

LAS NOCIONES DE REGULACIÓN Y REGLAMENTACIÓN EN DERECHO ECONÓMICO ¿IDENTIDAD O ANTAGONISMO?*

THE NOTIONS OF REGULATION AND REGIMENTATION IN ECONOMIC LAW: SIMILARITY OR OPPOSITION?

AS NOÇÕES DE REGULAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO EM DIREITO ECONÓMICO: IDENTIDADE OU ANTAGONISMO?

Javier Sanclemente-Arciniegas^a

jsanclementea@gmail.com

Fecha de recepción: 10 de enero de 2017

Fecha de revisión: 05 de abril de 2017

Fecha de aceptación: 12 de abril de 2017

RESUMEN

El texto plantea una reflexión tendiente a distinguir las nociones de regulación y reglamentación como formas de intervención del Estado en la economía. En algunos casos, ellas son concebidas como idénticas, cuando en realidad se trata de dos instituciones opuestas. Por ello, el documento trata de explicar las causas de la confusión, e identifica las razones por las cuales es incorrecto pretender que se trata de instituciones iguales. La primera causa de la confusión es la influencia lingüística que se deriva de las instituciones jurídicas propias del derecho anglosajón sobre los sistemas jurídicos de derecho continental. La segunda causa está asociada al carácter multisistémico de la noción de regulación, ese hecho le da un carácter polisémico, que hace necesario identificar el uso específico que se hace de ella en el sistema jurídico y en el sistema económico. Tratándose de la intervención del Estado en la economía, la noción jurídica denominada regulación económica implica el uso de herramientas legales diferentes de las que son propias de la reglamentación. La confusión entre las dos nociones tiene efectos negativos que van

* La presente reflexión hace parte de la investigación realizada por el autor con miras a obtener el título de doctor en derecho en la Universidad París-Dauphine, PSL Research University, en 2016.

a. Doctor en derecho de la Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne, eso no es exacto, lo cierto es que soy Doctor en derecho de la Universidad París-Dauphine, PSL Research University. Con magister en Derecho de los Negocios y de la Economía de la Universidad Paris I, especialista (DSU) en Derecho Comercial de la Universidad PARIS II Panthéon Assas, especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia, abogado de la Universidad Nacional de Colombia.

más allá de las simples cuestiones semánticas. En efecto, en Colombia al remplazar de manera desprevenida las dos nociones se ha afectado el diseño y la implementación de políticas públicas en ese campo. Como consecuencia, se ha restado eficacia al derecho, lo que ha permitido una mayor concentración del poder político y del poder económico.

PALABRAS CLAVE

Derecho económico, regulación, reglamentación, autoridades de regulación, independencia.

ABSTRACT

This paper generates a reflection tending to distinguish the notions of regulation and regimentation as forms of State intervention in the economy. In some cases they are mistakenly conceived as identical when in reality they are two diametrically opposed notions. Therefore, the document tries to explain the causes of confusion, and identifies the reasons why it is incorrect to pretend that they are identical concepts. The first cause of confusion is the linguistic factor characteristic of the growing influence of the legal institutions of Anglo-Saxon law on the legal systems of continental law. The second cause is associated with the inter-systemic nature of the notion of regulation, a fact that gives it a polysemic character that justifies the pertinence of distinguishing the use of the term in the legal system, that distinction is particularly pertinent to the use of the notion in the economic system. The distinction is pertinent, since regulation imposes the effective respect of principles traditionally absent in regimentation. The confusion between the notions of regulation and regimentation has important negative effects that go beyond simple semantic questions. In fact, the confusion surrounding these two notions has had an impact in Colombia that has negatively affected the State intervention for the implementation of public policies in the economy. As a consequence, a greater concentration of political and economic power has taken place.

KEYWORDS

Economic law, regulation, regimentation, regulatory authorities, independence, impartiality, effectiveness, legitimacy, State intervention, liberalization.

RESUMO

O artigo procura distinguir as noções de regulação e regulamentação como formas de intervenção do Estado na economia. Em alguns casos, eles são erroneamente concebidos como idênticos, quando na verdade são duas instituições diametralmente opostas. Portanto, o documento tenta explicar as causas da confusão e identifica as razões pelas quais é errado fingir que são conceitos idênticos. A primeira causa da confusão é o fator linguístico, característico da crescente influência das instituições jurídicas da lei anglo-saxônica sobre os sistemas jurídicos do direito continental. A segunda causa está associada à natureza inter-sistêmica da noção de regulação, que, sendo polêmica, justifica a relevância de distinguir o uso do termo no sistema legal. Distinção particularmente relevante para o uso da noção no sistema econômico, uma vez que a noção de regulamentação impõe o respeito efetivo dos princípios tradicionalmente ausentes na regulamentação. A confusão entre as noções de regulação e regulamentação tem importantes efeitos negativos que vão além de questões semânticas simples. De fato, a confusão em torno dessas duas noções teve impacto na Colômbia, que afetou negativamente o projeto e implementação de políticas públicas relacionadas à intervenção do Estado na economia. Como consequência, tem havido uma maior concentração de poder político e poder econômico.

PALAVRAS-CHAVE

Direito econômico, regulação, regulamentação, instâncias de regulação, independência, imparcialidade, eficácia, legitimidade, intervenção do estado, liberalização.

INTRODUCCIÓN

Las nociones de regulación y reglamentación tienen una relación problemática en derecho económico. En efecto, algunos las conciben como dos nociones idénticas cuando en realidad se trata de dos concepciones opuestas de intervención del Estado en la economía (Chevallier, 2015, p. XV). Este documento plantea una reflexión en torno de esas dos nociones, tratando de explicar las causas de la confusión, e identificando las razones por las cuales es incorrecto pretender que se trata de conceptos idénticos.

La primera causa de la confusión es la influencia creciente de las instituciones jurídicas propias del derecho anglosajón sobre los sistemas jurídicos de derecho continental. En efecto, en inglés las nociones de regulación y reglamentación se confunden en una sola expresión. Con el fin de identificar los efectos perturbadores que se derivan de ese hecho, acudiremos a las reflexiones que la doctrina francesa ha realizado sobre el particular. Ello por cuanto el sistema jurídico francés, que es el prototipo de la familia del derecho continental a la que pertenece Colombia, también ha experimentado la influencia del derecho anglosajón. Sin embargo, la doctrina francesa ha realizado valiosos esfuerzos de interpretación que han permitido una adopción coherente de instituciones jurídicas, que, como la regulación, son ajenas a la tradición jurídica francesa y colombiana.

Las consecuencias negativas de la confusión no se limitan al plano semántico, también han tenido efectos perversos en el diseño institucional de las instituciones a cargo de dichas funciones. Además, confundir las nociones de reglamentación y regulación ha conducido a una mayor concentración tanto del poder político como del poder económico. Debido a ello, de una parte, el ejecutivo ha asumido competencias que, en principio, corresponden a autoridades judiciales. De otra parte, los poderes económicos que actúan en los sectores objeto de regulación han tendido a la concentración, afectando negativamente a los consumidores tanto en lo que se refiere a la calidad como en los precios. Por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones, la OECD (2014) ha afirmado que los consumidores colombianos deben pagar precios altos por servicios de mala calidad (p. 10).

La segunda causa de la confusión es el carácter inter-sistémico de la noción de regulación. En este aspecto seguimos la tesis propuesta por Farjat según la cual el derecho económico solo es comprensible en función de una reflexión sobre sus vínculos inter sistémicos (2004, p. 16). Por ello, ante el carácter polisémico del término regulación, resulta pertinente distinguir su alcance según las acepciones que tiene en diferentes sistemas. Ese posible uso múltiple de la noción de regulación plantea dificultades cuando se trata de determinar su contenido jurídico. En tal sentido, CHAMPAUD (2002, p. 33 - 66) observa el uso frecuente de la noción de regulación en la economía, la biología, la física, la mecánica o la microbiología como una

de las dificultades para determinar el contenido de esa noción en derecho económico. Así, aunque en todos los casos la noción hace referencia a mantener en equilibrio el funcionamiento de un sistema, es evidente que la regulación del ritmo cardíaco o de la cantidad o de nacimientos, presentan diferencias substanciales con la noción jurídica de regulación. Nosotros pensamos, siguiendo los planteamientos de Luhmann (1998), que analizar la noción jurídica de regulación económica implica sobre todo la necesidad de distinguirla de la reglamentación y de otros tipos regulación. Veremos que esas dificultades son particularmente agudas cuando se trata de diferenciar la noción de regulación en el sistema económico que no tiene el mismo alcance de la noción dentro del sistema jurídico.

Además, las dificultades para diferenciar las nociones de regulación y reglamentación se acrecientan debido al gran éxito que ha tenido la primera en los últimos años. Así, las dos nociones han tenido una trayectoria divergente. El prestigio de la institución de regulación se acompaña de la crisis de la noción de reglamentación. En efecto, la noción de regulación ha tenido un éxito notable, pues se trata de una noción revestida de prestigio internacional, una visión propia de la globalización impulsada por actores transnacionales (LEVI-FAUR y JORDANA, 2005). En ese sentido, en Colombia se ha afirmado que *"la regulación es la función estelar del Estado"* (LATORRE, 2014) cuya adopción ha sido determinada por influencias internacionales (RESTREPO- MEDINA, 2010), en especial del derecho anglosajón (SANCLEMENTE-ARCINIEGAS, 2016). En Francia, la importancia de la noción ha sido reconocida por numerosos autores. Así, CHEVALLIER (1995) ha afirmado que el concepto de regulación se ha convertido en un paradigma mayor de las ciencias sociales, JEAMMAUD (1998) señala que la noción se ha puesto tan de moda que es utilizada de manera equivocada e indiscriminada y AUTIN (1995) observa que la fortuna del término regulación en el debate jurídico francés es simplemente asombroso.

Dada la importancia que ha ganado y su carácter polisémico, el concepto de regulación ha sido utilizado para fundar a partir de él un nuevo tipo de Estado. Así, LEVI-FAUR et JORDANA (2005) hacen referencia a la regulación como la actividad emblemática del Estado, que anuncia un nuevo tipo de capitalismo. MAJONE (1997) también observa que la relevancia que se

otorga a la regulación permite identificar una transformación radical del Estado capitalista marcada por el abandono de un conjunto de actividades y por el advenimiento de la regulación como la principal de las funciones estatales (MAJONE, 1997). De allí que, la noción de *Estado regulador* es utilizada para describir esta transformación de la forma estatal en diferentes latitudes, de esa manera han sido calificados tanto la Unión europea¹, como Francia² o Colombia³ por los autores citados.

Por el contrario, la noción de reglamentación no goza de la misma popularidad. Esto debido a que la reglamentación se ha asociado a una manera arcaica e ineficaz de intervención del Estado en la economía. La intervención económica de tipo reglamentario es una actividad desprestigiada debido a que esa era propia de un modelo de intervención económica que fracasó: ella evoca la bancarrota de la economía administrada (AFTALION, 1990). La reglamentación sería la representación de una intervención quisquillosa del Estado en la economía que toma forma a través de una plétora de textos legales, minuciosos, exigentes, ilegibles y a veces, contradictorios (FRISON-ROCHE, 1996). Por medio del reglamento, el gobierno pretendería imponer a los mercados una lógica orientada por los valores virtuosos fijados por los burócratas, en detrimento de los resultados inciertos y peligrosos que podrían desprenderse del libre juego de las fuerzas del mercado. De manera que, la actividad reglamentaria del Estado es una función que carece de la legitimidad que se desprende de una acción estatal cuando ella es eficaz.

Además de los efectos económicos negativos la actividad reglamentaria es afectada por la erosión general del poder normativo (BRUNET, 2015). La crisis del poder normativo hace referencia tanto a las fuentes de las que se derivan las normas como a los efectos que se pretende de las mismas. Según el discurso liberal clásico de Montesquieu y Rousseau, la fuente de la que se derivan las normas en una sociedad de hombres libres no podría ser otra que la propia voluntad de los ciudadanos, los hombres libres solo obedecen las órdenes que

ellos mismos se dan. Sin embargo, la organización de dicho concepto en sociedades complejas exige la delegación de la expresión de dicha voluntad: la representación política. De manera que los ciudadanos no se obligan conforme a su voluntad individual, sino conforme a la voluntad que expresan por ellos sus representantes: la voluntad general es la ley.

El poder reglamentario aparece entonces como una primera excepción a ese principio, los ciudadanos ya no son obligados a obedecer solo las normas que adoptan sus representantes, ahora deben obedecer también las decisiones unilaterales adoptadas por el gobierno. Así, el órgano concebido para ejecutar las normas adoptadas por los representantes de los ciudadanos acumula además el poder de crear las normas que va a aplicar. Sin embargo, no solo el gobierno sino un número sorprendente de actores, públicos y privados (BRUNET, 2015, p. 66), disponen ahora del poder de obligar por decisión unilateral. De manera que asistimos a lo que el profesor CHEVALIER (2001) denomina como una multiplicación de actores de producción de derecho que da lugar a la existencia de nuevas y variadas fuentes normativas.

En cuanto a los efectos, el poder normativo en el derecho económico sufre de los que algunos autores⁴ han denominado como una tendencia a una orientación jurídica no autoritaria de las conductas. Así, la eficacia de las normas se ha desprendido del carácter obligatorio, la concepción de las normas como órdenes respaldadas por unas amenazas da paso a una concepción en la que la eficacia de la norma reside en la aceptación voluntaria de los destinatarios. La fuerza vinculante de las normas no vendría ya del miedo que inspira su incumplimiento sino de la adhesión voluntaria del destinatario que encuentra en ella una manera pertinente de organizar los asuntos públicos.

Veremos que, en Colombia, ante el desprestigio de la noción de reglamentación, se ha cedido a la tentación de jugar con las palabras, simplemente cambiando el nombre de la actividad. En efecto, se ha pretendido evitar las complicaciones más importantes derivadas del cambio que va de la reglamentación a la regulación como formas de intervención del Estado en la economía. En lugar de

1. MAJONE (1996).

2. CHEVALLIER (2004)

3. ALVIAR y LAMPREA (2015) y VALENCIA, G. (2004).

4. CHEVALIER (1998).

reformular el Estado atendiendo los requerimientos que implica la actividad de regulación económica se ha preferido acudir al artificio semántico. Así, la reforma del Estado se reduciría a cambiar la denominación de las políticas públicas, de las entidades o de las dependencias administrativas, sustituyendo el viejo y desprestigiado concepto de reglamentación por el nuevo y prestigioso concepto de regulación. A ello se han agregado algunos cambios cosméticos con el fin de dar una apariencia de renovación. Esto ha sido posible, de una parte, a causa de las suspicacias que despierta la noción de regulación tanto en quienes defienden las ideas del libre mercado como en quienes reclaman un rol más activo del Estado, como, de otra parte, por la confusión derivada del origen anglosajón del término.

Sin embargo, la distinción es pertinente, la noción de regulación impone separar el poder político y el poder económico y exige el respeto efectivo de principios ausentes en la reglamentación. En la primera parte del artículo veremos las razones que explican la confusión entre la reglamentación y la regulación. En la segunda parte, haremos referencia a las razones por las cuales la distinción resulta necesaria. Veremos que la confusión entre las nociones de regulación y reglamentación tiene efectos negativos importantes que van más allá de las simples cuestiones semánticas. En efecto, la confusión en torno a estas dos nociones ha tenido en Colombia un impacto que ha afectado de manera negativa el diseño y la implementación de políticas públicas referentes a la intervención del estado en la economía.

1. LAS RAZONES QUE EXPLICAN LA CONFUSIÓN ENTRE LA REGLAMENTACIÓN Y LA REGULACIÓN

Existe la tendencia a confundir las nociones de regulación y reglamentación. La confusión se origina, de una parte, en la influencia de las instituciones del derecho anglosajón sobre los sistemas jurídicos de derecho continental. En ese sentido, la confusión tiene un elemento lingüístico que es importante determinar. En efecto, en inglés los términos de regular y reglamentar se expresan con un solo y único vocablo "regulation". De otra parte, la noción de regulación tiene un carácter multisistémico que se presta a confusiones, el término es utilizado en diferentes ciencias y disciplinas de la física a

la biología, pasando por el derecho y la economía. Por ello, es necesario un esfuerzo conceptual a fin de determinar el alcance jurídico de la noción, distinguiendo sus usos correctos en derecho y diferenciándola de la regulación puramente económica.

1.1. El factor lingüístico que induce a la confusión

En los sistemas jurídicos de la familia de derecho continental, como el sistema francés o el colombiano, la interpretación de la noción jurídica del concepto regulación ha sido perturbada por el origen anglosajón del término. En ese sentido, se ha observado que el prestigio del que goza el sistema jurídico norteamericano es acompañado de la gran difusión del inglés como lengua internacional y de una idealización de los efectos positivos de ese derecho en el desarrollo económico y en la defensa de los más débiles (MUIR WATT: 2001). Sin embargo, la idealización puede conducir al trasplante literal de nociones jurídicas que conducen a equívocos. Así, en inglés el término "regulation" designa tanto la noción de reglamentación como la noción de regulación. Por el contrario, en español, en francés o italiano, esas dos expresiones hacen referencia a dos maneras bien diferentes de intervención del Estado en la economía. De allí se deriva una confusión importante debido a que juristas y economistas influenciados por las teorías modernas de regulación de origen norteamericano tienden a asimilar las dos nociones. Por ejemplo, se ha hecho referencia a una política de regulación y desregulación cuando las medidas adoptadas corresponden en realidad a la desreglamentación (Montenegro, 1995; Hommes, 1996).

Las consecuencias derivadas de la confusión lingüística son importantes⁵ debido a que la tipificación de las instituciones jurídicas tiene efectos sustanciales en la determinación del régimen jurídico aplicable a las instituciones en los sistemas de derecho continental. Por el contrario, la tradición anglosajona es ajena esta metodología. De manera que la superposición equivocada de ese precepto de la lengua inglesa a la española ha tenido efectos en la implementación de instituciones de regulación económica bajo el

5. LATORRE (2014), plantea también la importancia del factor lingüístico en el alcance de la noción de regulación, sin embargo, su análisis se orienta en un sentido diferente de que aquí proponemos.

modelo propio de las instituciones encargadas de la actividad reglamentaria. En el mismo sentido, la confusión ha conducido a la creación de autoridades de regulación económica en Colombia que no cuentan con los atributos necesarios para llevar a cabo sus funciones de una manera eficaz⁶.

Es importante notar que la confusión lingüística, va más allá de los aspectos semánticos, ella concierne asuntos como la distribución del poder de influencia en el sector económico objeto de regulación. Cuando ese poder lo detienen responsables políticos, tiende a ser capturado por el poder económico, que ejerce influencia a través de mecanismos como la financiación de las campañas políticas. Además, allí subyace una oposición cultural entre modelos sociales en los que el Estado puede ser sujeto de desconfianza o de contestación y otros en los que es concebido como el legítimo representante del interés general.

A ese efecto conviene observar que debido a la relevancia del factor lingüístico, la doctrina francesa ha acordado una importancia especial a los problemas semánticos ligados a la noción de regulación (Jeammaud, 1998). Así, los riesgos lingüísticos asociados a la confusión entre las nociones de regulación y reglamentación han sido señalados por diversos autores. En tal sentido, el profesor MARCOU afirma que *“hay una ambigüedad de sentido que depende de la lengua utilizada: en inglés o en danés, la misma palabra significa «regulación» y «reglamentación» mientras que en italiano, en francés o en alemán existen dos palabras diferentes”* (2006, p. 347): En el mismo sentido, el profesor TIMSIT (2004) observa que la simple transposición al francés del término inglés *regulation* conduciría a equívocos. La profesora FRISON-ROCHE, que es el autor fundador de la teoría del derecho de la regulación económica en Francia, ha observado que el término regulación en lengua francesa ha sufrido por la homonimia con el término inglés, esto por cuanto la traducción literal desemboca en un sentido contrario al pertinente, de manera la trasposición literal induce a confundirla

con la reglamentación (2007, p. 5; 2004, p. 7; 1998, p. 5; 2001, p. 610).

En Francia, los esfuerzos por superar las dificultades lingüísticas asociadas a la definición del concepto jurídico de regulación en derecho económico se han encaminado de manera específica a distinguir las nociones de regulación y reglamentación. En esa dirección, el profesor CHAMPAUD observa que las dificultades lingüísticas imponen una reflexión de fondo sobre los aspectos semánticos a fin de diferenciar los mecanismos propios de cada una de esas formas de intervención en la economía (2002, p. 9). Por ello, afirma que es necesario, en primer lugar, repudiar y combatir la confusión que se presenta a menudo entre las nociones de regulación y reglamentación ya que se trata de dos sistemas de intervención económica, completamente diferentes en su naturaleza, en sus aplicaciones y en sus efectos. Del mismo modo, COHEN-TANUGI (1998, p. 4 - 7) ha afirmado que la regulación se distingue de la reglamentación tradicional por su carácter dinámico evolutivo y por el conjunto de instrumentos de acción que excede la simple expedición de normas generales y escritas y por sus características institucionales.

En esta misma perspectiva, la profesora FRISON-ROCHE (2004) observa que es necesario tener claro a qué se hace referencia cuando se utiliza la noción de regulación. Esto para evitar asociar a ese concepto unas consecuencias prácticas que le son contrarias. Por consiguiente, rechaza la asimilación entre las nociones de regulación y reglamentación afirmando que: *« On ne fait plus aujourd’hui le contresens de confondre la régulation avec le terme anglais de regulation, lequel renvoie à la réglementation »* (p. 7).

—Ahora bien,—podría pensarse que el problema de la distinción entre reglamentación y regulación no obedece solo a problemas lingüísticos, sino que en realidad se trata de problemas culturales más profundos. En esa perspectiva, LEGRAND (1997) hace referencia a los factores lingüísticos como uno de los elementos que hacen imposible los trasplantes de instituciones jurídicas de un sistema jurídico a otro. Este tipo de planteamientos se opone a lo propuesto por WATSON (1974) quien ha observado que la manera más común de cambio legal en la historia de la humanidad es el trasplante de las instituciones jurídicas

6. Por ejemplo, la OCDE ha concluido que la comisión de regulación de comunicaciones es un regulador demasiado débil *« The CRC is a weak regulator, among other reasons, because it lacks both enforcement and sanctioning powers, with the exception of the imposition of fines for missing or flawed information. Such fines are relatively low at under USD 300 000.8 All other sanctioning powers rest with the Ministry. Providing the CRC with sanctioning powers is essential to increase its credibility and leverage among operators »* OECD, Review of telecommunication policy and regulation in Colombia. (OECD, 2014, p 140).

de un pueblo a otro u de un país a otro. Según ese autor, eso indica que son los trasplantes y no cultura o la lengua de los pueblos lo que configuran las instituciones jurídicas. El debate entre LEGRAND y WATSON ha sido calificado como el peor tipo de debate académico por hacer uso de múltiples falacias y desconocer los argumentos del oponente (Twining, 2005). Resulta claro que, tanto históricamente como en la actualidad, un gran número de instituciones jurídicas adoptadas en múltiples países ha sido objeto de trasplantes; por ejemplo, la evidencia histórica de la adopción del derecho romano en el mundo tendería a dar razón a Watson. Así, las instituciones jurídicas de la Roma antigua han sido adoptadas en países de diferentes culturas e idiomas. Sin embargo, desconocer la tesis de Legrand sobre la importancia de la cultura local en la configuración de las instituciones jurídicas no parece tampoco razonable. Contrario a esas dos posiciones, enfoques como el de COTTERRELL (2006) aparecen más pertinentes en la medida en que reconocen la importancia tanto de los trasplantes como de las culturales locales, pero observan los efectos de la globalización en el advenimiento de una comunidad jurídica global fruto de las relaciones estrechas entre redes transnacionales. El advenimiento de la regulación y las entidades encargadas de realizar esta actividad han sido influenciadas de manera determinante por ese tipo de redes.

La importancia de los obstáculos lingüísticos en la circulación de las instituciones jurídicas entre diferentes lenguas y culturas es mitigada en el análisis sobre el derecho y las lenguas nacionales de DEBONO (2012, p. 69 y 133). Este autor afirma que en ocasiones se esconden sentimientos nacionalistas xenófobos detrás del discurso según el cual existe un determinismo lingüístico que impregna el pensamiento jurídico o que tiende a ver la lengua como el vehículo de una cultura jurídica que expresa una visión del mundo propia de una nación. Como ejemplo, analiza el caso de la Unión Europea que representa una institución jurídica que es pluralista y multilingüe, de manera que las instituciones jurídicas europeas son reproducidas en las diferentes lenguas nacionales en una gestión inteligente de la diversidad. De esa manera demuestra que la diferencia lingüística puede ser utilizada como una excusa. En efecto, debe tenerse en cuenta que la oposición entre

las nociones de regulación y reglamentación, como maneras de intervención del Estado en la economía, tiene impactos en la distribución del poder. Así, más allá de las diferencias lingüísticas regulación y reglamentación se oponen en el rol que debe jugar el Estado en la economía y en los actores llamados a detentar las influencias determinantes.

Hay, además, una característica del derecho anglosajón, que conviene ser resaltada con ocasión de la adopción de la noción de regulación, la desconfianza, que en esa cultura es natural, hacia el derecho y los detentores del poder. Esa desconfianza, propia de la filosofía liberal que aspira a controlar el poder a través de su división, tiene manifestaciones específicas en la regulación económica y en las instituciones encargadas de desarrollarla. Por ello el regulador debe ser independiente tanto del poder político como del poder económico. En Colombia, en lugar de adoptar autoridades de regulación que atiendan ese precepto, se ha acudido a adoptar instituciones de regulación bajo el modelo del esquema institucional propio de las autoridades reglamentarias. De tal manera, se puede afirmar que, en nuestro caso, el rasgo cultural que ha impedido la adopción plena de la noción de regulación no está en los problemas lingüísticos, sino que, jugando con las palabras, nos encontramos frente a una readaptación del viejo adagio colonial “se obedece, pero no se cumple”. De manera que aspiramos a importar nuevas instituciones jurídicas de prestigio, pero los cambios se limitarían a cambiarle el nombre a las mismas viejas actividades desprestigiadas.

1.2 El carácter multisistémico de la noción de regulación

Con el fin de distinguir la noción de regulación jurídica de otras nociones como la reglamentación, la doctrina francesa ha realzado las características multisistémicas de ese término, de allí se desprende la necesidad de determinar el contenido del término en el sistema jurídico. En efecto, identificar los rasgos jurídicos de la regulación permite superar dificultades al momento de distinguir la noción de regulación jurídica de la noción de regulación de la que habla en otras ciencias o disciplinas. Esto por cuanto, en una sociedad cada vez más compleja, se ha multiplicado la existencia de sistemas diferenciados que tienden a actuar de manera

autónoma como microcosmos independientes, dando un sentido propio a expresiones usadas en otros contextos.

1.2.1. La regulación: condición de funcionamientos de sistemas físicos y biológicos

Diversos autores han observado que la regulación es un término propio de los sistemas de las ciencias físicas o biológicas. De manera que el uso de esa noción en el sistema jurídico se encuentra impregnado de una etimología propia de las ciencias exactas. Así, Champaud (2002) observa que en las ciencias biológicas ha sido identificado el uso de la noción de regulación en al menos veinte sistemas diferentes, que comprenden desde la regulación del sistema cardíaco, hasta las contracciones musculares, pasando por la regulación de las enzimas, del sistema respiratorio o de la temperatura. Ese autor sostiene que el origen de la noción regulación se dio en las ciencias naturales, en la física. En ese sentido, observa que los físicos denominan regulación el fenómeno consistente en el restablecimiento de un equilibrio al interior de un sistema que debe ser mantenido en un estado de funcionamiento regular, siendo el funcionamiento regular aquel que le permite cumplir sus funciones.

Un razonamiento similar exponen juristas como MIAILLE (1995) y CHEVALIER (1995) quienes identifican la noción jurídica de regulación en los desarrollos científicos que abarcan desde la revolución la revolución industrial hasta los modelos cibernéticos actuales. Así, la epistemología de la noción de regulación permite identificarla como originaria de otras disciplinas científicas iniciando en la física, en la que ella hace referencia al funcionamiento constante o regular de aparatos como de la máquina a vapor, el regulador de temperatura, el termostato, los reguladores de velocidad o los mecanismos de relojería. A ese carácter, de naturaleza mecánica, se remontarían conceptos ligados estrechamente a la idea de regulación, como el de pesos, contrapesos, fuerzas u equilibrio. Siguiendo ese hilo, posteriormente la noción habría sido retomada en el estudio de los cuerpos vivos para describir el funcionamiento de sistemas biológicos complejos, como el sistema hormonal o el sistema respiratorio o cardíaco en los cuerpos vivos. Este antecedente en las

ciencias biológicas explicaría que algunos juristas identifiquen la noción de la regulación como un concepto propio de la medicina, que sería luego retomado por el derecho (DELZANGLES, 2015, p. 7).

Es importante resaltar un factor que distingue la noción de regulación en los sistemas propios de las ciencias físicas y en la biología, que puede ser inferida de los autores citados: en la física la regulación de los sistemas es producto de la concepción racional tendiente a lograr el funcionamiento constante de los aparatos, de manera que la regulación sería una necesidad que ha sido suplida por el diseño mecánico de los dispositivos. Por el contrario, en la biológica los sistemas vivos tienen mecanismos reguladores internos. El sistema respiratorio y el cardíaco, por ejemplo, operan de manera regular sin que sea necesario, en principio, una intervención exterior para ello. En ese sentido, CHAMPAUD (2002) hace referencia a la diferencia entre la autorregulación y la regulación externa. CHEVALIER (2015) por su parte hace referencia a la noción de homeóstasis, concepto que designa los ajustamientos automáticos al interior de un sistema biológico perturbado. La capacidad de autorregularse o la necesidad de regulación externa son aspectos relevantes, pues a partir de allí pueden ser defendidas ideas según las cuales, de la misma manera que el ser humano no requiere un termostato para asegurar el comportamiento constante de su temperatura, otros sistemas, como el económico, no requerirían tampoco una intervención externa para funcionar correctamente. En efecto, la teoría general de sistemas postula la aplicación de ciertos principios a todo tipo de sistema, con independencia de sus características particulares. La posibilidad de que el sistema se regule así mismo es considerada como una característica fundamental ya que de ella depende, tanto la supervivencia del sistema, como la posibilidad de mantener su autonomía.

1.2.2. El funcionamiento regular de un sistema social

De las ciencias duras las ciencias sociales han retomado la noción de regulación y la han convertido en un paradigma. CHEVALIER (2004) fundamenta la anterior idea retomando la definición que hace KUHN de los paradigmas científicos como una matriz que integra un conjunto de creencias y de valores, de técnicas

y de métodos que son comunes a un grupo científico determinado y que proporciona las referencias necesarias para reconocerse e institucionalizarse. Los paradigmas se convierten así en modelos de razonamiento que, gracias a su aptitud para resolver problemas concretos, son retomados una y otra vez en diferentes disciplinas, la difusión, y la universalización del modelo lo convierten en un paradigma. El concepto de regulación ha sido retomado por diferentes ciencias sociales, asociado también a la existencia de reglas, sin embargo, debe tenerse en cuenta que se trata de una noción que es objeto de adaptaciones con el fin de ajustarla a las problemáticas específicas de cada una de las disciplinas. Así, dado que el término es utilizado en la sociología, la economía la política o el derecho es pertinente determinar las características que designan la noción cuando es utilizada de manera particular en el campo jurídico.

Para ello resulta relevante la posición de JEAMMAUD (1998, p. 52) quien descarta la confusión que tiende a reducir la regulación jurídica a la presencia de reglas sobre una cuestión determinada o a la actividad de producción de esas reglas. En efecto, tanto en la sociología como en la economía la noción de regulación también se ha ligado estrechamente a la creación de normas. Como ejemplo es pertinente mencionar, en la primera de esas disciplinas, la reflexión de REYNAUD (1993) quien ha postulado una teoría general de la regulación social fundada en la creación y la renovación de las reglas. Para ese autor el objetivo primordial de la interacción social es la regulación que tiene lugar por la vía de las reglas, de manera que la sociedad a través de una conciencia colectiva resulta determinante tanto en la determinación de las reglas como en la renovación de las mismas.

En ese mismo sentido sociólogos como BOURDIEU han observado una relación estrecha entre normas, reglas y hábitos (OCQUETEAU y SOUBIRAN-PAILLET, 1998), de manera que la interacción social que se manifiesta por vínculos regulares y permanentes que dan lugar a la creación de parámetros de comportamientos individuales que en la interacción social conducen a la creación de reglas sociales, normalizar sería el principal de los hechos sociales (COMMAILLE, 1991). Sin embargo, los análisis sociológicos hacen énfasis en las múltiples fuentes de creación

de normas (Belley, 1986) y en las diferencias entre normas sociales y normas jurídicas, de manera que así como resulta criticable reducir la regulación jurídica a la actividad de producir normas o a la existencia de normas acerca de un tema determinado, resulta también equivocado pretender fundar la regulación de la sociedad de manera exclusiva en las normas jurídicas que la rigen.

1.2.3. Regulación en el sistema económico

En la economía también la noción de regulación resulta paradigmática por cuanto, como hemos visto, ella está asociada a la noción de equilibrio. Así el análisis de la aptitud del sistema económico capitalista para funcionar de manera autónoma, es un referente fundamental del discurso económico. En tal sentido, es relevante mencionar la obra del economista francés León Walras (1987), quien ha postulado, desde la perspectiva de la economía clásica, una teoría del equilibrio general. Según él, la economía se desarrolla a través de ciclos económicos que le permiten funcionar de manera autónoma, ello gracias al sistema de precios que deben ser fijados por la oferta y la demanda en el marco de una competencia libre. En este marco conceptual, la regulación estatal de la economía resultaría superflua, pues el sistema económico tiende naturalmente al equilibrio. Por tal razón, desde la perspectiva de los economistas liberales la regulación estatal es percibida como negativa, pues amen de ser innecesaria, sería fuente de costos adicionales y estaría capturada de manera inexorable por los operadores que pretende regular (STIGLER, 1921).

En oposición a ese paradigma, otros economistas como MARX, KEYNES y PIKETTY han observado la existencia de crisis internas del sistema económico que hacen necesaria la intervención activa del Estado. En la perspectiva marxista (Sanjuan, 2014) las crisis son inherentes al sistema capitalista dado que se encuentra afectado por contradicciones internas, incluso pese a la intervención del estado, las contradicciones internas del sistema lo llevarían a su indefectible desaparición. Una crítica en un mismo sentido similar aunque menos radical realiza KEYNES a la luz de la grave crisis de los años 29-33 (ROSIER, 2003, p. 47), en su criterio el Estado debe asumir un

rol decisivo con el fin de estimular la demanda efectiva, de manera que la solución de la crisis no puede dejarse al simple juego de la oferta y la demanda. La misma posición es defendida en la actualidad por PIKETTY quien plantea de manera explícita la pertinencia del retorno del Estado como factor *regulador* del capital en el siglo XXI, para el autor XXI esa sería la manera de evitar y superar la grave crisis económica surgida desde el año 2008.

El discurso neoliberal tal y como fue concebido por la escuela austriaca, también rechaza la idea según la cual la economía se regula de una manera autónoma. En el análisis que realiza FOUCAULT, 2004, sobre la economía alemana observa que, ese es un aspecto de importancia fundamental que diferencia los economistas clásicos de los economistas neoliberales (p. 87). En efecto, para este autor francés la propensión a catalogar el discurso económico neoliberal una simple reedición de las ideas de los economistas liberales clásicos como SMITH corresponde sencillamente a pereza mental, ese sería el camino seguido por quienes no quieren asumir el trabajo de observar la complejidad. La necesidad de regulación es uno de los aspectos en los que, según FOUCAULT, se manifiesta esa diferencia en el de la intervención del Estado en la economía dado que en el discurso de los economistas liberales clásicos el Estado debía auto limitarse y no intervenir, por el contrario, los economistas neo liberales postulan la necesidad de una intervención activa y constante del Estado a través de la regulación, para preservar el funcionamiento adecuado del mercado.

Igualmente, es pertinente hacer referencia a la teoría de la regulación económica que ha sido postulada por los autores franceses AGLIETTA (1976) y BOYER (1989). Como su nombre lo indica, esta escuela de pensamiento económico postula la importancia de la regulación económica como factor que permite superar las constantes crisis del capitalismo. De esa manera, ella se distancia de la teoría del equilibrio general postulada por los economistas liberales clásicos. Sin embargo, esta corriente se aparta tanto de los planteamientos keynesianos como de los planteamientos marxistas por cuanto matiza el rol determinante del Estado y acepta la importancia del individuo y de sus grupos de interés, hecho que la aproxima a los postulados de los economistas clásicos. Finalmente, merece destacarse la reflexión del premio Nobel de economía Jean TIROLE (1991) quien ha planteado,

desde la economía, la pertinencia del análisis de la captura del regulador desde la perspectiva de la oferta, hecho que permite un mejor análisis de las autoridades de regulación y que lo opone a la tesis original sobre la captura planteada por George STIGLER (1971).

Estas referencias a la utilización de la noción de regulación en el discurso económico no pretenden en modo alguno una presentación completa y exhaustiva de las teorías económicas que tratan la noción. El propósito es poner de presente el uso corriente de la noción de regulación en dicho sistema, a fin de resaltar la importancia de una distinción entre la noción de regulación cuando ella es utilizada en el sistema económico y en el sistema jurídico. En ese sentido, resulta pertinente identificar los aspectos que son propios de la regulación como noción jurídica y aquellos aspectos que son comunes a tanto en el discurso propio de la regulación económica como al de la regulación.

La distinción se torna más compleja debido a las referencias normativas, que es una característica común que comparten el discurso económico y el discurso jurídico pero que no agotan la noción de regulación. En efecto, la asociación del discurso jurídico al análisis de reglas, leyes o normas resulta apenas evidente. Menos obvia, pero igualmente generalizada es la asociación de la economía a leyes o normas de naturaleza económica. El uso de la noción de “leyes económicas” ha sido identificado como una constante en el discurso económico, tratando de imponer como inexorables ciertos postulados teóricos de esa disciplina. Se trata de presentar el discurso económico como una ciencia fundada en leyes inmutables, independientes de la voluntad de los ciudadanos respondiendo solo a determinaciones de la naturaleza (DESCHAMPS, 2012).

A continuación, trataremos de demostrar la pertinencia de la distinción entre la noción de reglamentación y la noción de regulación. En efecto, de la misma forma en que existen diferencias fundamentales que permiten distinguir las “leyes” económicas de las leyes jurídicas, existen también diferencias que permiten distinguir la noción de regulación cuando ella es usada en el discurso económico, en la sociología o en las ciencias físicas o biológicas, de la noción de regulación cuando ella hace parte del orden jurídico. En ese mismo sentido, es pertinente observar que, así como la noción de regulación, en las diferentes

disciplinas a las que se ha hecho referencia, no se agota en la existencia de reglas sociales, las leyes físicas o las leyes económicas; de la misma manera, la emisión de reglas es solamente uno, de los varios instrumentos de los que hace uso la regulación jurídica.

2. LA PERTINENCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAMENTACIÓN Y LA REGULACIÓN

En derecho económico la distinción entre la noción de reglamentación y la noción de regulación resulta necesaria por cuanto se trata de dos concepciones que expresan visiones antagónicas acerca del rol del Estado en la economía. El cambio puede esquematizarse señalando que la reglamentación de la economía erige al Estado como el actor principal del *juego* económico. Por el contrario, la regulación implica que el Estado no participa en el *juego*, sino que es un tercero que actúa como un árbitro imparcial. De manera que, los valores y herramientas jurídicas asociadas a estas dos formas de intervención económica son disímiles. Hacer abstracción de ello conduce a permitir que quien debería actuar como árbitro se comporte como un actor más dentro del juego económico, beneficiando a quien cuenta con su simpatía.

La eficacia y la imparcialidad son dos nociones a partir de las cuales se fundamenta la distinción entre regulación y reglamentación como técnicas de intervención del Estado en la economía. La importancia de la eficacia radica en que, en los sistemas jurídicos de derecho continental, el advenimiento de la noción de regulación jurídica se ha fundado en la ineficacia de la reglamentación, identificada como la causa de la crisis del intervencionismo estatal de la economía administrada. Por ello, la regulación reivindica una legitimidad derivada de su eficacia superior como técnica de intervención (FRISON-ROCHE, 2007). La relevancia de la imparcialidad se fundamenta en las críticas acerca del uso ecuanime del conjunto de poderes disímiles de los que dispone una misma autoridad en los esquemas de regulación. En efecto, las autoridades de regulación pueden tener competencias para emitir reglas, para ejecutar sus disposiciones y para sancionar a quienes se aparten de ellas. Los tres poderes públicos ejercidos por una misma autoridad. De allí la importancia de resaltar que la regulación desborda la simple emisión de

reglas pues el ejercicio del poder reglamentario, es solo uno de los diferentes instrumentos con los que cuentan las autoridades de regulación (GONZÁLEZ, 2013; FRISON-ROCHE, 2007, p. 13).

La regulación se asocia (CHAMPAUD, 2002, p. 9) a una forma de intervención moderna en la que el mercado se erige como modelo (FRISON-ROCHE, 1996). Ella se funda en una retórica económica que presenta al mercado como la manera más eficiente de organización, no solo de la economía, sino de la sociedad entera. La reglamentación, por el contrario, se ha asociado por autores como AFTALION (1990) a un modo de intervención caduco, una economía administrada que privilegia la racionalidad burocrática del Estado, identificada como un fardo que genera costos e ineficiencia que deben soportar los ciudadanos en especial, aquellos que asumen iniciativas económicas.

Ello explica que, una de las definiciones de la noción de regulación la describe como *una técnica de pasaje* (FRISON-ROCHE, 1996, p. 5) dentro de un proceso de modernización de la antigua manera de intervención del Estado en la economía, es decir, una evolución desde el modelo de economía administrada a un modelo de libre mercado. Por ello, autores como ESTRADA (2004) han asociado la regulación al modelo neoliberal, se trata en efecto de una noción cuyo protagonismo viene aparejado al proceso de privatizaciones que fue impuesto a los países deudores por los organismos multilaterales de crédito (MAJONE, 1997). Por tal razón, de manera general, la noción de regulación es una estrategia de intervención económica que tiende a ser apreciada por los defensores de las ideas neoliberales y criticada por quienes reivindican un rol más activo del Estado en la economía.

Sin embargo, una interpretación de la noción de regulación que haga énfasis en su naturaleza jurídica, conduce a reconocer un alcance diferente a este nuevo modelo de intervención del Estado en la economía. El contenido jurídico de la noción de regulación indica que ella es portadora de valores y principios que no se desprenden naturalmente de la lógica económica. En tal sentido, en la obra de Gérard Farjat, la regulación representa el último estadio de desarrollo del derecho económico, según ese autor ese es el instrumento a través del cual el sistema

jurídico condiciona el funcionamiento del sistema económico, garantizando que el mercado respete asuntos que no se deriva de la lógica mercantil, como los derechos humanos (FARJAT, 2004, p. 209). En esa misma perspectiva, autores como NAVROZ y MORGAN afirman que la noción de regulación conlleva valores que no estaban previstos por los promotores del credo neoliberal, por ejemplo, la redistribución de la riqueza y una atención más atenta de sectores sociales tradicionalmente excluidos (2013, p. 14).

En cuanto a la distinción entre regulación y reglamentación con fundamento en la naturaleza de los poderes a los que se hace referencia, la regulación corresponde a un modo de intervención en la economía más sofisticado que la reglamentación. Ella implica el ejercicio continuo de un conjunto de poderes que desbordan las competencias clásicas de la administración tradicional. La acumulación en una sola entidad, de diferentes poderes que en principio corresponden a diferentes ramas del poder público, es un aspecto característico de la regulación que la diferencia con nitidez de la reglamentación. En ese sentido se ha afirmado que, « *ce cumul de pouvoirs est d'ailleurs un élément de définition de la régulation qui dépasse largement la seule réglementation* » (BRACONNIER, 2015, p. 113).

En efecto, autoridades de regulación económica, como las superintendencias, pueden acumular poderes clásicos de la administración como la autorización del acceso al mercado⁷, con poderes judiciales propios de los jueces⁸ como la resolución de controversias entre los operadores que actúan en el sector objeto de

7. Por ejemplo el artículo 326 del Estatuto orgánico del sistema financiero establece: Funciones y Facultades de la Superintendencia Bancaria. Para el ejercicio de los objetivos señalados en el artículo anterior, la Superintendencia Bancaria tendrá las funciones y facultades consagradas en los numerales siguientes sin perjuicio de las que por virtud de otras disposiciones legales le correspondan. 1. Funciones de aprobación u objeción para el funcionamiento de entidades. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes funciones de aprobación u objeción: a). Autorizar la constitución y funcionamiento de las entidades vigiladas;

8. Por ejemplo, el artículo 24 del Código general del proceso hace referencia al ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas, facultando entre otras, a la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia Financiera de Colombia y la Superintendencia de Sociedades para ejercer facultades que, en principio, son propias de los jueces.

regulación en desarrollo de las previsiones del artículo 116 de la Constitución. Además, las autoridades de regulación pueden ejercer de manera limitada potestades reglamentarias, que en principio, se concebían como competencia exclusiva del presidente de la República⁹. Esa acumulación de poderes ha suscitado debates acerca del alcance de las competencias otorgadas frente al principio de separación de poderes (EPRON, 2011; STRAUSS, 1984).

2.1. De una noción clara pero desprestigiada: la reglamentación, a una noción moderna pero imprecisa: la regulación

La reglamentación como forma de intervención del Estado en la economía se fundamenta en una noción jurídica clásica que hoy sufre de desprestigio. Por el contrario, la regulación se ha impuesto a nombre de la eficacia y la imparcialidad. La reglamentación es asociada a la forma de intervención típica del modo de intervención en la economía previsto en la Constitución de 1886. La regulación en cambio, tiene un aura de modernidad y sofisticación. Ella fue adoptada en la Constitución de 1991. Sin embargo, se trata de una noción polisémica cuyo significado jurídico es objeto de diferentes interpretaciones que dificultan precisar con exactitud su alcance. La confusión más censurable, es aquella que tiende a plantear una identidad entre las dos nociones sometiéndolas a la influencia determinante del presidente de la república.

2.1.1. La intervención en la economía a través de la potestad reglamentaria

El ejercicio de la potestad reglamentaria se encuentra previsto en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional, norma que señala que corresponde al presidente de la República ejercer dicha potestad, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Además de dicha facultad, la Constitución consagra la figura de las leyes marco, en desarrollo de ellas otorga al jefe del ejecutivo, en el numeral 19 del artículo 150, la potestad para dictar normas especiales en materia de crédito público; comercio exterior y cambios internacionales; política comercial;

9. Acerca de de dichas competencias ver GONZÁLEZ (2013). Igualmente, puede consultarse la jurisprudencia de la Corte Constitucional entre otras las Sentencias C-397 de 1995, C-350 de 1997, C-917 de 2002 y C-150 del 2003.

las actividades financiera, bursátil, aseguradora, la fijación del régimen salarial y el régimen prestacional de los empleados públicos. En todos los casos, se trata de una potestad normativa de grado inferior que debe enmarcarse dentro de los límites que fija la ley y la Constitución.

La reglamentación es una noción clásica del derecho administrativo, la Corte Constitucional ha resumido el contenido de esa noción de la siguiente forma:

El reglamento, ha sido definido por la doctrina, como el conjunto de normas generadoras de situaciones jurídicas generales, dictadas por la Administración, o por los distintos organismos del Estado o del Poder Público, que no ostentan la potestad legislativa. Algunos doctrinantes los clasifican en: «Reglamentos Ejecutivos o *secundum legem*» y «Reglamentos Independientes o *praeter legem*». Los primeros son «los que se dictan en ejecución de una ley preexistente, función muy amplia que comprende tanto los reglamentos que detallan, desarrollan o complementan los preceptos legales, cuanto aquellos que preparan la ejecución propiamente dicha, disponiendo los instrumentos técnicos necesarios..... la característica básica es que están inmediatamente ligados a una ley, a sus preceptos concretos, o a un conjunto de leyes determinadas a cuyo desarrollo o ejecución se provee». Los segundos «son aquéllos que se dictan sin una ley previa a cuya ejecución se atiende. No son, claro está reglamentos *contra legem*, prohibidos por el principio de jerarquía normativa, sino reglamentos que no tienen como finalidad el desarrollo de normas legales previas en la materia de que se trate, que no aparecen complementarios de una ley, sino que regulan materias de las que no se ha ocupado el legislador o de las que se ha ocupado de manera fragmentaria (Corte Constitucional, 1996).

La intervención económica realizada a través de reglamentos que desarrollan la ley, ha sido identificada como la principal manera de intervención del Estado en la economía bajo el régimen previsto en la Constitución de 1886 (Corte Constitucional, 1996). Como se ha visto, dicha facultad presupone la existencia de leyes que deben ser objeto de concretización por la norma reglamentaria. Sin embargo, en realidad, bajo la citada Constitución el presidente se abrogaba regularmente la potestad legislativa del Congreso vía la figura de los estados de excepción que le permitían legislar de manera extraordinaria. Para remediar ese hecho, la reforma constitucional de

1968 creó la figura de la emergencia económica, de manera que la intervención presidencial en la economía no se realizara a título de la alteración del orden público sino con el fin de conjurar actos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico. Pese a ello, los análisis sobre el presidencialismo en Colombia coinciden en observar que la reforma constitucional de 1968 acentuó la concentración de poder en el jefe del ejecutivo, especialmente en materia económica (HARTLYN, 1998, p. 191).

En efecto, un aspecto tradicional y característico del poder reglamentario es el hecho de concentrar tal potestad en el presidente de la república. De esa manera el Jefe de Estado queda investido de amplios poderes para adoptar las normas a las que se debe sujetar la actividad económica en el país. Ante ello, es pertinente destacar que la Constitución de 1991 introdujo importantes modificaciones en lo que respecta a la titularidad del poder reglamentario reduciendo la preponderancia presidencial. En tal sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado:

A este respecto la jurisprudencia y la doctrina han coincidido en aceptar que la Constitución Política de 1991 consagró un «*sistema difuso*» de producción normativa general o actos administrativos de efectos generales de carácter reglamentario. En algunas ocasiones, y así lo entendió el Constituyente, es necesario extender esa potestad a autoridades y organismos administrativos diferentes al ejecutivo, a los cuales es posible atribuirle inclusive por vía legal, pues sólo así es posible garantizar la efectividad de la norma jurídica que produce el legislador. El ejercicio de la potestad reglamentaria le corresponde en principio al Presidente de la República, en otros casos, la competencia del ejecutivo tiene origen directamente en la Constitución. En otros casos, pero con carácter excepcional, el Constituyente extendió directamente la capacidad de ejercer la potestad reglamentaria a otros organismos del Estado (Corte Constitucional, 1997).

La concentración del poder de intervención económica en cabeza del presidente de la república correspondería a la situación ineficiencia e irracionalidad de la que hablaba HAYEK (2000), puesto que bajo tal modelo y en desarrollo de una planeación central, se pretendería concentrar en una sola instancia de decisión la facultad de determinar la mejor

distribución de recursos de la sociedad. De esa manera se sustituiría la libre decisión de los diferentes actores económicos, modelo que, desde la perspectiva neoliberal, constituye una manera más eficiente de utilización de los recursos sociales. Por ello, bajo la influencia determinante del neoliberalismo la Constitución de 1991 trató de reducir la influencia del Estado en la economía, introduciendo instituciones nuevas como la regulación.

En esa perspectiva, las políticas neoliberales de desreglamentación y regulación adoptadas en el país a inicios de la década de 1990 se fundaron en argumentos dirigidos a reducir la influencia del presidente, teniendo en cuenta argumentos como los siguientes:

the system was centered around the executive branch, without the scrutiny of Congress, the press, or any agency in charge of public control. »(...)“Where the government simultaneously played the roles of both competitor and regulator”“Some academic observers feel that Colombian regulation is predominantly an example of the ‘capture’ model, which maintains that ‘regulation’ becomes acquired by the industry it is designed to patrol and consequently operates primarily for its benefit. Others explain Colombian regulation using the ‘rent-seeking’ approach, which regards policies as the result of lobbies and pressures by powerful groups (MONTENEGRO, 1995, p. 16).

Así las cosas, la reglamentación se identificó con una manera de intervención del Estado en la economía en la que el poder se concentra en la figura del presidente de la república, hecho que facilitaba, la captura y la búsqueda de rentas de parte de los grupos económicos que podían ejercer influencias ante el ejecutivo. La adopción de la regulación, como nueva forma de intervención del Estado en la economía, naturalmente apuntaría a superar los defectos del modelo anterior. Sin embargo, bajo este nuevo modelo los defectos anotados persisten. En efecto, en análisis realizados por instituciones como la OCDE se ha concluido que las autoridades de regulación económica en Colombia se encuentran sometidas al poder determinante del presidente de la república de manera que « *Both, regulatory commissions and supervisory bodies, do not operate at arm’s length of political decision making, which suggests that there is scope for increasing their accountability and autonomy* » (OECD, 2013, p. 66).

En razón de lo anterior, diferentes autores (SARMIENTO, 2005; MATIAS, 2015) han señalado la persistencia de los fenómenos de captura y concentración del poder en torno al presidente de la república, pese a la adopción de nuevas formas de intervención económica, como la regulación. La persistencia de defectos propios del modelo anterior demuestra que la adopción de la regulación como nueva forma de intervención del Estado en la economía es apenas parcial, puesto que se ha sometido las autoridades de regulación económica a la lógica de control presidencial propia de la reglamentación. Se desconoce la primera de las calidades que debe exhibir un regulador, que es la independencia. En consecuencia, la intervención del Estado en la economía a través de la regulación continúa lastrada por los defectos que se han identificado para la reglamentación: la ineficacia y la imparcialidad.

Ello pese que, las críticas acerca de la ineficacia de la reglamentación como manera de intervención del Estado en la economía se han extendido en los últimos años al ejercicio de la actividad reglamentaria en general. La expedición de normas ha sido calificada como una actividad ineficiente generadora de costos innecesarios. Las políticas adoptadas con el fin de controlar los efectos negativos derivados de la expedición de reglas que se han implementado en los países de la OCDE son la prueba de la desconfianza hacia dicha actividad (OECD, 1997). Por sugerencia de esa organización, en Colombia también se han implementado políticas tendientes a realizar una evaluación previa del impacto normativo de las reglas a adoptar (OECD, 2013). En este caso, una vez más, los Estados Unidos figura como caso de ejemplo (Moyano, 2016), con la adopción temprana la oficina de evaluación del impacto regulatorio, órgano que en términos de quien fuera su director bajo la administración Obama, tiene como objeto hacer las cosas más simples o menos complejas para los ciudadanos, descartando la adopción de normas que impongan trámites innecesarios (SUNSTEIN, 2014).

2.1.2. La distinción entre reglamentación y regulación con fundamento en la eficacia y la imparcialidad

La oposición entre reglamentación y regulación, como formas de intervención del

Estado en la economía, puede ser determinada por la importancia que se otorga dentro del sistema jurídico a las nociones de eficiencia e imparcialidad. El advenimiento de la noción de regulación se explica como una tendencia en búsqueda de una nueva eficacia en la gestión pública de la economía. El pasaje de la reglamentación a la regulación se ha impuesto precisamente como consecuencia del agotamiento del modelo de la economía reglamentada en la que el Estado dirigía la dinámica económica. Así, las nociones de eficiencia y eficacia que, en principio, son propias del sistema económico, devienen centrales en el discurso del derecho económico. En ese sentido, autores como Thomas PERROUD (2015, p. 1037) plantean que la búsqueda de la eficacia implica un desplazamiento del centro de gravedad de derecho hacia la defensa de la libertad económica y de la libre competencia.

El concepto de eficacia hace referencia a la capacidad de un organismo para producir el efecto esperado. Este concepto adquiere más relevancia cuando se trata de evaluar, tanto la intervención del Estado en la economía, como los instrumentos mediante los cuales la intervención se concreta. La necesidad de garantizar la eficacia (Conseil d'État, 2001, p. 275) de la intervención del Estado en la economía, en términos de velocidad y de adaptación a las cambiantes necesidades del mercado y a la continuidad en la acción que las transformaciones económicas demandan, es presentada como la justificación para la creación de un nuevo tipo de entidades estatales: las autoridades administrativas independientes, que se encuentran a cargo de la misión de regulación económica, según un estudio que realizó el Consejo de Estado francés (Conseil d'État, 2001).

Ahora bien, la búsqueda de la eficacia no corresponde solo a una dinámica tendiente a atender necesidades de tipo económico. La existencia misma del Estado y su justificación se plantean ahora en términos de eficacia en la gestión de la economía. En efecto, autores como HABERMAS han señalado que en las sociedades capitalistas, cuando el Estado es incapaz de dominar las crisis económicas es castigado con un déficit de legitimidad, pues los gobernados pierden la confianza que le han depositado (1988, p. 122). Ese rechazo no se proyecta de manera exclusiva hacia el funcionamiento del sistema económico, sino que se extiende a las formas y al origen del ejercicio del poder político.

De manera que, la búsqueda de la eficacia en la intervención económica resulta determinante porque ella justifica también la supervivencia misma del Estado. Por ello, la regulación aparece como la mejor forma de intervención económica del Estado en la actualidad pues ella incorpora, como un aspecto central, la cuestión de la eficacia (FRISON-ROCHE, 2007).

La relación estrecha entre la eficacia de la intervención, la regulación y la legitimidad del Estado es planteada también por autores como Michel FOUCAULT (2004) y Manuel GARCÍA PELAYO (1987). El primero analizó el caso de la gestión económica del nuevo Estado alemán a partir de la segunda guerra mundial concluyendo que allí los factores tradicionales de legitimación, como la soberanía popular, fueron desplazados, por factores como la buena gestión de la economía (p. 87). Según dicho autor, el crecimiento económico y la prosperidad general se convirtieron en la manera de fundar la legitimidad del Estado. Sin embargo, ese buen gobierno de la economía no se fundó en un rol activo del Estado sino en factores como la limitación de la intervención estatal, el respeto de la libertad económica y la implementación de la regulación como nueva manera de intervención destinada a garantizar el correcto funcionamiento del mercado. El segundo autor plantea una tesis similar al afirmar que la búsqueda de la eficacia se impone al Estado debido a que el consentimiento de los ciudadanos hacia el ejercicio del poder está determinado por la capacidad del Estado de alcanzar los objetivos que se propone (p. 38).

De manera que, el abandono de la reglamentación y el advenimiento de la regulación como maneras de intervención del Estado en la economía, se inscribe dentro de un proceso de mutación de la forma estática, que tiene como fin preservar su legitimidad política. A causa de ello, tiende a operarse una transferencia de centros de poder, generando el abandono de instituciones juzgadas como ineficaces, para privilegiar otras que son consideradas más aptas para alcanzar los fines perseguidos (RODRÍGUEZ, 2016). En esa perspectiva, se opera también una transferencia de poder de instancias marcadas por una lógica política a espacios marcados por una lógica tecnocrática. Dicha transferencia plantea cuestiones centrales para la organización de la vida social, al punto que autores como Pierre ROSANVALON observan que, a partir de consideraciones técnicas que

justifican la reducción de la influencia política sobre la regulación económica, se ha pasado a algo mucho más importante, una ilusión del capitalismo utópico que se funda sobre la idea de la abolición de la política como principal forma de organización social (1999, p. VI).

Así, mientras que mediante la reglamentación se pretendía imponer al mercado la lógica virtuosa propia del discurso político, la regulación se orienta por la idea contraria: la reducción o la abolición total de la influencia de la política sobre la economía. En efecto, la noción de regulación se funda sobre la sospecha de la actividad política y de sus protagonistas; quienes han sido objeto de una crítica demoledora y general, con fundamento en su ineficacia y su imparcialidad. La visión crítica de la influencia política sobre la economía es un postulado compartido tanto por los autores de orientación neoliberal como James BUCHANAN y Gordon TULLOCK (1962) como por autores cercanos a ideas socialistas como Pierre ROSANVALON. Los primeros son los fundadores de la escuela de elección pública (public choice) quienes analizan la incidencia del Estado en el mercado y han postulado con una buena aceptación¹⁰ la tesis según la cual los hombres políticos no toman sus decisiones orientados por la búsqueda del interés general sino anteponiendo siempre su interés personal. El segundo autor ha observado que, además de la legitimidad democrática, existen otras formas de legitimación como la imparcialidad, de manera que el poder político, pese a encontrarse investido de la legitimidad democrática que se desprende del sufragio universal, puede ser considerado como no apto para garantizar con imparcialidad el interés general en diferentes dominios. Como ejemplo cita, entre otros, el caso de las autoridades de regulación en Francia, cuyo diseño institucional las sustrae del control de los políticos y especialmente del gobierno, configurando así instituciones que son percibidas como más eficaces, objetivas e imparciales y en consecuencia más aptas a servir el interés general (ROSANVALLON, 2008, p. 130).

En Colombia, la confusión entre la reglamentación y la regulación como formas de intervención del Estado en la economía, se expresa de manera clara en la omnipresencia del poder presidencial que hace sentir su influencia determinante en todas las autoridades de

regulación. Esa influencia implica un lastre para la eficacia y la imparcialidad propias del modelo de intervención propio de la regulación. En efecto, en el caso colombiano, la adopción de la noción de regulación resulta apenas parcial, pues las autoridades encargadas de esa actividad no cuentan en realidad con independencia frente al gobierno. Se ha desembocado así, en un modelo de intervención en la economía que ciertos autores califican como mestizo (VÉLEZ ÁLVAREZ, 2006) pues incorpora algunas instituciones propias de un modelo moderno como las comisiones de regulación dotadas de algún grado de autonomía con instituciones tradicionales de intervención presidencial en la economía como las superintendencias. El diseño legal de esas instituciones impide que desarrollen de manera efectiva las misiones que la ley les confiere pues la influencia presidencial es un factor que imposibilita que desarrollen de manera plena las diferentes facultades asociadas a la noción de regulación.

2.2. La regulación jurídica noción polisémica que concierne un conjunto de poderes e implica independencia frente al gobierno

Hemos señalado antes que el carácter multisistémico de la noción de regulación plantea dificultades. Frente a ellas resulta pertinente destacar el contenido jurídico propio de la institución a fin de distinguirla del uso que se hace de la misma noción en el sistema económico. Veremos ahora que, dentro del sistema jurídico, la noción de regulación también es objeto de diferentes interpretaciones, algunas pertinentes y otras erradas. Las interpretaciones correctas de la noción la asocian al ejercicio de un conjunto variado de poderes. Otras interpretaciones, erróneas, pretenden asimilar las nociones de regulación y reglamentación.

2.2.1. Las diferentes definiciones jurídicas de regulación

En Colombia la noción de regulación jurídica ha sido objeto de diferentes interpretaciones¹¹. La mayoría de ellas observan de manera acertada que se trata de un nuevo modelo de intervención del Estado en la economía. Sin embargo, existe la tendencia a reducir este modelo exclusivamente

10. James BUCHANAN fue galardonado con el premio Nobel de economía en 1986.

11. Ver, LIZARAZO y ANZOLA, 2004; ARAQUE, 2010; ARTEAGA, 1999. BOTERO, 2011; BEDOYA, 2001; ECHEVERRI, 2001; ROMERO, 2015; MIRANDA, 2004; IBÁÑEZ, 2003.

al sector de los servicios públicos. Esta tendencia se explica por el hecho que la Constitución de 1991 en su artículo 365 consagró de manera explícita esta institución como un rol que debe jugar el Estado en materia de servicios públicos. Pero en realidad, la búsqueda del término en la Constitución permite constatar el uso disímil e indiscriminado que se ha hecho de la misma en Constituyente de 1991 (BEDOYA, 2001, p. 34). Así, la actividad estatal de regular ha sido asociada a actividades estatales en áreas tan diversas como la justicia (art.116) las relaciones laborales (art.55) la educación (art.67 y 150), la televisión (art.77) la utilización del suelo (arts. 82 y 310) o la calidad de los bienes suministrados a la comunidad (art.78) entre otros. De manera que desde el punto de vista constitucional la regulación no es ni exclusivamente económica ni se limita al sector de los servicios públicos.

Frente a la ambigüedad del constituyente ha correspondido a la jurisprudencia de la Corte Constitucional precisar el alcance de la noción jurídica de regulación en lo que se refiere a la economía. En tal sentido, la Sentencia C-150 de 2003 constituye a nuestro juicio el análisis más agudo acerca del alcance y contenido de la noción jurídica de regulación económica. En dicha providencia la Corte ha retenido unas concepciones que dan cuenta de la complejidad de la noción y que se aproxima a la posición que en Francia ha sostenido la Profesora Marie-Anne Frison-Roche (2004, p. 9) que es considerada la autoridad académica en la materia.

En efecto, la sentencia C-150 de 2003 retiene diferentes definiciones jurídicas de regulación partiendo de una concepción extensa a otra más precisa. La concepción más amplia de la regulación económica es definida por la Corte Constitucional así:

En un sentido amplio, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social. Así, el mercado económico no es un fenómeno natural, sino que depende de que el Estado establezca una serie de instituciones básicas, como el derecho de propiedad, la libertad contractual y un sistema de responsabilidad contractual y extracontractual cuya efectividad obedece a que exista una administración de justicia y una policía administrativa capaces de hacer respetar tales instituciones. Sin dicha regulación general del

Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar. En este orden de ideas, el Código Civil, por ejemplo, constituye una modalidad de regulación tanto de las condiciones básicas del mercado como de la organización social (Corte Constitucional, 2003).

De esa manera, la Corte asimila la regulación económica a una forma de intervención global del Estado en la economía, desde esa perspectiva la Corte se aproxima a la posición de la tratadista francesa quien también sostiene que en sentido amplio la noción de regulación tiende a confundirse con la noción misma del derecho. Existe sin embargo, otra forma de intervención del Estado en la economía que no es global sino sectorial, este modelo que aparece como el más pertinente a ante la mayor especialización de los diferentes sectores económicos, a ella hace referencia la Sentencia citada en los siguientes términos:

En efecto, en forma gradual y progresiva la función estatal de regulación socio-económica ha venido adquiriendo un contenido que la diferencia de las demás funciones de intervención estatal en la economía. Así la función estatal de regulación está segmentada por sectores de actividad económica o social, de tal manera que la regulación de un sector pueda responder a las especificidades del mismo.

Además, el ejercicio de la función de regulación obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia, lo cual no significa que las decisiones sobre qué sector regular, para qué fines específicos ha de ser regulado y con qué instrumentos se llevará a cabo dicha regulación, carezcan de una dimensión política cuya definición corresponde generalmente al Congreso de la República.

Adicionalmente, la regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión

institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades (Corte Constitucional, 2003).

A nuestro juicio, esta definición de la regulación jurídica que retiene la Corte resulta la más pertinente para efectos de nuestra argumentación ya que descarta dos equivocaciones a las que hemos hecho referencia. De una parte, impide la posible confusión de las nociones de regulación y reglamentación en materia de intervención económica del Estado puesto que afirma de manera nítida que la regulación es una actividad compleja, que comprende el ejercicio por el órgano competente, de diferente tipo de facultades, que en principio serían propias de entidades pertenecientes a distintas ramas del poder público. De esa manera resulta claro que la facultad reglamentaria, en el caso de que les sea conferida, no es sino una de las diferentes facultades de la que hacen uso las autoridades encargadas de la regulación económica. De otra parte, la Corte realza el carácter político de la noción jurídica de regulación económica, pese a que reconoce que es una actividad determinada por criterios técnicos que atienden la naturaleza del sector objeto de intervención. Veremos que en ese contenido político radica un aspecto fundamental que permite distinguir la noción de regulación jurídica de la regulación puramente económica.

Otra confusión, que permite descartar la definición que adopta la Corte Constitucional en la sentencia citada es aquella que tiende a identificar la noción jurídica de regulación con una actividad administrativa tradicional. En efecto, en Colombia ciertos autores han interpretado la noción jurídica de regulación económica como una nueva forma de la tradicional función de policía administrativa (BOTERO, 2011, p. 151). Por el contrario, la jurisprudencia citada señala que regulación jurídica implica el uso de diferentes tipos de actos y decisiones hecho que aleja esta forma de intervención en la economía de la forma de intervención tradicional; así son extraños a la función de policía administrativa facultades como las de resolver conflictos, aplicar sanciones severas o emitir normas. En ese mismo sentido se ha pronunciado la doctrina francesa. Por ejemplo el Profesor BRACONNIER (2015, p. 112) afirma que la noción de policía administrativa, asociada al control de las actividades económicas y destinadas a preservar el orden público económico hoy es una noción ampliamente superada por la noción

de regulación económica, pues esta última hace uso de instrumentos diferentes a los utilizados en la tradicional función de policía administrativa.

En fin, la concepción adoptada por la Corte Constitucional debería impedir los errores en los que han caído el gobierno y el legislativo al calificar como regulación, actividades que corresponden al uso de la función reglamentaria. Tal es caso de las funciones de “regulación” otorgadas a dependencias del Ministerio de Hacienda como la Dirección de Regulación Económica de la Seguridad Social o la antigua Dirección de Regulación Financiera. Dichas dependencias administrativas desarrollan a nombre del gobierno nacional la actividad reglamentaria tradicional a la que hemos hecho referencia arriba, pero no realizan un seguimiento continuo de la actividad de un sector económico, ni utilizan poderes jurídicos diversos como el autorizar el acceso a un mercado, imponer sanciones u resolver conflictos. La confusión entre la noción de regulación y la de reglamentación ha tenido un impacto en las políticas públicas, por ejemplo en el caso antes citado, mediante el Decreto 4172 de 2011 y bajo el entendido de que realizaba actividades de regulación se ha suprimido la Dirección de Regulación Financiera y se ha creado una nueva entidad la Unidad Administrativa Especial Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera (URF), entidad que finalmente realiza funciones idénticas a la suprimida y se encuentra sometida a la misma dirección política (FLOREZ, 2011, p.18).

Resulta pertinente desarrollar ahora dos aspectos de la noción jurídica de regulación, como forma de intervención del Estado en la economía, que, en Colombia, no han recibido un tratamiento adecuado. De una parte, el contenido jurídico de la noción que permite distinguirla de la regulación económica propia del sistema económico y, de otra parte, la necesaria independencia frente al gobierno. que se desprende de los riesgos que representa la acumulación en una sola entidad de un conjunto de poderes que, en principio, corresponden a diferentes ramas del poder público. Por consiguiente que no deberían ser confiados a una entidad sometida a la dirección política del jefe de la rama ejecutiva.

2.2.2. La distinción entre regulación jurídica y regulación económica

Como hemos señalado anteriormente, (ver punto 1.2) la noción de regulación es usada diferentes sistemas pasando de las ciencias naturales a las disciplinas sociales. En tal sentido, hemos señalado que la regulación ha devenido un paradigma que proporciona las referencias en torno al equilibrio u orden que debe mantenerse para que un sistema pueda funcionar de manera adecuada. Este uso multisistémico de la noción realza la necesidad de identificar las características que permiten identificar la institución de la regulación cuando es usada en el sistema jurídico, ello para distinguirla de su uso dentro del sistema económico. La distinción de la noción requiere impregnarla de los valores propios del sistema jurídico, que no aparecen en la dinámica propia del sistema económico.

En efecto, siguiendo los planteamientos de LUHMANN (1998) debe tenerse en cuenta que los diferentes sistemas sociales tienden a auto referenciarse. De manera que el contenido y el alcance de las nociones usadas en los diferentes sistemas tienden a cobrar autonomía en relación con el uso que se hace en otros sistemas. A ello se suma la preponderancia que ha adquirido la economía frente a las demás disciplinas sociales gracias a solidez técnica de su método de análisis que conduciría a conclusiones supuestamente técnicas y objetivas (LAZEAR, 2000, p. 99). Por lo anterior, en derecho económico, el uso indistinto de la noción de regulación económica como si fuera idéntica de regulación jurídica puede conducir a reducir ese derecho al rol inferior de mero servidor de la economía (JACQUEMIN, 1972). Por consiguiente, resulta necesario tomar distancia de posiciones que, a partir de reconocer las teorías de la fallas del Estado y las del mercado, tienden a reducir el objetivo de la regulación jurídica a garantizar solo el correcto funcionamiento de la economía¹². En esa concepción, el sistema jurídico sería un componente secundario o menor, que asegura el equilibrio del sistema económico, garantizando que funcione de manera continua.

Ahora bien, reivindicar un contenido jurídico propio y autónomo para la noción de regulación jurídica de la economía se opone a la concepción tradicional de las dos principales corrientes económicas: la perspectiva marxista y la liberal. En efecto, desde la perspectiva

marxista el Estado no es más que el aparato de dominación de la clase social capitalista sobre la clase trabajadora, en ese contexto el derecho es solo la superestructura sobre la que subyace la estructura económica y a sus relaciones sociales de dominación. En esa concepción el sistema jurídico resulta secundario y deleznable. De otra parte, desde la óptica liberal clásica y neoclásica la intervención del Estado en la economía también es percibida de manera negativa, ya que se parte del supuesto según el cual el sistema económico puede funcionar de manera autónoma sin intervención externa. En esa perspectiva, la ausencia de imparcialidad de los responsables políticos se ha identificado como un defecto mayor que impide a la regulación económica alcanzar los fines de interés general que ella pregona. Ese es el fundamento que subyace la teoría de la captura del regulador planteada por el premio Nobel de economía George STIGLER (1971) según el cual las autoridades de regulación no sirven el interés general sino que atienden esencialmente los intereses de los agentes económicos que actúan en el sector objeto de regulación.

Frente al escepticismo de quienes defienden esas concepciones resulta imperioso resaltar el contenido jurídico propio y autónomo de la noción de regulación jurídica de la economía. En esa perspectiva la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia C-150 de 2003 resulta pertinente por cuanto resalta la *"dimensión política (de la regulación) cuya definición corresponde generalmente al Congreso de la República"* Esa concepción coincide con la que ha defendido la Profesora Marie-Anne FRISON-ROCHE (2007) en Francia quien ha observado que « le droit de la régulation est donc un sujet de haute politique: que ce soit en matière d'énergie, d'audiovisuel, de poste, les Gouvernements revendiquent avec force le droit politique d'avoir des politiques publiques contraignantes dans ces domaines ». De manera que la noción jurídica de regulación económica atiende a factores que no se desprenden de la lógica propia del sistema económico, sino que corresponde a valores de naturaleza política que son impuestos mediante la ley de una manera unilateral o discrecional por parte del legislador.

Por ello, el equilibrio que es propio de la noción de regulación en general, al ser analizado cuando se trata del objetivo de la regulación jurídica de la economía, implica que la noción no

12. Ver por ejemplo MIRANDA y MARQUEZ (2004) y ROMERO (2015).

se agota en facilitar el funcionamiento correcto u equilibrado del mercado. En lugar de ello, debe entenderse que el sistema jurídico trata de condicionar el funcionamiento del mercado de manera que respete valores o principios de carácter políticos impuestos por la ley. En tal sentido el profesor FARJAT observa que el sistema jurídico genera valores que deben ser impuestos al sistema económico (2004, p. 12). Así, dado que la regulación jurídica de la economía es una actividad pública que corresponde al Estado (art. 360 C.N) ella debe garantizar el respeto de los fines esenciales, de las garantías y de los valores que la Constitución establece.

No se trata sin embargo de reeditar el modelo de la economía administrada en la que el Estado imponía su lógica a los operadores económicos, se trata un Estado modesto, que ha cedido espacio ante la iniciativa privada, pero que continúa siendo el garante del interés general, de los valores y principios que fundamentan la vida social. Para decepción de algunos sectores esto implica menos Estado; sin embargo, se ha señalado como consuelo, que el modelo propio de la regulación plantea un mejor Estado (MIAILLE, 1995). Sin embargo, para los entusiastas del libre mercado resulta pertinente resaltar la asociación estrecha entre la noción jurídica de regulación económica y la noción de derecho a la que ha hecho referencia la Corte Constitucional. La regulación, como el derecho, persiguen el control del poder, sea poder político o poder económico, en los dos casos su ejercicio debe someterse al acatamiento de principios jurídicos. Así, pese a que la regulación económica parte de reconocer un rol protagónico al mercado, finalmente lo somete a una orientación política y a controles, de esa manera se rechaza la idea de una competencia desenfrenada (Champaud, 2002, p. 14).

Además, el derecho de la regulación también aspira a someter a control jurídico a los titulares del poder político. En esa perspectiva, la regulación económica expresa la tendencia general a la reducción de la influencia de los políticos en los asuntos públicos que es bien notoria en materia de derecho económico (DE SMET, 2014). En efecto, pese a que la dirección general de los sectores económicos objeto de regulación corresponda a decisiones políticas, esa orientación se debe llevar a cabo esencialmente por intermedio de la ley. Esto implica que la dirección administrativa de las autoridades de regulación no debe ser

confiada a los políticos puesto que la influencia política sobre las autoridades encargadas de la regulación económica les resta credibilidad, eficacia e imparcialidad. Esto debido entre otras cosas a que impide el ejercicio pleno del conjunto de poderes que ellas deben ejercer para asegurar el cumplimiento de sus objetivos misionales. De allí que autores como Bertrand DU MARAIS hayan afirmado que la independencia de las autoridades de regulación constituye *“la condition même de la régulation économique moderne”* (DU MARAIS, 2004, p.518). La ausencia de independencia de las autoridades de regulación en Colombia ha sido identificada como un lastre que contribuye a la concentración del poder político y del poder económico (SANCLEMENTE-ARCINIEGAS, 2016), además es un defecto que puede conducir a confundir el interés general con el interés electoral, situación que como veremos a continuación, plantea problemas jurídicos para el ejercicio del poder de sanción.

2.2.3. La independencia de las autoridades de regulación: condición necesaria para el ejercicio imparcial del poder de sanción

En derecho económico el ejercicio de la facultad de regular no se agota en la expedición de normas. En efecto, como ya hemos señalado, las autoridades de regulación acumulan en una sola entidad un conjunto de poderes que, en principio, corresponden a órganos pertenecientes a las tres ramas del poder público, hecho que da a esas entidades características especiales (EPON, 2011,

p. 1007). Dentro de dichos poderes especiales se destaca el poder de imponer sanciones¹³, por cuanto dada su importancia, cuestiona el rol y la eficacia de las autoridades judiciales. Esa puede desembocar en un aumento correlativo de los poderes del Jefe del ejecutivo y en una violación del derecho a un tribunal independiente e imparcial de quienes deben comparecer antes tales instancias.

Facultar las autoridades de regulación para imponer sanciones ha sido calificado como una necesidad esencial para garantizar el ejercicio

13. Ya hemos hecho referencia a la importancia del poder reglamentario ver en ese sentido: GONZÁLEZ, 2013 y MONTANA, 2002.

efectivo de sus misiones legales. En efecto, contar con el poder de coerción determina en buena parte de la credibilidad de la entidad frente a los actores que operan en el sector objeto de regulación. En tal sentido, Marcel POCHARD ha afirmado que: « *On a en effet vu, en particulier en matière de régulation, que la sanction, si du moins elle intervient avec suffisamment de réactivité, est un élément déterminant de l'efficacité des autorités en charge de cette régulation. Priver ces autorités de cette arme, c'est leur enlever leur poids et leur crédibilité, y compris internationale* » (2001, p. 106). En ese mismo sentido, la Profesora Marie-Anne Frison-Roche ha señalado que el objetivo de la regulación funda el poder de sanción, el cual debe considerarse como casi indisociable del poder de regulación puesto que, para gozar de credibilidad, la autoridad de regulación debe tener la facultad de sancionar las violaciones de las normas por parte de los operadores (2001, P. 614).

Sin embargo, otorgar un poder de sanción a las autoridades de regulación plantea problemas por cuanto dentro de la concepción tradicional del Estado de derecho se ha considerado que « *le pouvoir d'infliger des sanctions ou des peines appartient exclusivement au juge* » (FAVOREU, 2011, p. 237). De manera que, en diferentes países en los que reformas de ese tipo se han implementado, el remplazar al juez por la administración en materia de justicia económica ha sido interpretado como una violación del principio de separación de poderes y como una muestra de desconfianza respecto del sistema de administración de justicia. Así, en España tal posibilidad se ha asociado desde hace tiempo a la crisis del sistema judicial (PARADA, 1972). En Francia, las facultades judiciales otorgadas a las autoridades administrativas se ha asociado a una desconfianza hacia los jueces en especial su ausencia de experticia técnica¹⁴. En Estados Unidos, otorgar funciones judiciales a las autoridades de regulación también ha sido interpretado como un fracaso de los operadores tradicionales

14. En tal sentido se ha afirmado que « *d'une part, la création de certaines AAI correspond à une méfiance à l'égard du judiciaire. D'autre part, il peut y avoir une appréciation négative sur la capacité technique de la judiciaire à intervenir dans certains secteurs. Si l'on prend l'AMF ou la HALDE, on constate des différences significatives. La HALDE est née d'un échec du judiciaire, tandis que l'AMF, comme l'ARCEP, sont liées au caractère très spécifique des matières traitées ; il faut un dispositif extrajudiciaire pour traiter celles-ci* » (GÉLARD, 2006, p. 29).

del sistema judicial (SHLEIFER, 2012). En Colombia, la Corte Constitucional ha afirmado que esta tendencia « *genera una sospecha de inconstitucionalidad* » por cuanto « *esa situación, sin duda, debilitaría la administración de justicia como institución pues en lugar de destinar los esfuerzos estatales al fortalecimiento de la actividad judicial, el Estado la privaría progresivamente de funciones y desdibujaría el reparto general de competencias entre las ramas del poder público* » (CORTE CONSTITUCIONAL, 2013).

Ahora bien, si sustraer del conocimiento de los jueces los asuntos de competencia de las autoridades de regulación puede considerarse una transgresión al principio de separación de poderes, el hecho de otorgar dicha facultad a un organismo que se encuentra bajo la orientación del jefe del ejecutivo puede considerarse una violación de normas internacionales que consagran el derecho a un tribunal independiente e imparcial. En efecto, se ha considerado que un tribunal independiente es aquel que no recibe órdenes de nadie, los jueces solo pueden estar sometidos al imperio de la ley, señala el artículo 230 de la Constitución. Por ello, toda instancia que actué como juez, debería entonces cumplir esa condición so pena de vulnerar los derechos y libertades fundamentales y en especial el derecho fundamental al debido proceso (STRICKLER, 2015). En consecuencia, las autoridades de regulación, facultadas para el ejercicio de actividades de naturaleza judicial como la de imponer sanciones o resolver controversias, no deberían ser puestas bajo los órdenes del presidente de la república como si fueran autoridades administrativas tradicionales, de allí se ha desprendido una nueva categoría de instituciones: las autoridades administrativas independientes.

Además de ser parte integrante del derecho fundamental al debido proceso, el derecho a un tribunal independiente e imparcial resulta vinculante para Colombia por los efectos de art. 8.1 Convención Interamericana y del artículo 14-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pese a ello, en una línea jurisprudencial que resulta censurable¹⁵ la Corte Constitucional ha avalado la constitucionalidad de diferentes

15. Ver, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-592-92, C-212 de 1994, C-233-97, C-384-00, C-649-01, C-1071-02, C-1641-00, C-896 de 2012, C-1143 de 2000, C-1641 de 2000, y C-649 de 2001

las normas que otorgan importantes poderes judiciales a las superintendencias, que son autoridades de regulación sometidas a la dirección del presidente de la república.

De esa manera, se ha configurado una situación que permite que las autoridades de regulación económica queden sometidas a la misma lógica de orientación política que rigen la actividad de reglamentación de la economía, desconociendo de esa manera la diferencia entre los dos modos de intervención del Estado. La situación de la telefonía celular resulta ejemplar; según los estudios de la OCDE se trata de un sector sometido a la presencia dominante de un actor que presta servicios de mala calidad y altos precios (OECD, 2014, p. 10), sin embargo, la facultad para sancionar los operadores ha sido otorgada a un ente netamente político como el ministerio que orienta el sector¹⁶. En el mismo sentido, en el sector financiero, se han hecho públicas denuncias¹⁷ según las cuales, lobistas con influencia ante el presidente habrían logrado la remoción de un regulador que se oponía a prácticas inseguras de una entidad vigilada, el nombramiento discrecional de un nuevo regulador fue seguido, años después, de una crisis mayor que afectó un número importante de ahorradores¹⁸.

La orientación parcializada de las autoridades de regulación económica desemboca justo en la misma situación que se pretendía superar con la adopción de la regulación como modo de intervención; es decir, un sistema de regulación que acumula el poder en torno al poder presidencial y que facilita su captura¹⁹.

16. El artículo 63 de la ley 1341 de 2009 establece: Disposiciones generales del Régimen de Infracciones y Sanciones. Las infracciones a las normas contenidas en la presente ley y sus decretos reglamentarios darán lugar a la imposición de sanciones legales por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, salvo cuando esta facultad sancionatoria esté asignada por ley o reglamento a otra entidad pública.

17. Ver: TABOADA Jorge, Informe sobre ciegos, Revue Dinero, 11/21/2012, o El Espectador, "Interbolsa: Jaramillo ratifica que pagó comisión de US\$1 millón a José Roberto Arango" 11 Jun 2013, <http://www.elespectador.com/noticias/economia/interbolsa-jaramillo-ratifica-pago-comision-de-us-1-mill-articulo-427235> consultado el 10 abril de 2017.

18. Como producto de la adhesión de Colombia a la OCDE el Gobierno ha expedido el Decreto 1817 del 15 septiembre de 2015, en el que se adoptan medidas sobre la irrevocabilidad del nombramiento de los superintendentes, aunque las medidas van en el sentido correcto consideramos que la protección es insuficiente.

19. Ver MONTENEGRO, (1995).

Se trata de un diseño institucional que permite la concentración al mismo tiempo, del poder político y del poder económico por no someterlos al respeto de normas jurídicas coercitivas. Así, la larga discrecionalidad que se otorga al Presidente en la integración, nombramiento o destitución de las autoridades de regulación, configura una característica esencial del modelo de las instituciones extractivas que según profesores ACEMOGLU D. ROBINSON J. ha adoptado Colombia y que conducen al fracaso de las naciones pues permite la extracción de rentas de sectores mayoritarios hacia las elites (ACEMOGLU, 2012).

CONCLUSIONES

La reglamentación y la regulación son dos maneras opuestas de intervención del Estado en la economía. Debido a que en inglés el término *regulation* se usa para describir las dos instituciones en países que en lo que no hable esa lengua se ha generado una confusión y en algunos casos se ha pretendido que se trata de nociones idénticas. La distinción resulta pertinente por cuanto las dos maneras de intervención hacen uso de instrumentos jurídicos disímiles y corresponden a lógicas diferentes. Así, mientras que mediante la reglamentación el gobierno imponía una lógica política a la actividad económica, mediante la regulación se operara un retiro del Estado de la actividad económica, bajo este modelo el mercado funge como el medio más eficaz para el desarrollo de la actividad económica.

Pese a que la regulación implica menor presencia del Estado en la economía, la noción plantea la búsqueda de un equilibrio entre la lógica propia del mercado y la preservación de valores y principios que no se desprenden de la lógica mercantil. De manera que, en un contexto de liberalización de la economía, la noción de regulación preserva un rol importante para el Estado como garante de principios como el interés general, los derechos humanos o la dignidad humana. Así las cosas, la regulación jurídica no se limita a asegurar el funcionamiento correcto del mercado, sino que le impone a la economía el respeto de ciertos valores.

La intervención del Estado a través de la regulación expresa valores netamente políticos

que deben ser tenidos en cuenta por el mercado. Sin embargo, este modo de intervención en la economía descarta la dirección política de las autoridades de regulación. Esto debido a que la regulación requiere del uso por una misma entidad, de diferentes competencias legales, entre las que se destaca la facultad de imponer sanciones. De allí que la confusión entre regulación reglamentación resulta pernicioso puesto que, el ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al presidente de la república, mientras que facultades como las de sancionar,

propias de las autoridades de regulación, corresponden, en principio, a las autoridades judiciales. En la regulación, la influencia excesiva del jefe del ejecutivo es un indicio de que dicha actividad puede estar capturada por intereses políticos de corto plazo que pervierten el uso de esas competencias. Esta situación conduce a la concentración del poder político y del poder económico, en detrimento de la preservación del interés general y al sacrificio de este último ante el interés electoral.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEMOGLU D. ROBINSON J. (2012) Why nations fail: the origins of power, prosperity and poverty, Profile books.
- AFTALION, F. (1990). La Faillite de l'économie administrée, Le Paradoxe Français, PUF.
- AGLIETTA, M. (1976). Régulation et crises du capitalisme. L'expérience des EtatsUnis, Calmann-Lévy.
- ALVIAR GARCÍA Helena y LAMPREA Everaldo, coordinadores, (2015) El estado regulador en Colombia, Ediciones Uniandes,
- ARAQUE GARCÍA, L. (2010). La constitucionalidad de la regulación y las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios». Revista Diálogos de Derecho y Política, Universidad de Antioquia, n. 4.
- ARTEAGA VÉLEZ, L.F. (1999) La Regulación: Mecanismo de Intervención Estatal, Revista Letras Jurídicas, n., 1.
- BEDOYA GIRALDO, H. (2001). Existencia Jurídica de la Regulación, Revista Letras Jurídicas, Vol. 6, No. 1 pp, 31-46.
- BELLEY, J-G., (1986). L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique, Sociologie et sociétés Vol X.VIII, No 1. Abril, pp.11-32.
- BOTERO GIL, E (2011). Regulación: ¿Hacia una nueva función de policía administrativa?, Revista Letras Jurídicas, Vol 16. N.1. pp. 151-170.
- BOYER, R. (1989). La Teoría de Regulación. Un análisis crítico., Área de Estudios e Investigaciones Laborales de la SECYT, CEIL/CONICET, CREDAL/CNRS, Buenos Humanitas.
- BRACONNIER, S. (2015). Droit public de l'économie, PUF.
- BRUNET, F. (2015). Marché et autorité normative, En: Droit et marché, DORMONT S., y PERROUD T. (directores), LGDJ, 2015. LGDJ, pp. 65-78.
- BUCHANAN, J. y Gordon T. (1962). The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- CHAMPAUD, C. (2002). Régulation et droit économique, En: Revista internacional de derecho económico, vol. 16, no 1, pp. 23-66.
- CHEVALLIER, J. (2015) Ordre juridique et logique de marché, Introduction En: DORMONT, S.Y PERROUD T. (editores) Droit et marché. Paris, Editorial LGDJ, pp. XIII - XXIV.(2004). L'état régulateur. En: Revista francesa de administración pública, n. 111, pp. 473-482.(2001). La régulation juridique en question, En: Droit et société, n.49, pp. 827-846.

BIBLIOGRAFÍA

- (1998). Régulation et polycentrisme dans l'administration française, En: La revista administrativa, n. 301, pp. 43-53.
- (1995) De quelques usages du concept de régulation, En MIAILLE, M. (editor), La régulation entre droit et politique, Paris, L'Harmattan, p. 71-93.
- COHEN-TANUGI, L. (1998). L'émergence de la notion de régulation, Les Petites Affiches, 10 juillet n. 82, pp. 3-4.
 - Colombia. Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-156.
 - (2012) Sentencia C-896.
 - (2002) Sentencia C-1071.
 - (2001). Sentencia C-649.
 - (2000a). Sentencia C-384.
 - (2000b) Sentencia C-1143.
 - (2000c) Sentencia C-1641.
 - (1997). Sentencia C-233
 - (1997). Sentencia C- 350.
 - (1996). Sentencia C-447.
 - (1994). Sentencia C-212.
 - (1992). Sentencia C-592.
 - COMMAILLE, J. (1991). Normes juridiques et régulation sociale. Retour à la sociologie générale, En : CHAZEL, F. y COMMAILLE J. (Editores) Normes juridiques et régulation sociale, LGDG, pp.13-22.
 - Conseil d'État, Rapport public Autorités Administratives Indépendantes, La Documentation française, n. 52, 2001.
 - COTTERRELL, R. (2013). Law, culture and society, Legal ideas in the mirror of social theory. Ashgate Publishing, Ltd.
 - DEBONO, M. (2012). Langue et droit, EME.
 - DELZANGLES. H. (2015). La notion d'interrégulation En : ECKERT, G. y KOVAR J.-P.(editores) L'interrégulation, Paris, L'Harmattan pp. 13-33.
 - DESCHAMPS, M. (2012). L'expert ou le peuple? Deux attitudes polaires face à la politique de concurrence, Revista Internationale de droit économique, 26(1), 57-94 n.1, p. 57-94.
 - DE SMET, F.J. (2014) Déclin du politique et gouvernance publique, En: Crise et droit économique, THIRION, N. (director.), Larcier, pp. 27-50.
 - DUBASH, N. y MORGAN, B. (2013). The Rise of the Regulatory State of the South: Infrastructure and Development in Emerging Economies, Oxford University Press.
 - DU MARAIS, B. (2004). Droit public de la régulation économique, Presses de Sciences Po et Dalloz.
 - EPRON, Q. (2011). Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs, Revista Francesa de Derecho Administrativo, p. 1007.
 - ECHEVERRI, M.-P. (2001). Breve Aproximación al Papel de la Regulación en el Estado Social de Derecho, Revista Letras Jurídicas, Vol. 6, No. 1 pp. 205-211.
 - ESTRADA, J. (2004). Construcción del modelo neoliberal en Colombia, 1970-2004, Aurora.
 - FARJAT, G. (2004) Pour un droit économique, PUF.
 - FAVOREU, L. y PHILIP, L. (2011). Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz.
 - FLOREZ, A. (2011) La Nueva Unidad Administrativa Especial Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera (URF), Ámbito Jurídico, 11-01.
 - FRISON-ROCHE, M.-A. (2011). Les 100 mots de la régulation, PUF.(2007) (dirección) Les régulations économiques: légitimité et efficacité, Presses de Ciencias Po - Dalloz. Dialectique entre concurrence et régulation, Actualité du droit de la régulation, Revista Lamy de la Concurrence, pp.168.(2004). Définition du droit de la régulation économique,

- En: FRISON-ROCHE, M.-A. (editor) *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, colección, vol. 1, Presses de Sciences Po et Dalloz.(2001) *Le droit de la régulation*, Recueil Dalloz, chroniques. pp. 610-616.(1998). « Les différentes définitions de la régulation », *Les Petites Affiches*, 10 de julio de 1998, n.82, pp. 5-8. (1996). *Le modèle du marché*, *Archives de philosophie du droit*, tome 40, *Droit et Esthétique*, pp.287-314.
- FOUCAULT, M. (2004). *Naissance de la biopolitique: cours au Collège de France 1978-1979*, Seuil/Gallimard, 2004.
 - GARCÍA PELAYO, M. (1987). *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza.
 - GÉLARD, P. (2006). *Rapport, Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié* », *Office parlementaire d'évaluation de la législation, Assemblée Nationale*, n.3166 – Sénat n.404.
 - GONZÁLEZ LÓPEZ, E., (2013). *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes*, Tesis de doctorado, Universidad Externado de Colombia.
 - HABERMAS, J. (1988). *Raison et légitimité, Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Payot, p. 122.
 - HARTLYN, J. (1998). « *El presidencialismo y la política colombiana* », En: *Las crisis del presidencialismo*, LINZ J. et VALENZUELA A., (dir) Alianza Editorial.
 - HAYEK, F. (2000). *Camino de servidumbre*, Alianza Editorial.
 - HOMMES, R., (1996). *Regulation, deregulation and modernization In Colombia*, *Inter-American Development Bank, Office of the Chief Economist, Working paper n.316*.
 - IBAÑEZ NAJAR, J.-E. (2003). *Alcance y límites de las potestades reguladora y reglamentaria*, *Revista Universitas*, vol. 52, no 106, pp. 9-93.
 - JACQUEMIN, A. (1972). *Le droit économique, serviteur de l'économie?* *Revista Trimestrielle de droit commerciale*, pp. 283-302.
 - JEAMMAUD, A. (1998). *Introduction à la sémantique de la régulation juridique*, En: CLAM, J. y MARTIN, G. (Editores) *Les transformations de la régulation juridique*, Paris L.G.D.J. pp. 47-72.
 - LAFFONT J.J, TIROLE, J. (1991). *The politics of government decision-making: A theory of regulatory capture*, *The Quarterly Journal of Economics*, pp. 1089-1127.
 - LATORRE, I. (2014). *La política de mejora regulatoria: oportunidades y desafíos para Colombia*, *Revista de Derecho Público*, No 33, Universidad de Los Andes, julio – diciembre, pp. 4-35.
 - LAZEAR, E. (2000). *Economic Imperialism*, *The Quarterly Journal of Economics*, 99-146.
 - LEGRAND, P. (1997). *Impossibility of Legal Transplants*, *The Maastricht journal of european and comparatif law*, vol. 4, p. 111-124.
 - LEVI-FAUR, D. y JORDANA, J. (2005). « *The rise of regulatory capitalism: the global diffusion of a new order*», EN: *The annals of the American academy of political and social science*, vol. 598, n. 1, pp. 200-217.
 - LIZARAZO RODRÍGUEZ L., ANZOLA GIL M., (2004). *La regulación económica: Tendencias y desafíos*, (dirección.), Universidad del Rosario.
 - LUHMANN, N. (1998). *Sistemas sociales : lineamientos para una teoría general* *Anthropos*.
 - MAJONE, G. (1997). «*From the positive to the regulatory state: causes and consequences of changes in the mode of governance* », En : *Journal of public*

- policy, , vol. 17, n. 02, pp. 139-167
- (1996). La Communauté européenne, un État régulateur, Montchrestien.
 - MARCOU, G. (2006). La notion juridique de régulation, En: Actualité juridique de droit des affaires, pp. 347-356.
 - MATIAS CAMARGO, S.R. (2015) « La regulación económica de los servicios públicos domiciliarios en Colombia », Revista Dialogo de saberes, pp. 63-78.
 - MIAILLE, M. (1995). La régulation: enjeux d'un choix En: MIAILLE, M. (Editor), La régulation entre droit et politique, L'Harmattan.
 - MIRANDA LONDOÑO, A. y MARQUEZ ESCOBAR, C.-P. (2004) Intervención pública, regulación administrativa y economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación. Revista Universitas Vol. 53, no 108, pp. 71-117.
 - MONTANA, A. (2002). Manifestaciones normativas de las comisiones de regulación de servicios públicos, Revista, Con-texto, 14, 51.
 - MONTENEGRO, A. (1995). Economic Reforms in Colombia: Regulation and Deregulation, 1990-94. Economic Development Institute, World Bank.
 - MOYANO GORTÁZAR, G. (2016) Incorporación del análisis de impacto regulatorio en los Estados unidos, Revista de Derecho Económico, Universidad de Chile, no 76, p. pág. 99-124.
 - MUIRWATT, H. (2001). Propos liminaires sur le prestige du modèle américain, En: L'américanisation du droit, Colleccion Archives de Philosophie du droit, t. 45, Paris, Dalloz, pp. 29-36.
 - OECD. (2014). Review of telecommunication policy and regulation in Colombia, OECD Publishing. (2013) Regulatory Policy in Colombia: Going beyond Administrative Simplification, OECD publishing. (1997). Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries, OECD Publishing.
 - OCQUETEAU, F. y SOUBIRAN-PAILLET F. (1996). Présentation Normes, regle, habitus et droit chez Bourdieu, En Droit et société, No 32. pp 7-8.
 - PALACIOS MEJÍA, H. (2007). Notas acerca de la facultad de regular la economía en la constitución de 1991, Revista de derecho público, Universidad de los Andes, n.1.
 - PARADA VÁZQUEZ, J.R. (1972). El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal, Revista de administración pública, no 67, pp. 41-94.
 - PERROUD, T. (2015). La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, Dalloz.
 - POCHARD, M. (2001). Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction, AJDA, n.1, p. 106.
 - RESTREPO- MEDINA, M. (2010). Redefinición normativa de la regulación y el control de la actividad económica en el caso colombiano. Revista universitas, vol. 59, no 121, pp. 263-304.
 - REYNAUD, J.-D. (1993). Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale, Armand Colin.
 - RODRÍGUEZ ORTEGA, J.A. (2016). Crisis en la legitimidad del Estado, del derecho y de la democracia liberal, Revista Pensamiento Jurídico, n. 41, pp. 105 - 126.
 - ROMERO ALVARADO, L.-M. (2015) Regulación económica: una aproximación al marco teórico y conceptual, Revista Derecho y Realidad Vol. 13 - No. 25, pp. 43-62.
 - ROSANVALLON, P. (2008). La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité, Le Seuil.
 - (1999). Le capitalisme utopique, histoire de l'idée de marché, Seuil, p. VI.
 - ROSIER, B. y DOCKÈS, P. (2003). Les théories des crises économiques, La

- Découverte.
- SANCLEMENTE-ARCINIEGAS, J. (2016) L'indépendance du régulateur en France et en Colombie, tesis de doctorado en derecho, Universidad París-Dauphine, PSL Research University, 2016.
 - SANJUÁN, C. (2014) La concepción marxiana del origen de las crisis en la dinámica interna del capitalismo. En: Doxa, Series Filosóficas, n. 34, 2014, pp. 267-286.
 - SARMIENTO, E. (2005) Privatizaciones, Monopolios y regulación en las empresas de servicios públicos domiciliarios, En: VELILLA, M. (editor), Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado, Ibáñez, pp. 225-24.
 - SHLEIFER, A. (2012). The Failure of Judges and the Rise of Regulators, MIT Press.
 - STIGLER, G. (1971). « The theory of economic regulation », The Bell journal of economics and management science, pp. 3-21.
 - STRAUSS, Peter L. (1984). The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch, Columbia Law Review, Vol. 84, No. pp. 573-669.
 - STRICKLER, Y. (2015) Le droit à un procès équitable », En: Libertés et droits fondamentaux, CABRILLAC, R. (director), Dalloz, pp. 615-629.
 - SUNSTEIN, C. (2014). Simpler: The future of government, Simon and Schuster,
 - TIMSIT, G. (2004). La "régulation" la notion et le phénomène», En: Revista francesa de administración pública, Vol 1, n. 109, p. 5.
 - Twining, W. (2005). Social science and diffusion of law. Journal of Law and Society, 32(2), 203-240.
 - VALENCIA AGUDELO, G. (2004) «Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: El caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia», En: Ecos de Economía n. 18, abril, p. 7-32.
 - VÉLEZ ÁLVAREZ L.G., (2006). Diez años de regulación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia: lo bueno, lo malo y lo feo de un modelo mestizo, Lecturas de Economía, n. 64, pp. 143-165.
 - WALRAS, L. (1987). Elementos de economía política pura, (o teoría de la riqueza social), Alianza.
 - Watson, A. (1974). Legal transplants: An approach to comparative law. University of Georgia Press.