comportamiento positivo de todo el personal.

Se trata como es claro, de un enfoque de regulación social totalmente diverso al tradicional, aunque podría ser consecuencia de éste.

Se requiere, además, que todo el programa se desarrolle mediante políticas y procedimientos escritos.

En efecto, en algunos casos las empresas desarrollan estos Programas como producto de compromisos adoptados dentro de un proceso penal o civil, en el cual los agentes económicos presuntamente infractores asumen tal obligación.

Estos documentos deberán además ser regularmente actualizados, según sea la evolución de las actividades de la empresa y de la legislación antitrust.

Esto hizo necesario el desarrollo de una guía que contribuyera al desarrollo de este tipo de instrumentos de tipo preventivo⁵⁷.

Sin perjuicio de los ajustes que puedan ser requeridos conforme a la naturaleza propia de cada empresa, la guía identifica algunos elementos indispensables:

Así, por ejemplo en el campo del Derecho antitrust, se señala en la guía de la autoridad canadiense, que todo Programa antitrust para ser eficaz, debe considerar al menos cinco elementos esenciales:

-Una declaración de la jefatura de la empresa, en donde se afirme su adhesión incondicional a la legislación antitrust y confirmando el compromiso de la empresa con relación a las políticas y procedimientos enunciados en el programa;

- El apoyo y participación activa de la alta dirección de la empresa;
- El desarrollo de políticas y procedimientos pertinentes;
- La sensibilización permanente de la dirección y el personal;
- La creación de un mecanismo de vigilancia, verificación y comunicación;
- Medidas disciplinarias.

-Una mención expresa del objeto de la Ley antitrust;

-Una síntesis de las disposiciones de la ley, de su aplicación, las sanciones y medidas correctivas, así como la identificación de aquellas regulaciones que conciernen directamente a la empresa;

La base misma del programa, la constituye un apoyo claro e inequívoco de la alta dirección de la empresa. Según el documento, le corresponde a la jerarquía promover el mensaje de que la conformidad con la legislación constituye un aspecto fundamental en la política de la empresa.

-Inclusión de algunos ejemplos ilustrativos de prácticas específicas que estén prohibidas por la ley, de modo que el personal de todo nivel de la empresa, se familiarice con los alcances de las regulaciones en las distintas actividades de la empresa;

Para ello, se recomienda que los directores de la empresa desarrollen un clima favorable al respeto de la legislación procompetencia, jugando un rol activo y visible en el respeto del programa de conformidad.

-Un código de conducta práctico en el cual se identifiquen las actividades que son ilegales o que generan dudas en torno a su legitimidad;

-Enumeración de las consecuencias del incumplimiento de las políticas de la empresa;

Se procura de esta forma que se genere un discurso a lo interno de la empresa, según el cual, quede

-Una guía de los pasos que deben seguirse cuando algún colaborador de la empresa, tiene dudas en

torno a la regularidad de una situación particular o en caso de que sospeche que se esté cometiendo una infracción a la ley;

-Un documento firmado por cada empleado de la empresa, en donde se deje evidencia de que ha leído y comprendido los alcances de la política y que se obliga a cumplirla.

Es preciso también que el programa incluya una labor de formación y sensibilización del personal, de modo que comprenda los límites de un comportamiento ajustado a la ley, límites que serán válidos tanto para la empresa, como para los restantes agentes que intervengan en el mercado como competidores.

Debe incluirse dentro del programa, el diseño de mecanismos de vigilancia, de verificación y de comunicación. Estos mecanismos tienen como función, prevenir y descubrir prácticas restrictivas de la competencia.

Se procura de esta forma, que el personal esté advertido de que sus actividades estarán continuamente sometidas a control y examen, además de que permite medir la eficacia del programa y los eventuales ajustes que podría requerir.

4. Conclusiones

El legislador no suele atribuir de forma sistemática a las autoridades regulatorias potestades de regulación indirecta –más horizontal y menos invasiva–, lo cual está asociado a un tradicional énfasis en la atribución de potestades de tipo directo –más vertical e invasiva– como instrumento de regulación social lo cual convendría corregir.

De mantenerse esa situación, el *ius puniendi* seguirá ocupando un sitio preponderante aunque con frecuencia simbólico y no un papel subsidiario y eficaz.

El ejercicio consensual de las potestades de imperio, es un mecanismo indirecto de regulación ya que estructura sistemas de negociación que facilitan soluciones ágiles y eficientes, como la autoimposición de conductas de hacer o no hacer *del infractor, so pena de verse sometido a sanciones significativas*, obviándose el uso de recursos tales como el de las multas sancionadoras, manifestación típica de los modelos de intervención vertical, que incluso en ocasiones termina siendo simbólica e ineficaz.

De forma concreta, como ejemplo del ejercicio consensual de las potestades de regulación, se encuentra la figura de la clemencia utilizada en el

A modo de ejemplo se propone en la guía que antes de que se formalice un contrato de publicidad, éste sea sometido a un detallado examen, según una lista predeterminada de exigencias derivadas de la normativa aplicable.

Por otra parte, resulta de notorio interés que la política de vigilancia incluya un mecanismo de comunicación interna que le de al personal la posibilidad de señalar, sin riesgo alguno, comportamientos que estima podrían representar una infracción a la ley.

Finalmente, es preciso que se regulen las medidas de tipo disciplinario que la empresa está dispuesta a adoptar en caso de que el personal participe en prácticas colusorias.

El interés de estas medidas, no sólo reside en su capacidad disuasoria, sino además, en el tanto refleja la política de la empresa con respecto a este tipo de prácticas.

Por ello, es imprescindible que el programa logre asegurar que todo el personal que podría verse implicado en prácticas restrictivas de la competencia, esté debidamente informado de las consecuencias de sus actos y de cuáles medidas disciplinarias, como suspensión, multas u otras, podrían ser tomadas de forma coherente por la alta dirección de la empresa.

campo del Derecho de la Libre Competencia.

Este instituto deja un saldo positivo para el orden público económico y para la sociedad, en tanto así se logra sancionar con dureza a quien ha promovido el daño al orden público, teniendo acceso a prueba que, sin la colaboración de un tercero que intervino en el acuerdo, no hubiese sido posible obtener. Sin duda, se trata de un mecanismo de regulación indirecta que viene a favorecer la eficacia de la acción administrativa y a evitar que se torne en meramente simbólica.

Por su parte, la autorregulación regulada fija los cauces y procedimientos a través de los cuales el sujeto de la regulación debe desarrollar medidas de autorregulación. Este instrumento no pretende regular los espacios de libertad que no dañen el *orden público o que no perjudiquen a terceros*.

Un ejemplo de estos mecanismos de autorregulación es la promoción de programas corporativos de cumplimiento voluntario de parte de las empresas, mecanismo de regulación absolutamente innovador que intenta evitar el daño al orden público o perjuicios a tercero, sin que sea necesaria, aunque no excluyente, la intervención vertical de la agencia reguladora.



5. Bibliografía

- Banco Mundial, *Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997, El Estado en un Mundo en Transformación*, Washington, 1997
- BUSTAMANTE, Jorge Eduardo, *Desregulación, Entre el Derecho y la Economía*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- Bureau de la Concurrence, *Les programmes de conformité des entreprises*, juin 1997, Canada, <http://strategis.ic.gc.ca/concurrence>, setiembre, 2006.
- CASSESE, Sabino, *La Nuova Costituzione Economica*, Editori Laterza, Roma, 2000.
- Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en casos de cárテル*.
- DARNACULLETA I DARDELLA, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2005.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995.
- DESDENTADO DAROCA, Eva, *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 2a ed., Editorial Trotta, Valladolid, 2000. (traducción de Manuel Jiménez Redondo).
- HABERMAS, Jürgen, *La Inclusión del Otro, Estudios de Teoría Política*, Editorial Paidós, Barcelona, 1999. (Traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca)
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *El Concepto del Derecho*, 2a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968. (Traducción de Genaro R. Carrio).
- HUERGO LORA, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas, Madrid, 1998
- LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociales: Lineamientos para una Teoría General*, Alianza Editorial, México, 1991. (traducción Silvia Pappe y Brunhilde Erker).
- LUHMANN, Niklas, *La Légitimation par la Procédure*, Les Presses de l'Université Laval, Paris, 2001.
- LUHMANN, Niklas, *Clôture et Couplage, dans Niklas Luhmann observateur du Droit*, L.G.D.J., Droit et Société, Paris, vol.5, 1993.
- Organisation for Economic Cooperation and Development, Committee on Competition Law and Policy, *Report on Leniency Programmes to Fight Hard Core Cartels*, 2001.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *Constitución, Derechos Fundamentales y Derecho Privado. Curso de Derecho Privado*, vol. I, 1a ed., Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2001. (2.1.1).
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *¿Qué es Derecho Económico?*, Ciclo de conferencias de verano de la Universidad Estatal a Distancia, Vicerrectoría Académica, Sistema de Estudios de Posgrados, Viernes 6 de abril de 2001. (2.1.2)
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *Responsabilidad Civil*, 1a ed., Editorial Areté, San José, 1999.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2003. (traductores Mariano Bacigalupo).
- SUBRA, Pierre, "El Nuevo Derecho Administrativo", en *Transformaciones del Derecho Público*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.
- TEUBNER, Gunther, *Droit et réflexivité, L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Bruylant, L.G.D.J., Paris, 1996.
- TEUBNER, Gunther, *Le droit, un système autopoïétique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993.
- VALLESPÍN, Fernando, "Prólogo", en HABERMAS, Jürgen y RAWLS, John, *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona, 1998. (traducción de Gerard Vilar Roca).
- VON BERTALANFFY, Ludwig, *Teoría General de los Sistemas, Consideración matemática elemental*, Lipal S.A., Madrid, 1976.