

DIEGO MUÑOZ VICUÑA Y PABLO MUÑOZ VICUÑA

**UNA REVISIÓN DE LAS PRINCIPALES ESTRATEGIAS
REGULATORIAS Y SU IMPLEMENTACIÓN EN CHILE**

A REVIEW OF THE MAIN REGULATORY STRATEGIES
AND ITS IMPLEMENTATION IN CHILE

ARTÍCULO INÉDITO DE INVESTIGACIÓN

CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO (CHICAGO) Muñoz Vicuña, Diego y Pablo Muñoz Vicuña. «Una revisión de las principales estrategias regulatorias y su implementación en Chile». *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* 10 (2022). <https://doi.org/10.7764/rda.10.53591>

REVISTA DE DERECHO APLICADO LLM UC Número 10
Diciembre 2022
ISSN: 2452-4344

Recepción: 12 de septiembre, 2022
Aceptación: 21 de diciembre, 2022

Resumen

El presente artículo revisa diez de las principales estrategias regulatorias existentes y cómo estas han sido entendidas y aplicadas en Chile: comando y control, *nudge*, *sandbox*, autorregulación forzada, autorregulación regulada, corregulación, regulación responsiva, regulación basada en riesgo, regulación prudencial y metarregulación. A partir de dicha revisión, y con el objeto de que estas estrategias sean correctamente implementadas, se busca destacar la existencia de distintos entendimientos respecto de una misma estrategia; el establecimiento inorgánico de estas en nuestro ordenamiento jurídico y la ausencia de una política regulatoria que promueva la adopción de modelos adecuados a los objetivos planteados.

Palabras clave: Derecho regulatorio, estrategias regulatorias, *enforcement*.

Abstract

This article reviews ten of the main regulatory strategies and discusses how they have been understood and applied in Chile: command and control, nudge, sandbox, forced self-regulation, regulated self-regulation, co-regulation, responsive regulation, risk-based regulation, prudential regulation and meta regulation. With the aim of contributing to a better implementation of these strategies, our review draws attention to i) a lack of shared understandings around each strategy, ii) their inorganic placing in the Chilean legal system, and iii) the absence of a regulatory policy that promotes the adoption of strategies suitable to specific goals.

Keywords: Regulatory law, regulatory strategies, enforcement.

Diego Muñoz Vicuña

Universidad Carlos III de Madrid
Madrid, España
diegomunozvicuna@gmail.com

Diego Muñoz Vicuña es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma de postítulo en Regulación y Derecho Público de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente candidato a doctor en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid. Su práctica profesional se ha centrado en derecho administrativo y mercados regulados.

Universidad Carlos III de Madrid
Madrid, Spain
diegomunozvicuna@gmail.com

Diego Muñoz Vicuña is a Lawyer from the Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma in Regulation and Public Law from Universidad de Chile. Master in Public Law from Universidad Carlos III de Madrid. He is currently Ph.D. candidate from Universidad Carlos III de Madrid. His practice has centered in Administrative Law and regulated markets.

Pablo Muñoz Vicuña

Superintendencia de Casinos de Juego
Santiago, Chile
pablo.munoz.vicuna@gmail.com

Pablo Muñoz Vicuña es abogado de la Universidad Diego Portales, Chile. Magíster en Políticas Públicas de la Universidad de Chile y máster en Regulación de la London School of Economics. Actualmente trabaja en la división jurídica de la Superintendencia de Casinos de Juego. Su práctica profesional se ha centrado en derecho administrativo y mercados regulados.

Superintendence of Casinos
Santiago, Chile
pablo.munoz.vicuna@gmail.com

Pablo Muñoz Vicuña is a Lawyer from Universidad Diego Portales, Chile. Master in Public Policy from Universidad de Chile and Master of Science in Regulation from London School of Economics. Currently he works in the Superintendence of Casinos. His practice has centered in Administrative Law and regulated markets.

I. INTRODUCCIÓN

Suele afirmarse que el concepto de *regulación* sufre de una falta de entendimiento generalizado,¹ toda vez que se trata de un concepto jurídicamente confuso y de carácter multidisciplinario,² que ha sido estudiado desde distintas ramas del conocimiento como el derecho, la economía, la ciencia política, la sociología, la historia, la geografía y la administración pública.³ De este modo, algunas interpretaciones más amplias entienden la regulación como cualquier acción que realiza el Estado, independiente de la forma que esta se lleve a cabo.⁴ Otras, en cambio, suelen enfocarse desde una perspectiva normativa⁵ o más económica.⁶ Y otros incorporan en el mismo concepto de regulación la fase de supervisión del cumplimiento normativo⁷ o mecanismos de control no gubernamentales vinculados a la autorregulación.⁸

De la misma manera que existe confusión respecto al concepto de *regulación*, también lo hay respecto al contenido de las *estrategias existentes*. En primer término, porque la gran mayoría de las estrategias son importadas y no necesariamente son copiadas en forma

-
- ¹ Christel Koop y Martin Lodge, «¿Qué es la regulación? Un análisis conceptual interdisciplinario». *Revista de Derecho Administrativo* 17 (2019): 222.
 - ² Eduardo Cordero Quinzacara, «Sanciones administrativas y mercados regulados», *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)* 26, n.º 1 (2013): 121.
 - ³ Robert Baldwin, Martin Lodge y Martin Cave, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (Oxford: Oxford University Press, 2012), cap. I, p. 1.
 - ⁴ Cordero Quinzacara, «Sanciones...», 121.
 - ⁵ Por ejemplo, la *Guía chilena para una buena regulación*, de 2019, define regulación «para hacer referencia a las leyes y normativa administrativa de carácter infralegal, como circulares, resoluciones, reglamentos, decretos, entre otros». Camila Carrasco Donoso, Florencia Canales Gana y Andrés Osorio Tocornal, *Guía chilena para una buena regulación* (Santiago: Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, 2019), 9.
 - ⁶ En efecto, como sostiene Ferrada, desde esta perspectiva el concepto se refiere al conjunto de actividades que desarrolla el Estado en la ordenación y disciplina de los diversos sectores de la economía, lo que excede con mucho el poder jurídico meramente reglamentario o normativo. Juan Carlos Ferrada Bórquez, «Los órganos reguladores de actividades económicas relevantes en Chile: Una visión panorámica», *Revista Chilena de Derecho* 30, n.º 2 (2013): 277.
 - ⁷ Conforme a esta definición, la regulación corresponde a «la promulgación de un conjunto autorizado de reglas, acompañadas por algún mecanismo [...] para monitorear y promover el cumplimiento de estas reglas». Koop y Lodge, «¿Qué es la regulación?», 221.
 - ⁸ De acuerdo a esta definición, la regulación corresponde a «todos los mecanismos de control social —incluidos los procesos no intencionales y no estatales». Koop y Lodge, «¿Qué es la regulación?», 221.

correcta, ignorando la propia tradición jurídica. Como sostiene Julia Black, la regulación no es un concepto «que viaje bien», pues a menudo no existe una palabra o concepto equivalente fuera de los países de habla inglesa.⁹ En segundo lugar, porque una misma estrategia puede tener mínimas variaciones, lo que puede llevar a que incluso organismos públicos tengan distintos entendimientos respecto de estas estrategias. Por último, porque incluso en la experiencia comparada una misma estrategia puede referirse a materias muy diversas dentro del ámbito de la regulación.

En este contexto, en el presente artículo pretendemos por una parte dar a conocer y revisar las principales estrategias existentes a nivel comparado, con el objeto de aclarar confusiones teóricas que puedan incidir en su implementación en Chile. Asimismo, tomando en consideración que las distintas estrategias regulatorias deben ser consistentes con el ordenamiento jurídico vigente, so riesgo de incurrir en alguna ilegalidad,¹⁰ estimamos necesario revisar si existe reconocimiento expreso de estas estrategias a nivel legal o, en ausencia de ello, analizar los principios, fines y potestades públicas contemplados en las respectivas leyes para determinar si estas estrategias podrían ser aplicables en la práctica.

Por otra parte, resulta importante explicitar que las estrategias regulatorias pueden encontrarse en distintas etapas de un proceso de regulación. Así, buscamos distinguir aquellas estrategias regulatorias enfocadas en la intervención del Estado en la parte del diseño regulatorio —manifestado en establecimiento de políticas, reglas, principios, incentivos o herramientas institucionales y que puede ser efectuado de manera directa o parcialmente delegada en terceros—, de aquellas que su principal foco está en el *enforcement*, es decir, en la aplicación práctica del diseño regulatorio. A su vez, estos modelos deben distinguirse de aquellos que se vinculan al proceso de mejora regulatoria como política propiamente tal. Aunque las distinciones pueden no resultar absolutas, ya que algunos modelos pueden presentar características de diseño regulatorio y *enforcement* a la vez, estimamos que permite clarificar la etapa principal en que el modelo se ubica.

Para el cumplimiento de los objetivos planteados, el trabajo se divide en otras cinco secciones. En la primera, se describirán los modelos vinculados a la etapa del diseño regulatorio en que interviene directamente el Estado (comando y control, *nudge* y *sandbox*). En la

⁹ Julia Black, «Critical Reflections on Regulation», en *ESRC Centre for Analysis of Risk and Regulation* (París: OCDE, 2002), 2.

¹⁰ Véase en este sentido el Dictamen 65853 de la Contraloría General de la República, de 2013, que se pronuncia respecto de la legalidad de la Resolución Exenta 708 de 2012 y del Oficio Circular 2, de 2013, ambos de la Superintendencia de Casinos de Juego, que tenían por objeto implementar un modelo de supervisión basado en riesgo en los casinos de juego, conforme a la normativa vigente a esa época.

segunda, aquellas estrategias en que el Estado delega parte de la regulación en los privados (autorregulación forzada, autorregulación regulada y corregulación). En la tercera, se analizarán los modelos vinculados al *enforcement* (regulación responsiva, regulación basada en riesgo y regulación prudencial). En la cuarta, se analizará la metarregulación como política regulatoria. Finalmente, se presentan nuestras conclusiones.

2. ESTRATEGIAS DE DISEÑO REGULATORIO DESARROLLADAS DIRECTAMENTE POR EL ESTADO

2.1. Comando y control

Comando y control es una tradicional estrategia regulatoria¹¹ en virtud de la cual el regulador fija estándares de ciertas actividades (comandos) y usa la legislación para prohibir que las entidades reguladas tengan un comportamiento que no se conforme con estos estándares (control),¹² todo lo cual debe estar respaldado por sanciones.¹³ Ivó Coca sostiene que esta estrategia es propia de un modelo de intervención estatista puro, en que el Estado redacta de forma exclusiva las normas de forma ampliamente generalizables, para acto seguido encargarse él mismo de la supervisión y, en su caso, de la sanción de eventuales infracciones.¹⁴

El enfoque regulatorio del comando y control habilita al regulador a actuar con fuerza e inmediatez, adoptando una posición clara y sancionando a quienes no cumplen con los estándares.¹⁵ Esta virtud es consecuencia de su implementación, fundamentalmente constituida por una relación causa-efecto,¹⁶ que puede traducirse en «cumpla lo siguiente,

¹¹ Daniel Cole y Peter Grossman, «When Is Command-and-Control Efficient? Institutions, Technology, and the Comparative Efficiency of Alternative Regulatory Regimes for Environmental Protection», *Articles by Maurer Faculty* 590 (1999): 887; K. P. V. O'Sullivan y Darragh Flannery, «A Discussion on the Resilience of Command and Control Regulation Within Regulatory Behaviour Theories», *Journal of Governance and Regulation* 1, n.º 1 (2012): 15.

¹² O'Sullivan y Flannery, «A Discussion...», 16.

¹³ Baldwin, Cave y Lodge, *Understanding Regulation*, cap. 7, 106.

¹⁴ Ivó Coca Vila, «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en *Criminalidad de empresa y compliance: Prevención y reacciones corporativas*, ed. por Jesús María Silva Sánchez y Raquel Montaner Fernández (Barcelona: Atelier, 2013), 44. Hay autores que han llegado a sostener que las regulaciones basadas en comando y control tienen un «estilo soviético» y son propias de una «planificación central socialista», dando a entender que se trata de una técnica ineficiente y democráticamente ilegítima. Cole y Grossman, «When Is...», 887.

¹⁵ Baldwin, Cave y Lodge, *Understanding Regulation*, cap.7, 107 y 134.

¹⁶ O'Sullivan y Flannery, «A Discussion...», 16.

o será sancionado». Asimismo, las regulaciones que toman como base la estrategia del comando y control son consideradas una fuerte arma comunicacional, pues mediante ellas el público puede estar seguro de que el poder de la ley se está utilizando de manera práctica y simbólica en su ayuda.¹⁷

No obstante, la estrategia del comando y control ha sido constantemente fuente de críticas. En este sentido, se ha sostenido que el modelo requiere que los reguladores soliciten a los regulados una gran cantidad de información, lo que produce que la relación entre ambos se intensifique, aumentando el riesgo de captura.¹⁸ Asimismo, las regulaciones sostenidas en comando y control presentan dificultades para hacerse cumplir, sea porque requiere una gran cantidad de fiscalizadores e inspectores en terreno, o porque las reglas utilizadas no siempre encuentran los tipos y niveles apropiados de estándares, dejando al descubierto la conducta que debiera ser controlada, o bien, restringiendo una actividad que no debiera estar restringida.¹⁹

En Chile, entendemos que este modelo ha sido utilizado por defecto, de forma tal que, en los diversos mercados regulados, se habilita a las Superintendencias a sancionar en caso de que los regulados infrinjan alguna de las normativas. Ello ocurre, por ejemplo, en materia de electricidad y combustible,²⁰ de casinos de juego,²¹ de servicios sanitarios²² o de telecomunicaciones²³. En las materias antes aludidas, el legislador mediante normas

¹⁷ Baldwin, Cave y Lodge, *Understanding Regulation*, cap. 7, 107.

¹⁸ Baldwin, Cave y Lodge, *Understanding Regulation*, 107.

¹⁹ Baldwin, Cave y Lodge, *Understanding Regulation*, 110.

²⁰ En este sentido, el artículo 15 de la Ley 18.410, que Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustible, dispone que las empresas, entidades o personas naturales sujetas a la supervisión de la Superintendencia que infrinjan las normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles, o las instrucciones y órdenes impartidas por la Superintendencia serán sancionadas.

²¹ El artículo 46 de la Ley 19.995, que «Establece bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de casinos de juego», prescribe que las infracciones a dicha ley, sus reglamentos y a las instrucciones u órdenes impartidas por la Superintendencia del rubro serán sancionadas de la manera allí establecida.

²² El artículo 11 de la Ley 18.902, que Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, establece que los prestadores de servicios sanitarios que incurrieren en alguna infracción a las leyes, reglamentos y demás normas relaciones con los servicios sanitarios, o en incumplimiento de las instrucciones, órdenes y resoluciones que dicte la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación de alguna de las sanciones allí establecidas.

²³ El artículo 36 de la Ley 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, señala que las infracciones a dicha ley, sus reglamentos, planes técnicos fundamentales y normas técnicas, serán sancionadas por el ministro de conformidad a las disposiciones allí establecidas.

basadas en comando y control, fija un estándar cuya infracción implica una sanción y encarga la supervisión del debido cumplimiento de la normativa a una Superintendencia o agencia reguladora que cuenta con amplias potestades. En base a lo anterior, es posible sostener que, desde la perspectiva de legalidad, la estrategia de comando y control se encuentra adecuadamente establecida en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta técnica regulatoria, a pesar de las desventajas expuestas, sigue siendo utilizada y se prefiere por sobre otras alternativas,²⁴ especialmente cuando es aplicada, gradual y adaptativamente con otras técnicas de regulación.²⁵ Por ejemplo, es posible sostener que la Ley 21.000, que Crea la Comisión para el Mercado Financiero, contempla un modelo de comando y control, pero también efectúa una supervisión en base a riesgo²⁶ y una regulación prudencial y conductual, según se analizará más adelante.

2.2. *Nudge*

Para comprender la estrategia regulatoria de *nudge* (traducido al español como «pequeño empujón»),²⁷ resulta útil previamente referirnos al análisis económico del derecho (AED) y a su versión más sofisticada, denominada análisis conductual de derecho (ACD). El AED consiste en estudiar las normas jurídicas aplicando, los conocimientos y los métodos proporcionados por la economía, con el objeto de predecir cómo reaccionarán los ciudadanos

²⁴ Baldwin, Cave y Lodge señalan: «La diferencia entre comando y control y otros regímenes puede, de hecho, ser propensa a la exageración, ya que, como se señaló, muchos o la mayoría de los esquemas requieren implementación a través de reglas, ya sea basada en comandos o en incentivos» (Baldwin, Cave y Lodge, *Understanding Regulation*, 131). En la misma línea, Cole y Grossman indican que, en materia medioambiental, las normas basadas en comando y control son eficientes, produciendo beneficios sociales mayores a sus costos, arguyendo que incluso pueden ser más eficientes que otras técnicas regulatorias (Cole y Grossman, «When Is...», 888).

²⁵ Pablo Soto Delgado, «Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del derecho: Un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental», *Ius et Praxis* 22, n.º 2 (2016): 190, 195.

²⁶ Ley 21.000, artículo 5, numeral 4: «A su vez, con el objeto de evaluar los riesgos de la situación financiera de las entidades sujetas a su fiscalización, la Comisión podrá requerirles a estas antecedentes sobre la situación financiera de todas aquellas personas o entidades que pertenezcan a su mismo grupo empresarial que pudieren comprometer, en forma significativa, la situación financiera de la entidad fiscalizada, así como información conducente a determinar las relaciones de propiedad o control y operaciones entre ellas».

²⁷ Elisa Moreu Carbonell, «Integración de nudges en las políticas ambientales», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública* 19 (2018): 152.

frente a una determinada regulación.²⁸ El ACD, por su parte, incorpora características psicológicas en esta ecuación, a fin de considerar que los seres humanos no siempre tomamos decisiones racionales.²⁹ Así, el ACD es una rama del AED que permite predicciones más exactas³⁰ y disposiciones más efectivas.³¹

En la proliferación del AED y ACD, surge la estrategia regulatoria de *nudge*, una expresión de los avances del ACD³² que encuentra en el economista Richard H. Thaler (premio Nobel de Economía 2017), el psicólogo Daniel Kahneman y el abogado Cass Sunstein a sus grandes exponentes.³³ Este último escribió junto a Thaler el libro *Nudge: Improving Decision About Health, Wealth and happiness*, en el que definen *nudge* como

cualquier aspecto de la arquitectura de las decisiones que modifica la conducta de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar de forma significativa sus incentivos económicos. Para que se pueda considerar como *nudge*, debe ser barato y fácil de evitar. Los *nudges* no son órdenes.³⁴

A nivel comparado, encontramos diversas regulaciones que han tomado como base esta estrategia regulatoria. Clásico es el ejemplo de las medidas adoptadas en el aeropuerto de Amsterdam-Schipol, que con solo dibujar una mosca en los urinarios masculinos logró

²⁸ Gabriel Doménech Pascual, «Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho», *Revista de Administración Pública* 195 (2014): 101-104.

²⁹ Sunstein menciona una serie de sesgos que solemos tener y que nos impiden tomar decisiones racionales. Por ejemplo, los seres humanos tenemos una especial aversión a las pérdidas, de forma tal que estamos más disgustados ante las pérdidas que satisfechos ante ganancias equivalentes. En ese sentido, aquellos a quienes al principio se les ha asignado un derecho probablemente lo valoren más que aquellos otros que no cuentan con tal derecho. Así, los trabajadores valorarían más su derecho a ser despedidos solo por causas justificables que la satisfacción que pueda generar para un empleador obtener un derecho a despedir por su propia voluntad. Cass Sunstein, «Análisis conductual del derecho», *Themis: Revista de Derecho* 62 (2012): 53-57.

³⁰ Doménech Pascual, «Por qué...», 126.

³¹ Juli Ponce Solé, Estrella Montolío Durán y José-Andrés Rozas Valdés, «Derecho conductual y *nudges*: Implicaciones jurídicas y lingüísticas», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* 25 (2021): 12.

³² Juli Ponce Solé, «Derecho administrativo, ciencias conductuales y *nudging* en la gestión pública», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas* 15 (2018): 13.

³³ Moreu Carbonell, «Integración...», 452.

³⁴ Richard Thaler y Cass Sunstein, *Nudge: Improving Decision About Health, Wealth, and Happiness* (New Heaven: Yale University Press, 2008), introducción, 6. Traducción de Ponce Solé, «Derecho administrativo...», 14.

reducir en 80% las salpicaduras, consiguiendo mantener limpios los baños por más tiempo a bajos costos de aseo.³⁵ También podemos mencionar los pasos peatonales «flotantes» o en 3D, que comenzaron en India e Islandia, y que permitían engañar el cerebro del conductor para que el vehículo frene.³⁶ El éxito de esta estrategia regulatoria llevó a que diversos países crearan organismos administrativos encargados de incorporar este modelo regulatorio, como la Nudge Unit creada en 2010 en el Reino Unido³⁷ o su homónima instaurada en 2016 en Qatar.³⁸

Es importante constatar que las regulaciones fundadas en *nudge* no están exentas de críticas. Enmarcada dentro del «paternalismo libertario» —movimiento creado por los mismos Thaler y Sunstein—,³⁹ se ha sostenido que esta estrategia regulatoria menosprecia las preferencias individuales ya formadas, imponiéndose sobre decisiones que en principio serían personales —por ejemplo, qué comer o qué hábitos cultivar—, y se ha expresado que a través de ellas se puede manipular el proceso de formación de preferencias,⁴⁰ llegando incluso a plantear la existencia de un *nudge* «oscuro», el cual se pudo observar en el marketing electoral empleado por la empresa Cambridge Analytica para el referéndum Brexit y para las elecciones de Estados Unidos que dieron a Donald Trump por presidente.⁴¹

A nivel nacional, Viviana Ponce de León se ha hecho cargo de estas críticas, relacionándolas con el principio de juridicidad. En su perspectiva, esta estrategia regulatoria no se opondría a nuestro ordenamiento jurídico, en tanto se fundamenta en:

- La consecución de fines de interés general y no puramente paternalistas, cumpliendo los deberes estatales establecidos en el artículo 1 inciso primero y artículo 19 número 7 inciso primero de la Carta Fundamental.

³⁵ Thaler y Sunstein, *Nudge*, 4; Moreu Carbonell, «Integración...», 453; Viviana Ponce de León Solís, «El *nudge*, su aplicación en el derecho chileno y sus potenciales problemas de constitucionalidad», *Revista Chilena de Derecho* 46, n.º 2 (2019): 345.

³⁶ Moreu, «Integración...», 453.

³⁷ «Nudge Unit», Institute for Government, 11 de marzo de 2020, <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/nudge-unit>.

³⁸ Cass Sunstein, *Human Agency and Behavioral economics: Nudging Fast and Slow* (Cham: Springer, 2017), cap. 1, p. 2; Ponce de León Solís, «El *nudge*...», 346.

³⁹ Thaler y Sunstein, *Nudge*, 5.

⁴⁰ Ponce de León Solís, «El *nudge*...», 354-358.

⁴¹ Ponce Solé, «Derecho administrativo...», 15.

- Promover la libre adopción de decisiones, para lo cual sugiere la aplicación de un test de proporcionalidad, distinguiendo entre *nudges* educativos, que fomentan decisiones conscientes racionales e informadas, y *nudges* no educativos, que explotan errores y sesgos cognitivos, siempre teniendo presente el grado de afectación a la libertad.
- En el respeto por la democracia, publicidad y transparencia, lo que se obtiene mediante un procedimiento abierto de promoción del *nudge*, que ofrezca garantías de representatividad y deliberación pública.⁴²

En cuanto a la aplicación práctica del *nudge* en Chile, podemos citar como ejemplos las advertencias sanitarias establecidas en los envases de cigarrillos, incorporadas por el artículo 6 de la Ley 19.419, que regula las actividades relacionadas al tabaco, o la reforma efectuada en 2013 a la Ley 19.451, sobre trasplante y donación de órganos, a partir de la cual todos los mayores de 18 años son considerados donantes por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de prestar un consentimiento expreso, lo cual se tradujo en un aumento en donantes de órganos de más de 100%.⁴³ En el ámbito institucional, se ha visto la influencia del *nudge* en nuestro país a partir de la instauración de la Unidad de Economía, Psicología e Investigación, dependiente del Ministerio de Economía,⁴⁴ o la Coordinación de Economía del Comportamiento, dependiente del Sernac.⁴⁵

2.3. *Sandbox*

Se ha definido *sandbox* (en español, «caja de arena») como un espacio controlado por el regulador para que las entidades puedan probar sus ideas innovadoras con exención del cumplimiento de determinados requisitos o con garantías en caso de que no haya marco regulatorio aplicable.⁴⁶ En palabras simples, un *sandbox* permite crear un entorno para que las empresas prueben sus productos con un menor riesgo a ser sancionadas por el regulador en caso de incumplimiento, a cambio de incorporar garantías adecuadas que mitiguen los riesgos de sus innovaciones.⁴⁷

⁴² Ponce de León, «El *nudge*...», 359-365.

⁴³ Ponce de León, «El *nudge*...», 350-354.

⁴⁴ «Ministro de Economía José Ramón Valente lanzó ambiciosa agenda de reformas microeconómicas», Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, 15 de marzo de 2019, <https://www.economia.gob.cl/2019/03/15/ministro-de-economia-jose-ramon-valente-lanzo-ambiciosa-agenda-de-reformas-microeconomicas.htm>.

⁴⁵ «Coordinación de Economía del Comportamiento», Servicio Nacional del Consumidor, <https://www.sernac.cl/portal/617/w3-propertyvalue-62983.html>.

⁴⁶ Isabel Aguilar Alonso y Pilar Lluesma Rodrigo, «Una introducción al *sandbox* regulatorio», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 52 (2019): 95.

⁴⁷ Dirk Zetsche y otros, «Regulating a Revolution: From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation», *Fordham Journal of Corporate and Financial Law* 23 (2017): 64.

La estrategia regulatoria *sandbox* surgió en el ámbito financiero de Reino Unido⁴⁸ como herramienta para hacer frente a las *fintech*, esto es, el conjunto de empresas que ofrecen productos y servicios financieros basados en la tecnología, datos personales e inteligencia artificial —como serían las aplicaciones para teléfonos móviles de los bancos, las *startups* de gestión de finanzas empresariales y personales, de pagos y remesas, de criptomonedas, entre otras—.⁴⁹ Hoy, esta técnica regulatoria se encuentra también en Australia, Singapur, Hong Kong, Canadá, España, México y Brasil,⁵⁰ entre otros países.

La *sandbox* permitiría mitigar la incertidumbre regulatoria, beneficiando tanto a las empresas como al regulador, pues por un lado permitiría verificar el alcance de la regulación aplicable a los productos y servicios financieros complejos y novedosos; y por el otro, permitiría detectar, de manera temprana y oportuna, las falencias de una regulación, habilitando a una rápida mejora.⁵¹ Se trataría, entonces, de una estrategia regulatoria que permite a las empresas discutir libremente sobre sus inquietudes sin temor a que sus licencias sean revocadas, al tiempo que los reguladores pueden prever riesgos antes de que se materialicen.⁵²

Sin embargo, la «caja de arena» también tiene desventajas. Se trata de una estrategia aplicable a ámbitos que no están completamente regulados, lo cual provoca que los usuarios se abstengan de hacer negocios con empresas que se encuentran bajo este espacio controlado de regulación. Así también, la aplicación de *sandbox* suele tener problemas de transparencia, al no lograr el regulador divulgar, de manera clara y rápida, las mejoras regulatorias, atentando contra la igualdad de condiciones para competir en el mercado y afectando la seguridad jurídica.⁵³

⁴⁸ Fernando Zunzunegui, «Aproximación al espacio controlado de pruebas (*regulatory sandbox*)», *Revista de Derecho del Mercado Financiero* 6 (2020): 2.

⁴⁹ Tamara Rezaqallah Arón, «Innovando en la arenara: Una aproximación a las fintech y a la importancia de la implementación de un *sandbox* regulatorio en Perú», *Themis: Revista de Derecho* 79 (2021): 215, 217; Aguilar Alonso y Lluesma Rodrigo, «Una introducción...», 95.

⁵⁰ Daniela Pellin y Wilson Engelmann, «*Sandbox* reglamentario como fuente de derecho en caso de la disrupción nanotecnológica brasileña», *Mundo Nano: Revista Interdisciplinaria en Nanociencias y Nanotecnología* 15, n.º 28 (2022): 12; Zetsche y otros, «Regulating...», 65; Rezaqallah Arón, «Innovando...», 220.

⁵¹ Rezaqallah Arón, «Innovando...», 227.

⁵² Zetsche y otros, «Regulating...», 78.

⁵³ Zetsche y otros, «Regulating...», 79-80.

La posibilidad de crear un espacio controlado por el regulador para probar nuevas ideas dependerá de las posibilidades que las normas brinden para dicha experimentación y de la precisión con la que se diseñen *sandboxes*. Es posible apreciar, además, disposiciones técnicas o procedimentales en que la ley dispone que sean las mismas autoridades las que definan algunas reglas en la materia, lo que permitiría a los reguladores experimentar a partir de una nueva circular u otra documentación al efecto.⁵⁴

En Chile, se ha expresado que los modelos basados en *sandbox* requieren mayor discusión y de cambios legales y normativos para llevarse a la práctica;⁵⁵ sin embargo, ya se están observando los primeros avances. Así, se ha señalado que el artículo 4 de la Ley 18.045, de Mercado de Valores, contiene una base de *sandbox*, al autorizar al regulador para eximir de requisitos a los supervisados según las características de los inversionistas, los medios de las transacciones o el monto de los valores ofrecidos.⁵⁶ En una línea similar, el presidente de la Comisión de Mercado Financiero (CMF) propuso en 2018 un marco regulatorio para las empresas fintech, entre los que destacó los *sandboxes* para fomentar *startups*;⁵⁷ y el 3 de septiembre de 2021 fue presentado por el Poder Ejecutivo el proyecto de ley que promueve la competencia e inclusión financiera a través de la innovación y tecnología en la prestación de servicios financieros, conocido como «Ley Fintech»,⁵⁸ que habilitaría a la CMF a eximir o establecer un cumplimiento menos gravoso de las exigencias establecidas en la ley, cuando la naturaleza del servicio prestado así lo requiera.⁵⁹

3. ESTRATEGIAS DE DISEÑO REGULATORIO DESARROLLADAS POR EL ESTADO CON INTERVENCIÓN DE PRIVADOS

Corresponden a modelos en que el Estado delega parte de la función regulatoria en los privados. A diferencia de la autorregulación, que implica ausencia de regulación directa

⁵⁴ Armando Guío, *Sandbox regulatorio de inteligencia artificial en Chile* (Santiago: Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, 2021), 19-20.

⁵⁵ Álvaro Yañez, «Fintech en la industria financiera: Nuevos espacios de desarrollo y convergencia regulatoria», Comisión para el Mercado Financiero, 2018, pp. 12-13, <https://www.sbif.cl/sbifweb/servlet/Publicaciones?indice=15.3&idPublicacion=156&idContenido=11912&idCategoria=2523>.

⁵⁶ Yañez, «Fintech...», 12-13.

⁵⁷ Carlos Araya Paz, «Desafíos legales de la inteligencia artificial en Chile», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 9, n.º 2 (2021): 285.

⁵⁸ «Ley Fintech», Ministerio de Hacienda, <https://hacienda.cl/documentos/infografias/ley-fintech>.

⁵⁹ Artículo 4 del proyecto Ley Fintech, Boletín 14570-05.

y vinculante por parte del Estado⁶⁰ mediante la cual un grupo de empresas o individuos fijan sus reglas y ejercen voluntariamente el control sobre sus propios miembros y su comportamiento,⁶¹ en los tres siguientes modelos sí existe alguna intervención regulatoria por parte del Estado.

3.1. Autorregulación forzada

Bajo este modelo, el administrado es forzado por el regulador a autorregularse. En una primera etapa al regulado se le exige establecer sus propias reglas, que luego son ratificadas por la autoridad, correspondiendo el *enforcement* de dichas reglas al privado. Ahora bien, en una eventual segunda etapa, si es que existe una falla en la supervisión de sus propias reglas por parte del regulado, entonces estas pasan a ser supervisadas por el regulador.⁶² Corresponde a una las estrategias planteadas por Ian Ayres y John Braithwaite incorporada en la segunda pirámide de escalamiento del modelo de regulación responsiva, según se desarrollará en el numeral 4.1.

En nuestro país, la distinción entre autorregulación y autorregulación forzada ha sido clarificada por la antigua Superintendencia de Valores y Seguros en los siguientes términos:

Por autorregulación debe entenderse el proceso mediante el cual un conjunto de entidades sin relaciones jerárquicas entre ellas, por ejemplo, empresas dentro de una industria, se someten a reglas establecidas de común acuerdo y cuyo objeto es preservar la eficiencia y reputación del mercado, sector o industria a la que pertenecen. Si el sometimiento a dichas reglas es voluntario, la autorregulación se denomina voluntaria, en caso contrario, es forzada. Por ejemplo, en Chile, la industria de intermediación de valores en bolsa funciona bajo un modelo de autorregulación forzada.⁶³

⁶⁰ Ejemplos de autorregulación «a secas» en Chile se encuentran en materias de normas técnicas de calidad y seguridad industrial, medios de comunicación, ciencia e investigación y publicidad. Christian Rojas Calderón, «Autogestión y autorregulación regulada de las aguas: Organizaciones de usuario de aguas (OUA) y juntas de vigilancia de ríos», *Ius et Praxis* 20, n.º 1 (2014): 143.

⁶¹ Baldwin, Cave y Lodge, *Understanding Regulation*, 137.

⁶² Ian Ayres y John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate* (Nueva York: Oxford University Press, 1992), 6.

⁶³ «Informe final fortalecimiento de estándares de gobierno corporativo de las sociedades anónimas abiertas», Superintendencia de Valores y Seguros, 2015, p. 4, https://www.cmfchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=368a3c2505c87dfb861e1c7890281dacVFdwQmVFOUVR-VEZOUkVFMFRXcEpkMDVuUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1604908986.

Se trata de un modelo especialmente promovido en el sector financiero. Así, un primer acercamiento a esta estrategia se produjo entre 2012 y 2014, período en el cual la antigua Superintendencia de Valores y Seguros, a través de la Norma de Carácter General 341, exigió a los emisores responder un cuestionario vinculado a prácticas de gobierno corporativo bajo la modalidad *comply or explain* («cumpla o explique»).⁶⁴ Aunque fue promovido como un modelo de autorregulación por parte del regulador con el objeto de proteger la reputación y credibilidad del mercado, atendida la existencia de algunos escándalos en materia de gobierno corporativo,⁶⁵ en realidad se trató de una regulación propiamente tal, toda vez que la normativa exigió a todos los emisores informar la adopción de prácticas establecidas por el mismo regulador.⁶⁶ Desde esa perspectiva, se ha sostenido que la Norma de Carácter General 341 habría correspondido a una suerte de autorregulación forzada cuestionándose la eficacia de una norma en que los emisores deben responder obligatoriamente preguntas que el regulador entiende como buenas prácticas y no preguntas propuestas por los mismos emisores.⁶⁷

Más recientemente, a través de la Ley 21.000 que crea la CMF, se establece formalmente un modelo de autorregulación forzada, en virtud del cual se exige a los intermediarios de valores de oferta pública, a las bolsas de valores, a las bolsas de productos, a las administradoras generales de fondos y a las administradoras de carteras individuales fiscalizadas por la Comisión a autorregularse, «con la finalidad de implementar buenas prácticas en materia de gobierno corporativo, ética empresarial, transparencia y competencia leal entre los distintos actores del mercado».⁶⁸

En este contexto, las entidades pueden forzosamente autorregularse de dos maneras: i) integrando los comités externos de autorregulación financiera compuesto por los mismos participantes;⁶⁹ o ii) mediante la dictación de normas y códigos individuales que deben ser aprobados por la CMF.⁷⁰

⁶⁴ Se trata de un principio innovador en el ordenamiento jurídico nacional, basado en una famosa frase: «One size does not fit all» (una misma medida no sirve para todos). De esta manera, se reconoce que las empresas presentan diferencias, por lo que fijar estándares equivalentes para todas puede ser contraproducente. En consecuencia, se busca otorgar flexibilidad a las empresas, las que deben cumplir con estándares ajustados a sus realidades. Ver María Paz Godoy Uson, Eduardo Walker Hirschfeld y Matías Zegers Ruiz-Tagle, «Análisis del primer intento de imponer autorregulación sobre gobierno corporativo en Chile: Resultados de un oxímoron». *Revista Chilena de Derecho* 45, n.º 1 (2018): 188-189.

⁶⁵ Godoy Uson, Walker Hirschfeld y Zegers Ruiz-Tagle, «Análisis...», 183.

⁶⁶ Godoy Uson, Walker Hirschfeld y Zegers Ruiz-Tagle, «Análisis...», 187.

⁶⁷ Godoy Uson, Walker Hirschfeld y Zegers Ruiz-Tagle, «Análisis...», 183.

⁶⁸ Ley 21.000, artículo 72, inciso primero.

⁶⁹ Ver Ley 21.000, artículo 72, inciso segundo.

⁷⁰ Roberto Guerrero Valenzuela, «La Comisión para el Mercado Financiero», Centro de Gobierno Corporativo UC, 14 de mayo de 2018, p. 2, https://centrogobiernocorporativo.uc.cl/images/opinion/Opini%C3%B3n_2018/14.05.18_Web_documento_de_opinion_27_RGV.pdf.

No obstante su valorable objetivo declarado, este nuevo modelo regulatorio implementado en el mercado financiero no ha estado exento de críticas. Así, se ha cuestionado su exigencia, pues «no parece aconsejable una autorregulación forzada, con normas emitidas por una entidad ajena a quienes supuestamente se autorregulan y que más se asemejan a un nuevo fiscalizador que a una asociación que busque sistematizar las mejoras prácticas del mercado».⁷¹ Asimismo, se ha cuestionado que «la manera en que se ha estructurado el CAF peca de paternalismo debido a la excesiva intervención del regulador».⁷²

3.2. Autorregulación regulada

Conocida también como regulación pública de la autorregulación, aquí el Estado «se retira» de la regulación de un sector específico, la cual es asumida de manera privada y luego es reconocida públicamente vía ley o reglamento, atribuyéndole efectos jurídicos a la autorregulación, que por lo tanto deja de serla.⁷³ De esta manera, mientras en la *regulación forzada* el Estado fuerza a la autorregulación y a partir de allí esta se origina —correspondiendo en rigor a una regulación más—, en la *autorregulación regulada* el Estado, como titular de la potestad regulatoria, recurre al privado para que colabore en la elaboración de la regulación.⁷⁴

Ahora bien, hay quienes sostienen que la autorregulación regulada no responde a una manifestación de la privatización y pérdida de protagonismo del derecho administrativo —en otros términos, a un Estado «en retirada»—, sino que, por el contrario, deriva de un proceso de publicación del régimen jurídico de subsistemas sociales no integrados en el Estado.⁷⁵ Así, la autorregulación regulada, antes que debilitar al Estado, intensificaría sus rasgos autoritarios, transformando los instrumentos tradicionales de actuación de los poderes públicos.⁷⁶ Bajo esta perspectiva, Darnaculleta ha definido esta estrategia regulatoria en los siguientes términos:

⁷¹ José Miguel Ried y Ricardo Abogabir, «La función del Comité de Autorregulación Financiera», *Pulso*, 14 de marzo de 2018, <https://www.pressreader.com/chile/pulso/20180314/281719795105401>.

⁷² Nicole Cartier, «Comité de Autorregulación Financiera: Por qué hay que sumarse», *El Mercurio*, 14 de junio de 2018, <https://alessandri.legal/wp-content/uploads/2018/06/El-Mercurio-Inversiones-Comit%C3%A9-de-Autorregulaci%C3%B3n-Financiera--por-qu%C3%A9-hay-que-sumarse.pdf>.

⁷³ Rojas Calderón, «Autogestión...», 145.

⁷⁴ Coca Vila, «¿Programas...?», 51.

⁷⁵ Ma Mercé Darnaculleta Gardella, «Derecho administrativo y autorregulación: La autorregulación regulada» (tesis doctoral, Universidad de Girona, 2003), 25, 83.

⁷⁶ Darnaculleta Gardella, «Derecho...», 15, 86-87.

La autorregulación regulada es, pues, un nuevo instrumento de regulación ensayado por el Estado en una fase de transformación del mismo en el que, con carácter general, los instrumentos imperativos de actuación son sustituidos por técnicas indirectas de regulación. Mediante la autorregulación regulada la Administración supervisa la actuación privada de aprobación y aplicación de normas y los controles privados de cumplimiento de tales normas. La Administración debe asegurarse de que los destinatarios de tales normas y controles se sometan realmente a las mismas; y debe garantizar la capacidad técnica y el sometimiento a fines públicos de los sujetos privados que aprueban y controlan la aplicación de estas normas. En definitiva, la Administración debe velar para que la autorregulación privada conduzca, efectivamente, a la minimización de los riesgos generados por quienes se autorregulan.⁷⁷

De acuerdo con Ivó Coca, este modelo tendría tres variantes: i) la autorregulación delegada o *delegated self-regulation*; ii) la autorregulación transferida o *devolved self-regulation*; y iii) la corregulación o *cooperative self-regulation*. En la primera, el Estado regula, pero delega la facultad de supervisión y sanción en el administrado, o a la inversa, el privado regula y el *enforcement* es realizado por el Estado. En la segunda variante, el Estado delega la regulación y el *enforcement*, pero se reserva la facultad de revisar lo normado y de cómo se lleva a cabo la supervisión y la sanción. Finalmente, en la tercera variante, ambas partes, regulador y regulado, trabajan de manera conjunta en la regulación específica, la que en su etapa final es aprobada por el Estado.⁷⁸

En nuestro país, se ha sostenido que la principal manifestación de este modelo se encuentra en el principio de subsidiariedad establecido en artículo 1 inciso tercero de la Constitución.⁷⁹ A nivel legal e infralegal, se trata de un modelo que se presenta en las subvenciones que otorga el Estado conforme a la adopción de sistemas de calidad; en la oficialización de normas técnicas exigibles jurídicamente;⁸⁰ en las certificaciones con efectos públicos en materias ambiental, laborales o urbanísticas; en materia de *compliance*⁸¹ o, más específicamente, en las juntas de vigilancia en la gestión de las aguas públicas, cuya habilitación de potestades administrativas se consagran profusamente en el Código

⁷⁷ Darnaculleta Gardella, «Derecho...», 80-81.

⁷⁸ Darnaculleta Gardella, «Derecho...», 80-81.

⁷⁹ Como sostiene Rojas Calderón, esta se manifestaría en el artículo 1 inciso tercero de la Constitución, conforme el cual «el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos». Rojas Calderón, «Autogestión...», 146.

⁸⁰ Sobre esta materia, Christian Rojas Calderón, «Las implicancias jurídicas de la normalización técnica: Sus antecedentes, proyección y las manifestaciones para el caso de Chile», *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)* 16, n.º 1 (2009): 91-133.

⁸¹ Rojas Calderón, «Autogestión...», 145-146.

de Aguas.⁸² En definitiva, se trata de un tipo de autorregulación que en sus distintas variantes se encuentra contenida en diversas normativas en nuestro país, que ha permitido inclusive la delegación de potestades públicas, siempre bajo el alero de la Administración.

3.3. Corregulación

Otra acepción para el modelo de autorregulación regulada⁸³ ha sido conocido como *corregulación*, concepto acuñado en 1986 por los autores Peter Grabosky y John Braitwaite en el libro *Of Manners Gentle: Enforcement Strategies of Australian Business Regulatory Agencies*.⁸⁴ Se trata de un modelo mediante el cual organismos privados detentan potestades regulatorias públicas para la actividad de los agentes del sector, imponiendo obligaciones que regulan la actividad, las que, sin embargo, son supervisadas y ratificadas por el organismo sectorial respectivo.⁸⁵ Es similar a la primera variante de autorregulación regulada planteada por Ivó Coca como *autorregulación delegada*. Para Ferrada y Tapia, aunque su denominación pueda llevar a la confusión de tratarse de una regulación conjunta público-privada, en estricto rigor correspondería a un modelo de autorregulación, con la particularidad que debe ser ratificado por la Administración.⁸⁶

En nuestro país, este modelo encontraría aplicación en el sector eléctrico chileno, en particular en los Centros de Despachos Económico de Carga (CDEC) que fueron, hasta la creación del Coordinador Eléctrico Nacional en 2017,⁸⁷ los encargados de la coordinación de los dos sistemas eléctricos interconectados a esa fecha en Chile, como lo eran los sistemas del Norte Grande y del Centro Sur del país. En este contexto, los CDEC⁸⁸ contaban con potestades regulatorias que permitían normar a los agentes del sector, obligaciones que eran supervisadas y, en determinados casos, ratificadas por la Comisión Nacional de

⁸² Rojas Calderón, «Autogestión...», 149.

⁸³ En efecto, para el autor español Ivo Coca, serían la misma estrategia. Coca Vila, «¿Programas...?», 51.

⁸⁴ Juan Carlos Ferrada Bórquez y Javier Tapia Canales, «Potestades públicas y ámbito privado en el sector eléctrico chileno: El caso de los CDEC como organismos autorreguladores», *Revista Chilena del Derecho* 42, n.º 1 (2015): 126.

⁸⁵ Ferrada Bórquez y Tapia Canales, «Potestades...», 144.

⁸⁶ Ferrada Bórquez y Tapia Canales, «Potestades...», 144.

⁸⁷ Que corresponde a una corporación autónoma de derecho público y de duración indefinida, que no forma parte de la Administración del Estado. Su organización, composición, funciones y atribuciones se encuentra establecida en la Ley 20.936 y su reglamento.

⁸⁸ Antiguos artículo 137, inciso final, y artículo 138 de la Ley General de Servicios Eléctricos.

Energía.⁸⁹ A juicio de Ferrada y Tapia, aunque no se trató de un modelo explícitamente diseñado, ya que se constituyó legalmente por efecto de la evolución histórica del sector, funcionó dada la confianza en la experticia de los privados.⁹⁰ Sin embargo, los autores sostienen que la autoridad estatal por la vía reglamentaria habría desnaturalizado el modelo, reduciendo o ampliando las atribuciones de los CDEC o generando soluciones confusas para el correcto funcionamiento del sistema.⁹¹

4. ESTRATEGIAS DE REGULACIÓN VINCULADAS AL *ENFORCEMENT*

En los idiomas latinos como el español, portugués, italiano y francés no existe una traducción del *enforcement*, lo que es muy sintomático de estas culturas. En este sentido, se podría traducir en términos sencillos como «aplicación de la ley».⁹² Pero, como sostiene Garoupa, la traducción de *enforcement* se podría decir que es

aplicación de la ley, pero es más que la aplicación de la ley; ejecución de la ley, pero es más que ejecutar la ley. En realidad, *enforcement* es todo el proceso, desde el momento en que la ley es ley y la norma jurídica existe, hasta la aplicación en el caso concreto y su cumplimiento.⁹³

En este contexto, los modelos que pasaremos a revisar a continuación tienen como principal objetivo el cumplimiento de la normativa que rige la actividad.

4.1. Regulación responsiva

Corresponde a una de las estrategias de *enforcement* regulatorios más influyentes en los últimos treinta años.⁹⁴ Planteada por Ayres y Braithwaite en 1992 en el libro *Responsive*

⁸⁹ Ferrada Bórquez y Tapia Canales, «Potestades...», 125.

⁹⁰ Como sostienen Ferrada y Tapia, «la lógica subyacente a esta opción regulatoria pareciera ser la confianza que tiene el legislador de que los privados tienen un mejor conocimiento de cómo alcanzar los objetivos establecidos para el sistema». Ferrada Bórquez y Tapia Canales, «Potestades...», 137.

⁹¹ Ferrada Bórquez y Tapia Canales, «Potestades...», 148.

⁹² Nuno Garoupa, «Análisis económico del derecho de *enforcement* y regulación», *Ius et Veritas* 24, n.º 48 (2014): 144.

⁹³ Garoupa, «Análisis...», 144.

⁹⁴ Sobre el impacto de esta estrategia, véase Christine Parker, «Twenty Years of Responsive Regulation: An Appreciation and Appraisal», *Regulation & Governance* 7, n.º 1 (2013): 2-13; y más recientemente a Jeroen Van der Heijden, «Responsive Regulation in Practice: A Review of the International Academic Literature», *State of the Art in Regulatory Governance Research Paper* (2020).

Regulation: Transcending the Deregulation Debate, la estrategia tiene como propósito avanzar en la discusión entre quienes promovían una fuerte regulación estatal y quienes defendían el proceso de desregulación. Así, sostenían que la buena política pública no correspondía a una elección entre ambas posturas, sino que surge de la interrelación entre ellas.⁹⁵

Para lo anterior, los autores plantean que resultaba esencial superar una segunda discusión, entre los promotores de un «modelo disuasivo» (*deterrence*) —conforme al cual los regulados solo cumplen si su incumplimiento viene aparejado de una sanción rigurosa—⁹⁶ y quienes promueven la persuasión como modelo para asegurar el cumplimiento (*compliance*).⁹⁷ De esta forma, la pregunta clave no es la aplicación de uno u otro modelo, sino que cuándo castigar y cuándo persuadir;⁹⁸ para ello, es determinante conocer la motivación del regulado⁹⁹ y que el regulador tenga herramientas para combinar ambos esquemas.¹⁰⁰

En este contexto, Ayres y Braithwaite plantean la aplicación del modelo a partir de dos pirámides. En la primera, plantean una «pirámide de *enforcement*», con distintos mecanismos de intervención por parte del regulador respecto al regulado, que son ordenados de menor a mayor intensidad. En la base se encuentra la persuasión, escalando conforme a la conducta del regulado, en amonestación por escrito, sanciones administrativas, sanciones penales,¹⁰¹ suspensión de licencia y su revocación.¹⁰² De esta manera, el concepto de *responsivo* alude a la capacidad del regulador para responder y adecuarse en su nivel de *enforcement* de acuerdo con la conducta del regulado. Para ello, es necesario que el regulador cuente con «pistolas grandes y benígnas»,¹⁰³ es decir, que pueda relacionarse

⁹⁵ Ayres y Braithwaite, *Responsive Regulation*, 3-4.

⁹⁶ Soto Delgado, «Sanciones...», 197.

⁹⁷ Soto Delgado, «Sanciones...», 197.

⁹⁸ Ayres y Braithwaite, *Responsive Regulation*, 21.

⁹⁹ Ayres y Braithwaite, *Responsive Regulation*, 24.

¹⁰⁰ Ayres y Braithwaite, *Responsive Regulation*, 21.

¹⁰¹ Como aclara Soto Delgado, de acuerdo con este modelo, las sanciones penales no corresponden necesariamente la *ultima ratio*, en la medida que es posible aplicar multas de carácter penal que no necesariamente impliquen la revocación de un permiso. Soto Delgado, «Sanciones...», 199.

¹⁰² Ayres y Braithwaite, *Responsive Regulation*, 35-36.

¹⁰³ Ayres y Braithwaite, *Responsive Regulation*, 40.

de manera colaborativa con el administrado, pero que también cuente siempre con una «gran pistola», es decir una pistola que permita aplicar sanciones duras en caso de incumplimientos.¹⁰⁴

En la segunda pirámide, se proponen las estrategias de diseño regulatorio que debe tener el regulador. Desde esta perspectiva, este último debe en primer término promover la autorregulación, escalando a una autorregulación forzada, luego a una regulación de comando con sanciones discrecionales y, finalmente, a una regulación de comando con sanciones no discrecionales, es decir, castigo a todo evento.¹⁰⁵

Por último, para la correcta utilización de ambas pirámides es esencial que los reguladores sean capaces de intervenir de acuerdo con planes de «represalia equivalente», esto es, que puedan actuar de manera colaborativa en la medida que el regulado también lo haga, absteniéndose en dicho caso de responder de manera represiva o disuasoria, sin perjuicio de que puedan cambiar a una aproximación represiva si el regulado ha incurrido en engaños o ha sido oportunista en el cumplimiento de la regulación.¹⁰⁶

A pesar de tratarse de una estrategia extensamente analizada en las últimas décadas y ser recomendada su aplicación por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE),¹⁰⁷ el modelo ha sido objeto de algunas críticas. En este sentido, se sostiene que en algunas circunstancias, el escalamiento paso a paso en la pirámide no es siempre apropiado; que en determinadas situaciones, más que un escalamiento en las pirámides, procede un desescalamiento; que el modelo se sostiene principalmente cuando la relación entre regulador y regulado es nítida y ambos conocen bien la estrategia, pero los regímenes regulatorios en la práctica son complejos, con múltiples reguladores a cargo del *enforcement* que no actúan de manera coordinada; por último —y probablemente una de las causas más comunes en nuestro ordenamiento jurídico—, la imposibilidad legal de implementarlo, cuando la agencia reguladora se encuentra obligada, por ejemplo, a aplicar sanciones en caso de incumplimiento.¹⁰⁸ Sin embargo, como sostiene Mufdi,¹⁰⁹ las principales críticas desarrolladas han evolucionado en otras estrategias, como *problem centred regulation*, *smart regulation* —distinta a la *smart regulation* de la Unión Europea,

¹⁰⁴ Soto Delgado, «Sanciones...», 201.

¹⁰⁵ Soto Delgado, «Sanciones...», 200.

¹⁰⁶ Nader Mufdi Guerra, «El rol del diseño institucional en la aplicación de *responsive regulation* frente al abuso de posición dominante», *Themis: Revista de Derecho* 78 (2020): 259.

¹⁰⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Cumplimiento regulatorio y fiscalizaciones en el sector ambiental de Perú* (París: OCDE, 2020), 51.

¹⁰⁸ Baldwin, Cave y Lodge, *Understanding Regulation*, 260-261.

¹⁰⁹ Nader Mufdi Guerra, «El rol...», 259.

ligada a la metarregulación,¹¹⁰ que analizaremos en detalle más adelante— o *really responsive regulation*, las que, más que eliminar la aproximación teórica, mantienen su núcleo, incorporando propuestas para su mejora.

En Chile, las primeras aproximaciones al modelo provienen del análisis de la implementación de la responsividad en el derecho administrativo. En este contexto, Montt plantea que la pretensión de autonomía del derecho administrativo —apreciado en los principios de legalidad, control y responsabilidad—, se contrapone al de responsividad conforme a los principios, entre otros, de efectividad, eficacia, servicialidad, transparencia, probidad, participación y publicidad. Así, mientras el primero se asocia al paradigma de la «luz roja» del derecho administrativo —enfocado en la protección de las garantías individuales—, el segundo proviene de la concepción de la «luz verde» del derecho administrativo, enfocada en el apropiado y efectivo diseño y ejecución de las políticas públicas.¹¹¹ En términos similares, Muñoz analiza ambos paradigmas (autonomía y responsividad) en una reflexión sobre la relación entre derecho y sociedad.¹¹² Si bien ambos autores no analizan la estrategia propiamente tal, su análisis resulta útil respecto a la aplicación práctica que puede tener este modelo en nuestro país sobre la base de las dos concepciones del derecho administrativo existentes.

Más recientemente, la estrategia ha sido analizada por los académicos Guiloff y Soto, por Mufdi; y por Rojas, Ferrada y Méndez. Todos ellos buscan presentar este modelo y analizar si tiene aplicación práctica, ya sea en una normativa sectorial específica o en el derecho administrativo sancionatorio.

En 2015, los profesores Guiloff y Soto analizaron la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente¹¹³ para determinar si esta dispone de un rango de discrecionalidad

¹¹⁰ En perspectiva de la Unión Europea, *smart regulation* es aquella que busca diseñar y entregar una regulación que respete los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y que sea de la más alta calidad posible, lo que debe hacerse a lo largo de todo el ciclo político, desde que se diseña una ley hasta que se revisa. «Smart regulation», Eurofound, 4 de mayo de 2011, <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/smart-regulation>.

¹¹¹ Santiago Montt Oyarzún, «Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurídicoficadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales», *Centro de Regulación y Competencia* 4 (2010): 2-3.

¹¹² Fernando Muñoz León, «Autonomía y responsividad sobre la relación entre derecho y sociedad», *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales* 1 (2011): 502-524.

¹¹³ Ley 20.417, de 2010, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

para decidir en la aplicación de las sanciones.¹¹⁴ Los autores concluyeron que sí la tienen y, en consecuencia, sí pueden adoptar una estrategia reguladora responsiva.¹¹⁵ Asimismo, buscan definir la manera en que debe efectuarse el control jurisdiccional por parte del Tribunal Ambiental en la revisión de los actos administrativos sancionatorios que dicte la Superintendencia.¹¹⁶ A juicio de los autores, el Tribunal Ambiental ha juzgado el actuar del regulador desde un enfoque de rígida legalidad, lo que entorpece la finalidad que expresamente dispuso el legislador.¹¹⁷

Con posterioridad, Soto profundiza en el análisis de un enfoque funcional y responsivo al régimen sancionatorio ambiental chileno. Para lo anterior, el autor analiza la sanción administrativa en relación con su función.¹¹⁸ Desde esta perspectiva, plantea que las sanciones serían la mejor herramienta para apuntar a la modificación de la conducta del regulado con el objeto de que se cumpla la finalidad del derecho administrativo,¹¹⁹ lo que traería como consecuencia una comprensión responsiva de las sanciones.¹²⁰ A partir de este enfoque funcional, sostiene que en materia medioambiental es posible encontrar zonas de responsividad, sobre todo para el caso de aplicación de las sanciones.¹²¹ Con todo, previene que debe descartarse la posibilidad de considerar responsiva la normativa cuando el legislador no genera las condiciones para ello. Así, resulta crucial el nivel de discrecionalidad que el legislador le ha conferido a la Administración.¹²²

Más recientemente, en 2020, Mufdi analiza la aplicación de la regulación responsiva en relación a las prohibiciones de abuso posición dominante (APD). Para ello, analiza las características de los test legales (reglas y estándares) de prohibiciones del APD y los aspectos de su aplicación, sosteniendo por una parte que la utilización de este modelo de *enforcement* es deseable y además factible,¹²³ por otra, que, para el caso chileno, la Fiscalía

¹¹⁴ Matías Guiloff y Pablo Soto, «Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: Una mirada desde la regulación responsiva», en *La nueva justicia ambiental*, ed. por Juan Carlos Ferrada, Jorge Bermúdez y Francisco Pinilla (Santiago: Thomson Reuters, 2015), 114.

¹¹⁵ Guiloff y Soto, «Sanciones...», 122.

¹¹⁶ Guiloff y Soto, «Sanciones...», 103.

¹¹⁷ Guiloff y Soto, «Sanciones...», 103.

¹¹⁸ Soto Delgado, «Sanciones...», 194-196.

¹¹⁹ Soto Delgado, «Sanciones...», 197.

¹²⁰ Soto Delgado, «Sanciones...», 202.

¹²¹ Soto Delgado, «Sanciones...», 218.

¹²² Soto Delgado, «Sanciones...», 216.

¹²³ Nader Mufdi Guerra, «*Responsive regulation* como estrategia de *enforcement* de las prohibiciones de abuso de posición dominante», *Investigaciones Centro Competencia* (2020): 1.

Nacional Económica ha adoptado esta estrategia en la última década, lo que se manifiesta en conciliaciones para casos de APD o archivos de investigaciones por cambios en la conducta de los agentes.¹²⁴ Con posterioridad, Mufdi profundiza en la materia, analizando el diseño institucional de *enforcement* del derecho de la competencia. A juicio del autor, el diseño institucional que se utilice —modelo integrado, aplicado en México; el bifurcado general, utilizado en Nueva Zelanda; o el bifurcado especial, aplicado en Chile— afectaría la implementación de estrategias de regulación responsiva para el correcto *enforcement* del APD.¹²⁵ En este sentido, las principales diferencias en los diseños institucionales ocurren en relación al nivel de discrecionalidad de las autoridades que detentan las facultades investigativas y persecutorias, por la existencia de instancias de soluciones colaborativas para remediar las infracciones y con el nivel de deferencia entre las autoridades de cada régimen.¹²⁶

Finalmente, Rojas, Ferrada y Méndez, en un artículo de 2021, cuestionan la noción de *ius puniendi* estatal única, planteando que una función responsiva incorporada en regímenes sancionatorios —a través de autodenuncias, subsanación de infracciones, programas de cumplimiento¹²⁷ y principio de oportunidad— permite entender de mejor manera el contenido y las características de la potestad sancionadora de los órganos de la Administración del Estado.¹²⁸

4.2. Regulación basada en riesgo

El origen de este modelo suele ubicarse en la década de los ochenta, época en que predominaron las posturas a favor de la «desregulación» con el propósito de superar el legalismo y, en general, el exceso de regulación que afectaba no solo el costo, sino también el objetivo para el cual esta era diseñada. En ese contexto, fueron apareciendo modelos más objetivos y transparentes que incorporaron técnicas de análisis costo-beneficio. Así, este modelo de regulación surge como un modelo eficiente y transparente de diseño de política pública que permitía un proceso de decisiones informado para todos los involucrados.¹²⁹

¹²⁴ Mufdi Guerra, «*Responsive...*», 14.

¹²⁵ Mufdi Guerra, «El rol...», 258.

¹²⁶ Mufdi Guerra, «El rol...», 274.

¹²⁷ Christian Rojas Calderón, Juan Carlos Ferrada Bórquez y Pablo Méndez Ortiz, «La reconfiguración teórica de la potestad sancionadora de la Administración Pública: Del tradicional *ius puniendi* estatal único a la función responsiva», *Revista de Derecho Administrativo Económico* 34 (2021): 97.

¹²⁸ Rojas Calderón, Ferrada Bórquez y Méndez Ortiz, «La reconfiguración...», 126.

¹²⁹ Lía Catherine Arias-Barrera, «La estrategia de la regulación basada en el riesgo (*risk-based regulation as a regulatory strategy*)», *SSRN Electronic Journal* (2020): 4-5.

El concepto de *risk based regulation* (RBR) ha sido entendido principalmente desde tres enfoques. De acuerdo con Julia Black, el primer sentido se vincula con el nivel de riesgos sociales aceptados en aspectos específicos como la salud, la seguridad, el medioambiente y, en menor medida, en el ámbito financiero. Desde esta perspectiva, el modelo se utiliza por el legislador para determinar si una determinada actividad debe o no ser regulada, así como el nivel de medidas preventivas que el regulado debe adoptar.¹³⁰

Una segunda acepción, conforme a Black, se utiliza en particular para el mercado financiero y de seguros y se vincula a la aplicación interna de determinación de riesgos de los regulados que permita garantizar la reserva de capital.¹³¹ Corresponde a un modelo exigido ya en 1988 para el Acuerdo de Basilea I y perfeccionado luego en el acuerdo de Basilea II de 2004 y en Basilea III de 2010.

Finalmente, una tercera acepción, conforme a la misma autora, se refiere a la inspección y supervisión que efectúan las agencias reguladoras para dar cumplimiento al objetivo de la regulación. Desde esta perspectiva, el modelo se enfoca en la decisión del regulador de priorizar la fiscalización y el eficiente uso de recursos sobre la base de la evaluación de los riesgos del administrado de no cumplir con los objetivos de la regulación.¹³² Este último modelo es comúnmente denominado en nuestro país como «supervisión basada en riesgo» (SBR) y tiene por objetivo efectuar una fiscalización más sustantiva, orientada al cumplimiento de los fines de la regulación, que solo lo estrictamente formal del cumplimiento normativo.¹³³

Entre las ventajas del RBR, se indica que sería una estrategia lo suficientemente amplia y flexible para adecuarse a la realidad; que permite priorizar riesgos, así como los recursos limitados existentes; y que clarifica los niveles de transparencia y responsabilidad de los intervinientes en el proceso regulatorio.¹³⁴ Sin embargo, se trata de un modelo que fue muy criticado a propósito de la crisis *subprime* en 2009, ya que tiende a focalizarse en riesgos individuales (silos o por industrias) de los regulados, por lo que no logra prevenir

¹³⁰ Julia Black, «Risk-based Regulation: Choices, Practices and Lessons Being Learnt», en *Risk and Regulatory Policy: Improving the Governance Risk* (París: OCDE, 2018), 187.

¹³¹ Black, «Risk-based Regulation», 187.

¹³² Black, «Risk-based Regulation», 187.

¹³³ Jaime Arancibia Mattar, «La supervisión basada en riesgo: Notas sobre su aplicación en Chile», en *Doctrina y enseñanza del derecho administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*, ed. por Juan Carlos Ferrada Bórquez, Jorge Bermúdez Soto y Osvaldo Urrutia Silva (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2016), 270.

¹³⁴ Arias-Barrera, «La estrategia...», 1-2.

adecuadamente riesgos sistémicos¹³⁵ y, además, suele ser implementado por distintas agencias reguladoras que comparten facultades.¹³⁶

En Chile, respecto a la primera acepción de RBR, el establecimiento de medidas preventivas para evitar la ocurrencia de riesgos ya se encontraba establecido con la dictación de la Ley 19.300 en 1994,¹³⁷ que exige determinados requisitos, autorizaciones o permisos por parte de la Administración, previos a la realización de una actividad riesgosa.¹³⁸ Respecto a la segunda acepción, desde 1997 la entonces Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) implementó este modelo a través de una supervisión preventiva consistente en la constatación de la idoneidad de la gestión de los riesgos por parte de los bancos, dando así cumplimiento a los acuerdos de Basilea I.¹³⁹

Por último, vinculado a la tercera acepción, se han implementado en los últimos años diferentes «modelos de supervisión basados en riesgo»¹⁴⁰ en el área de pensiones, seguros, isapres, seguridad social¹⁴¹ y, más recientemente, en materia de lavados de activos y financiamiento al terrorismo.¹⁴² Con todo, de acuerdo con Arancibia Mattar, la aplicación

¹³⁵ Baldwin, Cave y Lodge, *Understanding Regulation*, 283.

¹³⁶ En efecto, para la crisis *subprime*, en Reino Unido existían facultades distribuidas entre el Ministerio de Economía y Finanzas (Treasure), el Banco Central (Bank of England) y la agencia reguladora del sector financiero de la época (Financial Services Authority). Baldwin, Cave y Lodge, *Understanding Regulation*, 287.

¹³⁷ Ley 19.300, de 1994, que Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

¹³⁸ Dominique Hervé Espejo y Valentina Durán Medina, «Riesgo ambiental y principio precautorio: Breve análisis y proyecciones a partir de dos casos de estudios», *Revista de Derecho Ambiental* (2003): 215.

¹³⁹ De esta manera, la Ley 19.528, de 1997, que Introduce modificaciones a la Ley General de Bancos; al Decreto Ley 1.097, de 1975; a la Ley 18.010, y al Código de Comercio, incorporó un esquema de calificación de la gestión de las instituciones financieras.

¹⁴⁰ De acuerdo con Arancibia Mattar, se requieren tres condiciones: i) el reconocimiento expreso en la ley de los fines o principios regulatorios; ii) que el órgano legislativo o administrativo con facultades normativas establezca una regulación basada en riesgo; y iii) que la autoridad administrativa trabaje en forma coordinada con el regulado para convenir medidas de prevención y una fiscalización focalizada y proporcional. Arancibia Mattar, «La supervisión...», 270-271.

¹⁴¹ Para revisar la normativa legal e infralegal en que se implementa el modelo de SBR en dichos mercados, véase Arancibia Mattar, «La supervisión...», 273-274.

¹⁴² Por medio de Ley 21.311, de 2021, se incorporó un nuevo párrafo al artículo 2 letra f), permitiendo a la Unidad de Análisis Financiero (UAF) aplicar un enfoque basado en riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

práctica del modelo de SBR en Chile ha presentado inconsistencias con el modelo dogmático. Por una parte, las normativas que lo han implementado sostienen que la tarea de supervisión incluye la regulación de planes de mejoras en los aspectos más riesgosos conforme a los criterios del fiscalizador. Así, se confunde con la potestad reguladora del legislador; es unilateral, a pesar de que los compromisos de SBR son de mutuo acuerdo; es externa a la compañía y no interna; es estatal y no privada; y es general e igualitaria, sin focalizarse en los riesgos propios de cada empresa, característica principal de este modelo.¹⁴³ Finalmente, Arancibia Mattar plantea que la ausencia de fines regulatorios establecidos en las legislaciones conlleva el riesgo de que el supervisor se convierta en regulador, considerando que, de los regímenes que analiza, solo se cuenta con reconocimiento expreso en la Ley General de Bancos y que en los demás sectores regulados la fuente sería principalmente administrativa.¹⁴⁴

4.3. Regulación prudencial

Utilizada en el ámbito financiero, tiene como objetivo propender a la estabilidad de este mercado, controlando aquellos riesgos sistémicos que pudieran afectar el funcionamiento en su conjunto. Se trata de una regulación esencialmente preventiva, amplia y adaptable, capaz de comprender los riesgos de todos los actores de la industria y reaccionar de manera ágil ante riesgos de solvencia y liquidez de las entidades financieras o de falta pago en la cadena.¹⁴⁵ Corresponde a un modelo de regulación sistémico que coexiste con la «regulación conductual», que tiene por objetivo velar por que la conducta de los agentes de mercado cumpla determinados estándares de justicia y honestidad.¹⁴⁶

Para comprender cómo interactúan estos dos modelos regulatorios, es necesario tener presente de qué manera se concibe la institucionalidad financiera. Así, en la experiencia comparada existen principalmente cuatro modelos de supervisión: por silos o industrias, funcional, integrado y por objetivos o «cumbres gemelas», también denominado *twin peaks*.¹⁴⁷

¹⁴³ Arancibia Mattar, «La supervisión...», 274-275.

¹⁴⁴ Arancibia Mattar, «La supervisión...», 277.

¹⁴⁵ Diego Morales López, «Comisión para el Mercado Financiero: Un cambio en la arquitectura de supervisión financiera en Chile», *Estudios Públicos* 150 (2018), 80.

¹⁴⁶ Morales López, «Comisión...», 79.

¹⁴⁷ Diego Morales López y George Lambeth Vicent, «La Comisión para el Mercado Financiero y el perímetro regulatorio del regulador: Algunas notas sobre sus implicancias», *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales* 1 (2017): 246.

El primero corresponde al modelo de supervisión tradicional, en el cual el ámbito regulatorio atiende a la naturaleza jurídica de las entidades fiscalizadas. Así, se supervisan las actividades de las entidades financieras atendida dicha condición, no al mercado financiero en su conjunto. Este fue el modelo imperante en Chile hasta 2017, cuando se creó la Comisión para el Mercado Financiero.¹⁴⁸ En el modelo funcional, por su parte, la supervisión queda determinada por la actividad de la entidad específica, independiente de la naturaleza jurídica de dicha entidad.¹⁴⁹ Luego, en el modelo integrado, existe un regulador único para todo el sistema financiero, combinando así objetivos conductuales y prudenciales.¹⁵⁰ Por último, en el modelo de *twin peaks* se supervisa por objetivos, con dos reguladores: el primero a cargo de la supervisión de la solvencia de los sujetos regulados («regulación prudencial») y el segundo a cargo de la supervisión de su conducta («regulación conductual».¹⁵¹

La crisis financiera de septiembre de 2008 dejó en evidencia múltiples problemas vinculados a la arquitectura de la supervisión financiera en aquellos países organizados bajo un modelo de supervisión institucional, como ocurría en Chile,¹⁵² por lo que numerosos países comenzaron procesos de revisión de sus modelos de supervisión. Así, en nuestro país, la Comisión de Reforma a la Regulación y Supervisión Financiera (conocida también como Comisión Desormeaux) propuso adoptar un modelo de *twin peaks* y crear una Comi-

¹⁴⁸ Algunos otros países que aplican este tipo de enfoque regulatorio son Estados Unidos, China, México y Hong Kong. Como gran problema de este modelo, se sostiene que no se hace cargo de la supervisión de conglomerados financieros y que puede ser objeto de arbitrajes regulatorios. Matías Larraín, «Notas al último intento de reforma del sistema de supervisión financiera», *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales* 1 (2012): 105.

¹⁴⁹ Se sostiene que este modelo tiene la ventaja de ser más eficiente y disminuir el riesgo de arbitraje regulatorio. Sin embargo, no permite hacerse cargo de los problemas de supervisión de conglomerados financieros, y para su aplicación requiere una estructura organizacional compleja con múltiples reguladores. Larraín, «Notas...», 105.

¹⁵⁰ Se trata de un modelo que ha sido adoptado en Alemania, Austria, Dinamarca, Japón, Malasia, Nueva Zelanda, Singapur, Suecia y Suiza. En Sudamérica, Chile lo ha adoptado a partir de la implementación de la Ley 21.000; y, con matices, se aplica en Bolivia y en Colombia. Para sus ventajas y desventajas, véase Morales López y Lambeth Vicent, «La Comisión...», 246-247.

¹⁵¹ Larraín, «Notas...», 106.

¹⁵² Como sostiene Larraín, la crisis financiera demostró la incapacidad de este modelo para regular a los conglomerados financieros, poniendo en evidencia que esta estructura institucional no era capaz de enfrentar problemas de riesgos financieros sistémicos y que el sistema de *disclosure* (obligación de divulgar información al mercado) no era suficiente como eje regulatorio de supervisión. Larraín, «Notas...», 106.

sión de Solvencia, a cargo de la supervisión de la solvencia del mercado, y otra Comisión de Conducta de Mercado, a cargo de la supervisión de la conducta del mercado.¹⁵³

Aunque en definitiva la Ley 21.000 consagró un modelo integrado de supervisión financiera, traspasando las funciones de la SBIF a la CMF, el modelo *twin peaks* fue incorporado internamente. De esta manera, a través de la Resolución Exenta 4694, el regulador financiero modificó su estructura organizacional para migrar a un nuevo modelo, separando internamente la regulación y supervisión prudencial de la regulación y supervisión conductual.

Por otra parte, aunque menos conocido, también el concepto de *regulación prudencial* ha sido utilizado en el ámbito de lavado de activos y financiamiento al terrorismo. En este contexto, el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT) define por regulador prudencial a toda autoridad que está a cargo de la regulación de una actividad o sector respectivo, entendiendo por esto a la supervisión, monitoreo y sanción en caso de incumplimiento.¹⁵⁴ Bajo esta perspectiva, cada agencia reguladora u órgano de la administración que cuente con un regulado que a su vez sea sujeto obligado¹⁵⁵ conforme a la Ley 19.913,¹⁵⁶ será por esa sola circunstancia un regulador prudencial. Así, por ejemplo, la Superintendencia de Casinos de Juego sería el regulador prudencial de los casinos de juego, aun cuando en su mandato legal no exista velar por la estabilidad sistémica de este mercado,¹⁵⁷ que es lo que distingue al concepto más conocido de regulación prudencial.

¹⁵³ Larraín, «Notas...», 408.

¹⁵⁴ Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, «Supervisión con enfoque basado en riesgo de las APNFD sin regulador prudencial», enero de 2020, p. 4, <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/estudios-estrategicos-17/3797-supervision-con-ubr-de-las-apnfd-sin-regulador-prudencial/file>.

¹⁵⁵ No todos los sujetos obligados conforme al artículo 3 de la Ley 19.995 cuentan con un órgano específico de la Administración a cargo que la supervise y eventualmente sancione, como es el caso de las casas de cambios, las casas de remate y martillo, los corredores de propiedades, las empresas inmobiliarias o los notarios.

¹⁵⁶ Ley 19.913, de 2003, que Crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.

¹⁵⁷ En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 19.995, la supervisión de la Superintendencia de Casinos de Juego sería más conductual. Según dicha disposición, «corresponderá a la Superintendencia supervigilar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y técnicas para la instalación, administración y explotación de los casinos de juego que operen en el país».

5. ESTRATEGIAS DE REGULACIÓN VINCULADAS A LA POLÍTICA REGULATORIA: METARREGULACIÓN

La *metarregulación* es aquella que tiene por objeto regular la forma y el contenido de la propia regulación,¹⁵⁸ proponiendo, analizando e implementando principios de buena regulación, evaluaciones de impacto regulatorio e instancias de participación ciudadana. Estas últimas variables se aglutinarían bajo el concepto de *metarregulación por su autorreferencialidad* —como ocurriría con el metalenguaje respecto del lenguaje, o con la metapintura en relación a las pinturas—,¹⁵⁹ de forma tal que se intenta regular los mismos cambios regulatorios y la creación de nuevas regulaciones.¹⁶⁰

La metarregulación, en los términos definidos con anterioridad, tendría formalmente sus inicios en la década de 1980 en Estados Unidos y Reino Unido, cuando Ronald Reagan y Margaret Thatcher impulsaron el fenómeno de la *better regulation* —también denominado en la Unión Europea desde 2010 como *smart regulation*, la cual, a diferencia de la *better regulation*, se enfoca en todo el ciclo regulatorio y no solo en las evaluaciones de impacto regulatorio *ex ante*—.¹⁶¹ Sobre la base de este fenómeno, se pretendió eliminar toda regulación innecesaria y, en caso de tener que regular, evitar las cargas excesivas a los particulares y a los operadores económicos.¹⁶² El principal hito para situar el nacimiento de la metarregulación en estas fechas es el rol otorgado por Reagan a la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (OIRA), en virtud del cual buscó garantizar que los beneficios de las propuestas regulatorias excedieran a sus costos.¹⁶³

¹⁵⁸ Marcos Vaquer Caballería, «Auge y problemas de la metarregulación: La iniciativa legislativa y potestad reglamentaria en la Ley de Procedimiento Administrativo Común», en *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio*, ed. por Juli Ponce y Agustí Cerrillo (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2017), 169.

¹⁵⁹ Vaquer Caballería, «Auge...», 169.

¹⁶⁰ Darío Badules Iglesias, «Reflexiones acerca de la mejora de la calidad del derecho: Instrumentos y alternativas», *Revista General de Derecho Administrativo* 54 (2020): 15.

¹⁶¹ Giacomo Luchetta, «Impact Assessment and the Policy Cycle in the EU», *European Journal of Risk Regulation* 3, n.º 4 (2012): 561-562; Emilia Korkea-aho, «Better Judicial Review? EU Courts and the Smart Regulation Agenda in Implementing Chemicals Regulation», *Legisprudence* 6, n.º 3 (2012): 402.

¹⁶² Luis Míguez Macho, «La mejora de la regulación: Antecedentes y principios», *ICE Revista de Economía* 907 (2019): 9-11; Anthony Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory* (Oxford: Hart, 2004), 162; Jyrki Tala, «Better Regulation Through Programs and Quality Standards: Are New Perspectives Needed?», *Legisprudencia* 4, n.º 2 (2010): 194.

¹⁶³ Susan Dudley, «Regulatory Oversight and Benefit-Cost Analysis: A Historical Perspective», *Journal of Benefit-Cost Analysis* 11, n.º 1 (2020): 63-64; Jim Tozzi, «OIRA's Formative Years: The Historical Record of Centralized Regulatory Review Preceding OIRA's Founding», *Administrative Law Review* 63 (2011): 38-39.

Ahora bien, hay quienes sostienen que los inicios de la metarregulación son incluso anteriores, aludiendo al programa Quality Life Review de Richard Nixon, en que ordenaba a la Oficina de Gerencia y Presupuesto de Estados Unidos revisar las propuestas regulatorias de las Agencias antes de su publicación en el Registro Federal; política que continuó con Gerald Ford, quien, a través de la Orden Ejecutiva 11.821, exigió a las agencias desarrollar una *inflation impact statement* por cada propuesta legislativa o reglamentaria importante —lo que posteriormente pasaría a convertirse en *economic impact statements*—; y con Jimmy Carter, quien, a través de la Orden Ejecutiva 12.044, ordenó a las agencias determinar la real necesidad de una regulación y evaluar sus efectos directos e indirectos, creando, además, la OIRA¹⁶⁴ mediante la Paper Reduction Act.

La metarregulación ha sido internacionalmente reconocida por sus aportes y, a partir de ello, ha sido promovida y aplicada. A nivel supranacional, tanto la OCDE como la Unión Europea han velado por su utilización.¹⁶⁵ Esta última, a través de recomendaciones, programas y guías relacionadas con la mejora regulatoria exige su utilización, manifestando que todo proceso regulatorio implica un ciclo que requiere del cumplimiento de cuatro fases distintas, todas igual de importantes, que incluyen, primero, preparar y proponer una regulación —que demanda el uso de evaluaciones de impacto regulatorio, con un correcto manejo del análisis costo-beneficio y un estudio de las diversas alternativas y estrategias regulatorias—; luego, la adopción de la regulación por la instituciones pertinentes de la Unión Europea, y una adecuada implementación por parte de los países miembros; finalmente, la aplicación de la regulación implementada —que incluye el monitoreo, el *enforcement*, la evaluación y revisión de las normas para volver a proponer mejoras—. La consulta de las partes interesadas —que exige instancias de participación ciudadana y transparencia— es transversal y se aplica en cada una de estas etapas.¹⁶⁶

De igual forma, diversos países han replicado el modelo estadounidense de tener un organismo más o menos técnico encargado de mantener la calidad normativa, como ocurre en Reino Unido con el Comité de Política Regulatoria, en Suecia con el Consejo de Mejora Regulatoria, o en España con la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa.¹⁶⁷ Este último

¹⁶⁴ Dudley, «Regulatory...», 63; Tozzi, «OIRA's...», 38-62.

¹⁶⁵ Véase OCDE, *Recomendaciones del Consejo sobre política y gobernanza regulatoria* (París: OCDE, 2012); Unión Europea, *Better Regulation Guidelines* (Bruselas: Comisión Europea, 2021); «Better Regulation: Why and How?», Comisión Europea, https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation_en.

¹⁶⁶ Unión Europea, *Better Regulation Guidelines*, 8.

¹⁶⁷ El Comité de Política Regulatoria de Reino Unido y el Consejo de Mejora Regulatoria sueco forman parte, a su vez, de Reg Watch Europe (sitio web disponible en <https://www.regwat-cheurope.eu/>); sobre la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa española, véase «Oficina de Coordinación y Calidad Normativa», Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, <https://www.mpr.gob.es/mpr/subse/occn/Paginas/index.aspx>.

país ha establecido estándares metarregulatorios a nivel legal y reglamentario, como puede desprenderse de los principios de buena regulación incorporados en el artículo 129 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de la memoria del análisis de impacto normativo, regulada en el Real Decreto 931/2017. Lo mismo se observa en Francia, en que a través de la Ley Orgánica 2009-403, relativa a la aplicación de los artículos 34-1, 39 y 44 de la Constitución, indica que los proyectos de ley deben acompañarse de evaluaciones de impacto regulatorio para su examen en el seno del Consejo de Estado.¹⁶⁸

Las críticas efectuadas a la metarregulación son principalmente relativas a los instrumentos que utiliza, o bien, deja de usar. Así, encontramos quienes señalan que la aparentemente neutra y objetiva metodología de costo-beneficio con la que se elaboran los análisis de impacto regulatorio en realidad no está exenta de subjetividad,¹⁶⁹ y deja de lado parámetros distributivos o de equidad.¹⁷⁰ Se ha criticado el rol político y no técnico de las instituciones encargadas de velar por la buena calidad regulatoria¹⁷¹ y la ausencia de transparencia en sus procedimientos.¹⁷² Así también, hay quienes presentan sus reparos respecto a la metarregulación por cuanto puede derivar en técnicas de desregulación, para lo cual mencionan como ejemplo la política *one in, two out*,¹⁷³ fomentada por Donald Trump.¹⁷⁴

¹⁶⁸ Sobre el caso francés, véase Susan Rose-Ackerman, «Evaluación de impacto y análisis costo-beneficio: ¿Qué es lo que implican para la formulación de políticas y reforma del derecho?», en *La evaluación de impacto regulatorio*, ed. por Thomas Perroud y Jean-Bernard Auby (Sevilla: Global Law Press-INAP, 2013).

¹⁶⁹ Inmaculada Revuelta Pérez, «Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria». *Revista de Administración Pública* 193 (2014): 97.

¹⁷⁰ Rose-Ackerman, «Evaluación...», 134.

¹⁷¹ Cass Sunstein, «The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities». *Harvard Law Review* 126 (2013): 1.871.

¹⁷² Sunstein, «The Office...», 1.860-1.861.

¹⁷³ La Orden Ejecutiva 13.771, que reduce la regulación y controla los costos regulatorios, dictada por Donald Trump en 2017, ordenaba que por cada nueva regulación que se emita, se deben identificar al menos dos regulaciones previas para su eliminación.

¹⁷⁴ Diane Katz, «From Regulatory Review to Social Engineering: Biden's Misguided Approach», The Heritage Foundation, 26 de febrero de 2021, p. 1, <https://www.heritage.org/sites/default/files/2021-02/IB6056.pdf>.

En Chile, los inicios de la metarregulación se encuentran en los Instructivos Presidenciales de buenas prácticas regulatorias emitidos por Sebastián Piñera y Michelle Bachelet entre 2014 y 2019,¹⁷⁵ por lo que todavía es muy nueva. Nuestro país no cuenta con diseños institucionales adecuados para la correcta aplicación de esta política —tiene tres entes encargados de la evaluación regulatoria *ex ante* (el Ministerio Secretaría General de la Presidencia de Chile, la Oficina de Productividad y Emprendimiento Nacional y la Dirección de Presupuestos), cuyas funciones desde la perspectiva regulatoria son difíciles de diferenciar,¹⁷⁶ y un ente encargado de efectuar la regulación *ex post* (Departamento de Evaluación de la Ley), pero que no supervisa la normativa emanada de la Administración del Estado—;¹⁷⁷ no posee una fuente normativa apropiada —se establecen principios de buena regulación en instructivos presidenciales y no mediante leyes, lo que genera incoherencia en nuestra calidad regulatoria, pues se puede dar el caso que un proyecto de ley emanado del Ejecutivo cuente con análisis de impacto regulatorio, y uno similar presentado por un parlamentario, no—;¹⁷⁸ y, además, los informes de impacto regulatorio presentados a la fecha no han tenido el efecto esperado.¹⁷⁹

Aun cuando el concepto de metarregulación recientemente explicado es el que ha tenido mayor impacto en la literatura chilena,¹⁸⁰ es importante señalar que también se ha asociado con mecanismos de autorregulación. Por ejemplo, para Baldwin, Cave y Lodge, la metarregulación surge en un contexto de autorregulación y se refiere a un proceso mediante el cual la autoridad supervisa un sistema de control o gestión de riesgos, en lugar de llevar a cabo la regulación directamente.¹⁸¹ Parker, por su parte, entiende la

¹⁷⁵ Ver Instructivo Presidencial 001, de 2014, que imparte instrucciones sobre buenas prácticas regulatorias, del entonces Sebastián Piñera; el Instructivo Presidencial 002, de 2016, que instruye la emisión de informe de productividad respecto a las iniciativas legales que indica, de la presidenta Michelle Bachelet; el Instructivo Presidencial 003, de 2019, que instruye la elaboración de informes de impacto regulatorio; e Instructivo Presidencial 004, que complementa instructivo presidencial que indica, sobre medidas de simplificación legislativa y regulatoria, del presidente Sebastián Piñera.

¹⁷⁶ Diego Muñoz Vicuña, «Análisis de la metarregulación en Chile», *Revista de Derecho Administrativo Económico* 34 (2021): 86-88.

¹⁷⁷ Muñoz, «Análisis...», 91.

¹⁷⁸ Muñoz, «Análisis...», 74-76.

¹⁷⁹ Muñoz, «Análisis...», 78-86.

¹⁸⁰ Véase Muñoz, «Análisis...», 69; y Guillermo Jiménez Salas, «La Contraloría en el proceso regulatorio», *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)* 34, n.º 1 (2021): 210.

¹⁸¹ Baldwin, Cave y Lodge, *Understanding Regulation*, 147.

metarregulación como la regulación de la autorregulación,¹⁸² y Juan José Rastrollo ha expresado que la metarregulación es la vertebración o encauzamiento de los procedimientos de autorregulación a partir de normas emanadas del poder público que, al ser aplicables *a priori* o *a posteriori* a la puesta en marcha de los procedimientos, impulsan y promueven su adopción por parte de los sujetos regulados.¹⁸³

Como vemos, en esta última acepción la metarregulación se asemeja a la autorregulación regulada o a la correulación. Para Ivó Coca Vila, lo que las distinguiría es que en la metarregulación el Estado establece, *a priori*, una serie de pautas —generalmente principios— a partir de las cuales las empresas deben autorregularse, o bien, otorga ciertos incentivos *a posteriori* en aras a influir sobre lo internamente regulado.¹⁸⁴

6. CONCLUSIONES

El Estado, en su labor regulatoria, puede contemplar diversas estrategias. Como se pudo observar, regular no implica solamente crear normas, sino también la utilización de otros diseños estatales y formas de intervención que influyen en los regulados, con su debida supervisión y control. Todos estos mecanismos, a veces más restrictivos y en ocasiones más habilitantes, modifican el comportamiento de los individuos, y su utilidad depende del objetivo que se pretenda cumplir.

A través del presente artículo, pudimos constatar, en primer término, que no existe un entendimiento inequívoco respecto del contenido de las distintas estrategias. A modo de ejemplo, la autorregulación regulada ha sido también denominada como correulación, y esta última se ha entendido también como metarregulación, la cual, a su vez, es una acepción de mejora regulatoria. En el mismo orden de ideas, existen tres tipos de entendimientos respecto a la regulación basada en riesgo y dos concepciones muy disímiles respecto de la regulación prudencial, uno enfocado a la estabilidad del mercado y otro mirado desde el prisma del lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Por otra parte, es posible sostener que, salvo contadas excepciones —como el modelo de supervisión basado en riesgo en la Ley 19.528, que introduce modificaciones a la Ley General de Bancos; o, más recientemente, el enfoque basado en riesgo para la supervi-

¹⁸² Christine Parker, *The Open Corporation: Effective Self-regulation and Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), 215.

¹⁸³ Juan José Rastrollo Suárez, «Contratación pública y programas de cumplimiento empresarial en América Latina: Los casos de Brasil y Colombia», *Revista Digital de Derecho Administrativo* 26 (2021): 201-202.

¹⁸⁴ Coca Vila, «¿Programas...?», 50.

sión de la UAF incorporado por la Ley 21.314—, estas estrategias no son explícitamente diseñadas por el legislador, por lo que la determinación de su existencia o eventual aplicación obedece más bien a una revisión de los objetivos o potestades establecidas en las respectivas leyes. Bajo esta perspectiva, encontramos estrategias de comando y control incorporada en diversa normativa sectorial; regulación responsiva en la Ley 20.417, que Crea la Superintendencia de Medio Ambiente, o un régimen de autorregulación regulada o corregulación (dependiendo de su entendimiento) en los antiguos Centros de Despacho Económico establecidos en la Ley General de Servicios Eléctricos.

En concordancia con lo anterior, se visualiza que, a falta de declaración expresa de la estrategia regulatoria por el legislador, los órganos de la Administración del Estado han buscado implementar estos modelos mediante normativa infralegal. Así, por ejemplo, se han implementado modelo de supervisión basado en riesgo, *sandbox* o de autorregulación forzada vía administrativa, dado que el marco legal vigente no los reconoce expresamente. Con todo, como sostiene Pablo Soto a propósito de la implementación de una regulación responsiva, el límite estará siempre dado por las potestades conferidas por el legislador a la Administración.

Por otra parte, también podemos sostener que las estrategias regulatorias son complementarias. Así, los comandos y controles se encuentran por lo general establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, pero confluyen indistintamente —y es recomendable que así sea— con mecanismos que inducen el cumplimiento de determinadas conductas (*nudge*); con regulaciones a prueba que promueven la innovación y permitan dejarse sin efecto de manera rápida en caso de fallas (*sandbox*); con modelos de supervisión que consideran el control de riesgos y diseños responsivos; con estrategias que promueven la autorregulación o con regulaciones preventivas y que controlen riesgos más sistémicos (regulación prudencial). En este contexto, estimamos que una ley en su diseño regulatorio debe ser entendida desde un enfoque multidimensional, que entregue diversas herramientas al regulador para promover los fines públicos y la conducta deseada en el administrado.

Finalmente, creemos que es importante tener presentes los principales riesgos y críticas visualizadas en la incipiente implementación de las estrategias regulatorias en nuestro país, como los riesgos paternalistas en la estrategias de *nudge* sugeridos por Viviana Ponce de León; las inconsistencias en la aplicación prácticas del modelo de SBR planteado por Arancibia Mattar; la excesiva rigidez que plantean Guiloff y Soto por parte de los Tribunales Ambientales, que entorpecen la finalidad del modelo regulación responsiva; la desnaturalización que plantean Ferrada y Tapia por parte del Ejecutivo de la estrategia corregulatoria en los antiguos CDEC o la falta de diseños institucionales idóneos que se ha sostenido se requieren para la adecuada aplicación de la metarregulación en Chile.¹⁸⁵ Todos estos, estimamos, responden principalmente a un diseño inorgánico de estas estrategias a nivel legal.

¹⁸⁵ Muñoz Vicuña, «Análisis...», 93.

En este sentido, creemos que el conocimiento y el impacto de cada una de estas estrategias regulatorias deben ser tenidos en mente por el legislador y por los órganos de la Administración con facultades normativas y sancionatorias, al momento de regular y diseñar las instituciones. Cada comando, potestad, facultad, sanción, incentivo u órgano que se crea obedece a un objetivo específico y tiene un impacto que debe ser valorizado *ex ante* y *ex post*. Desde esta perspectiva, la política metarregulatoria tiene un rol fundamental. En esta labor, contar con un organismo técnico que pueda velar por la calidad de la regulación, garantizando que los reguladores opten por la mejor estrategia según el objetivo propuesto y los recursos disponibles, con instancias participativas y criterios cuantitativos y cualitativos, revisando y evaluando sistemáticamente la implementación de la regulación aprobada y proponiendo mejoras, con el fin de cumplir con todo el ciclo regulatorio, nos parece un desafío prioritario en Chile. ■

RECONOCIMIENTO

Este documento forma parte de una investigación personal de los autores. Los autores agradecen enormemente los comentarios y las sugerencias recibidas de Germán Muñoz Escudero y Germán Muñoz Vicuña.

BIBLIOGRAFÍA

-
- Aguilar Alonso, Isabel y Pilar Lluesma Rodrigo. «Una introducción al *sandbox* regulatorio». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 52 (2019): 95-100.
 - Arancibia Mattar, Jaime. «La supervisión basada en riesgo: Notas sobre su aplicación en Chile». En *Doctrina y enseñanza del derecho administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*, editado por Juan Carlos Ferrada Bórquez, Jorge Bermúdez Soto y Osvaldo Urrutia Silva (pp. 267-283). Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2016.
 - Araya Paz, Carlos. «Desafíos legales de la inteligencia artificial en Chile». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 9, n.º 2 (2021): 257-290. doi: <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2020.54489>
 - Arias-Barrera, Ligia Catherine. «La estrategia de la regulación basada en el riesgo (*risk-based regulation as a regulatory strategy*)». *SSRN Electronic Journal* (2020): 1-35. doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3530609>
 - Ayres, Ian y John Braithwaite. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Nueva York: Oxford University Press, 1992.
 - Badules Iglesias, Darío. «Reflexiones acerca de la mejora de la calidad del derecho: Instrumentos y alternativas». *Revista General de Derecho Administrativo* 54 (2020): 1-62.
 - Baldwin, Robert, Martin Lodge y Martin Cave. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
 - Black, Julia. «Critical Reflection on Regulation». *Centre for Analysis of Risk and Regulation at the London School of Economics and Political Science* (2002): 1-27. <https://eprints.lse.ac.uk/35985/>
 - — «Risk-based Regulation: Choices, Practices and Lessons Being Learnt». En *Risk and Regulatory Policy: Improving the Governance Risk* (pp. 185-224). París: OCDE, 2018. doi: <https://doi.org/10.1787/9789264082939-11-en>
 - Carrasco Donoso, Camila, Florencia Canales Gana y Andrés Osorio Tocornal. *Guía chilena para una buena regulación*. Santiago: Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, 2019. https://open.economia.cl/wp-content/uploads/2019/04/Guia-Chilena-2019_25abril.pdf

- Coca Vila, Ivó. «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?». En *Criminalidad de empresa y compliance: Prevención y reacciones corporativas*, editado por Jesús María Silva Sánchez y Raquel Montaner Fernández (pp. 43-76). Barcelona: Atelier, 2013.
- Cole, Daniel y Peter Grossman. «When Is Command-and-Control Efficient? Institutions, Technology, and the Comparative Efficiency of Alternative Regulatory Regimes for Environmental Protection». *Articles by Maurer Faculty* 590 (1999): 887-938.
- Cordero Quinzacara, Eduardo. «Sanciones administrativas y mercados regulados». *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)* 26, n.º 1 (2013): 119-144. doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000100006>
- Darnaculleta Gardella, Ma Mercé. «Derecho administrativo y autorregulación: La autorregulación regulada». Tesis doctoral, Universidad de Girona, 2003. <http://hdl.handle.net/10803/7681>
- Doménech Pascual, Gabriel. «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho». *Revista de Administración Pública* 195 (2014): 99-133.
- Dudley, Susan. «Regulatory Oversight and Benefit-Cost Analysis: A Historical Perspective». *Journal of Benefit-Cost Analysis* 11, n.º 1 (2020): 62-70. doi: <https://doi.org/10.1017/bca.2019.34>
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos. «Los órganos reguladores de actividades económicas relevantes en Chile: Una visión panorámica». *Revista Chilena de Derecho* 30, n.º 2 (2013): 271-286.
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos y Javier Tapia Canales. «Potestades públicas y ámbito privado en el sector eléctrico chileno: El caso de los CDEC como organismos autorreguladores». *Revista Chilena del Derecho* 42, n.º 1 (2015): 123-151. doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000100006>
- Garoupa, Nuno. «Análisis económico del derecho de *enforcement* y regulación». *Ius et Veritas* 24, n.º 48 (2014): 142-150.
- Godoy Uson, María Paz, Eduardo Walker Hitschfeld y Matías Zegers Ruiz-Tagle. «Análisis del primer intento de imponer autorregulación sobre gobierno corporativo en Chile: Resultados de un oxímoron». *Revista Chilena de Derecho* 45, n.º 1 (2018): 179-210. doi: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000100179>

- Guiloff, Matías y Pablo Soto. «Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: Una mirada desde la regulación responsable». En *La nueva justicia ambiental*, editado por Juan Carlos Ferrada, Jorge Bermúdez, y Francisco Pinilla (pp. 101-124). Santiago: Thomson Reuters, 2015.
- Guío, Armando. *Sandbox regulatorio de inteligencia artificial en Chile*. Santiago: Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, 2021. <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2021/09/PaperSandboxIA.pdf>
- Hervé Espejo, Dominique y Valentina Durán Medina. «Riesgo ambiental y principio precautorio: Breve análisis y proyecciones a partir de dos casos de estudios». *Revista de Derecho Ambiental* (2003): 243-250. https://www.researchgate.net/publication/337494720_RIESGO_AMBIENTAL_Y_PRINCIPIO_PRECAUTORIO_BREVE_ANALISIS_Y_PROYECCIONES_A_PARTIR_DE_DOS_CASOS_DE_ESTUDIO
- Jiménez Salas, Guillermo. «La Contraloría en el proceso regulatorio». *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)* 34, n.º 1 (2021): 209-231. doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100209>.
- Korkea-aho, Emilia (2012). «Better Judicial Review? EU Courts and the Smart Regulation Agenda in Implementing Chemicals Regulation». *Legisprudence* 6, n.º 3 (2012): 397-423. doi: <https://doi.org/10.5235/17521467.6.3.397>
- Koop, Christel y Martin Lodge. «¿Qué es la regulación? Un análisis conceptual interdisciplinario». *Revista de Derecho Administrativo* 17 (2019): 222-245. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22173>
- Larraín, Matías. «Notas al último intento de reforma del sistema de supervisión financiera». *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales* 1 (2012): 392-414.
- Luchetta, Giacomo. «Impact Assessment and the Policy Cycle in the EU». *European Journal of Risk Regulation* 3, n.º 4 (2012): 561-575. doi: <https://doi.org/10.1017/S1867299X00002476>
- Míguez Macho, Luis. «La mejora de la regulación: Antecedentes y principios». *ICE Revista de Economía* 907 (2019): 9-21. doi: <https://doi.org/10.32796/ice.2019.907.6808>

- Montt Oyarzún, Santiago. «Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación justificadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales». *Centro de Regulación y Competencia* 4 (2010): 1-23. http://www.osva.cl/wp/wp-content/uploads/2019/08/Documento_de_trabajo_4_Autonomia_responsividad_Montt.pdf
- Morales López, Diego. «Comisión para el Mercado Financiero: Un cambio en la arquitectura de supervisión financiera en Chile». *Estudios Públicos* 150 (2018): 75-125. <https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/55/60>
- Morales López, Diego y George Lambeth Vicent, «La Comisión para el Mercado Financiero y el perímetro regulatorio del regulador: Algunas notas sobre sus implicancias». *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales* 1 (2017): 241-266.
- Moreu Carbonell, Elisa. «Integración de *nudges* en las políticas ambientales». *Monografías de La Revista Aragonesa de Administración Pública* 19 (2018): 451-485.
- Mufdi Guerra, Nader. «El rol del diseño institucional en la aplicación de *responsive regulation* frente al abuso de posición dominante». *Themis: Revista de Derecho* 78 (2020): 257-277. doi: <https://doi.org/10.18800/themis.202002.013>
- — «*Responsive regulation* como estrategia de *enforcement* de las prohibiciones de abuso de posición dominante». *Investigaciones Centro Competencia* (2020): 1-15. https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/02/Nader-Mufdi_Responsive-Regulation-como-estrategia-de-enforcement-de-las-prohibiciones-de-APD.pdf
- Muñoz León, Fernando. «Autonomía y responsividad sobre la relación entre derecho y sociedad». *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales* 1 (2011): 502-524.
- Muñoz Vicuña, Diego. «Análisis de la metarregulación en Chile». *Revista de Derecho Administrativo Económico* 34 (2021): 69-95. doi: <https://doi.org/10.7764/redae.34.3>
- OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. *Cumplimiento regulatorio y fiscalizaciones en el sector ambiental de Perú*. París: OCDE, 2020. https://read.oecd-ilibrary.org/governance/cumplimiento-regulatorio-y-fiscalizaciones-en-el-sector-ambiental-de-peru_5ea49c0b-es

- — *Recomendación del Consejo sobre política y gobernanza regulatoria*. París: OCDE, 2012. <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>
- Ogus, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart, 2004.
- O’Sullivan, K. P. V. y Darragh Flannery. «A Discussion on the Resilience of Command and Control Regulation Within Regulatory Behaviour Theories». *Journal of Governance and Regulation* 1, n.º 1 (2012): 15-24.
- Parker, Christine. *The Open Corporation: Effective Self-regulation and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- — «Twenty Years of Responsive Regulation: An Appreciation and Appraisal». *Regulation & Governance* 7, n.º 1 (2013): 2-13. doi: <https://doi.org/10.1111/rego.12006>
- Pellin, Daniela y Wilson Engelmann. «Sandbox reglamentario como fuente de derecho en caso de la disrupción nanotecnológica brasileña». *Mundo Nano: Revista Interdisciplinaria en Nanociencias y Nanotecnología* 15, n.º 28 (2022): 1e-17e. doi: <https://doi.org/10.22201/ceiich.24485691e.2022.28.69671>
- Ponce Solé, Juli. «Derecho administrativo, ciencias conductuales y nudging en la gestión pública». *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas* 15 (2018): 8-27.
- Ponce Solé, Juli, Estrella Montolío Durán y José Andrés Rozas Valdés. «Derecho conductual y nudges: Implicaciones jurídicas y lingüísticas». *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* 25 (2021): 8-22.
- Ponce de León Solís, Viviana. «El nudge, su aplicación en el derecho chileno y sus potenciales problemas de constitucionalidad». *Revista Chilena de Derecho* 46, n.º 2 (2019): 345-371.
- Rastrollo Suárez, Juan José. «Contratación pública y programas de cumplimiento empresarial en América Latina: Los casos de Brasil y Colombia». *Revista Digital de Derecho Administrativo* 26 (2021): 197-226. doi: <https://doi.org/10.18601/21452946.n26.07>
- Revuelta Pérez, Inmaculada. «Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria». *Revista de Administración Pública* 193 (2014): 83-126.
- Rezqallah Arón, Tamara. «Innovando en la arenera: Una aproxi-

- mación a las fintech y a la importancia de la implementación de un sandbox regulatorio en Perú». *Themis: Revista de Derecho* 79 (2021): 215-233.

Rojas Calderón, Christian, Juan Carlos Ferrada Bórquez y Pablo Méndez Ortiz. «La reconfiguración teórica de la potestad sancionadora de la Administración Pública: Del tradicional *ius puniendi* estatal único a la función responsiva». *Revista de Derecho Administrativo Económico* 34 (2021): 97-130. doi: <https://doi.org/10.7764/redae.34.4>

Rojas Calderón, Christian. «Autogestión y autorregulación regulada de las aguas: Organizaciones de usuario de aguas (OUA) y juntas de vigilancia de ríos». *Ius et Praxis* 20, n.º 1 (2014): 123-162. doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-001220140001000006>

— «Las implicancias jurídicas de la normalización técnica: Sus antecedentes, proyección y las manifestaciones para el caso de Chile». *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)* 16, n.º 1 (2009): 91-133. doi: <https://doi.org/10.22199/S07189753.2009.0001.00004>

Rose-Ackerman, Susan. «Evaluación de impacto y análisis coste-beneficio: ¿Qué es lo que implican para la formulación de políticas y reforma del derecho?». En *La evaluación de impacto regulatorio*, editado por Thomas Perroud y Jean-Bernard Auby (pp. 117-160). Sevilla: Global Law Press-INAP, 2013.

Soto Delgado, Pablo. «Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del derecho: Un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental». *Ius et Praxi* 22, n.º 2 (2016): 189-226.

Sunstein, Cass. «Análisis conductual del derecho». *Themis: Revista de Derecho* 62 (2012): 53-64.

— «The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and realities». *Harvard Law Review* 126 (2013): 1.838-1.878.

— *Human Agency and Behavioral economics: Nudging Fast and Slow*. Cham: Springer, 2017.

Tala, Jyrki. «Better Regulation Through Programs and Quality Standards: Are New Perspectives Needed?». *Legisprudencia* 4, n.º 2 (2010): 193-212.

Thaler, Richard y Cass Sunstein. *Nudge: Improving Decision About*

- *Health, Wealth, and Happiness*. New Heaven: Yale University Press, 2008.
- Tozzi, Jim. «OIRA's Formative Years: The Historical Record of Centralized Regulatory Review Preceding OIRA's Founding». *Administrative Law Review* 63 (2011): 37-69.
- Unión Europea. *Better Regulation Guidelines*. Bruselas: Comisión Europea, 2021. <https://commission.europa.eu/select-language?destination=/media/25968>
- Van der Heijden, Jeroen. «Responsive Regulation in Practice: A review of the international Academic Literature». *State of the Art in Regulatory Governance* (2020): 1-35. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3651924
- Vaquer Caballería, Marcos. «Auge y problemas de la metarregulación: La iniciativa legislativa y potestad reglamentaria en la Ley de Procedimiento Administrativo Común». En *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio*, editado por Juli Ponce y Agustí Cerrillo (pp. 165-196). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2017.
- Zetsche, Dirk, Ross Buckley, Janos Barberis y Douglas Arner. «Regulating a revolution: From regulatory sandboxes to Smart Regulation». *Fordham Journal of Corporate and Financial Law* 23 (2017): 31-103.
- Zunzunegui, Fernando. «Aproximación al espacio controlado de pruebas (*regulatory sandbox*)». *Revista de Derecho del Mercado Financiero* 6 (2020): 1-21.

NORMAS CITADAS

- Decreto 100, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.
- Decreto con Fuerza de Ley 1.122, de 1981, que fija texto del Código de Aguas.
- Decreto con Fuerza de Ley 4/20.018 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley 1, del Ministerio de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos en materia de Energía Eléctrica.
- Instructivo Presidencial 001, de 2014, que imparte instrucciones sobre buenas prácticas regulatorias.
- Instructivo Presidencial 002, de 2016, que instruye la emisión de Informe de Productividad respecto a las iniciativas legales que indica.
- Instructivo Presidencial 003, de 2019, que instruye la elaboración de Informes de Impacto Regulatorio, y deroga Instructivo presidencial que indica.
- Instructivo Presidencial 004, que complementa Instructivo Presidencial que indica, sobre medidas de simplificación legislativa y regulatoria.
- Ley 18.045, de 1981, de Mercado de Valores.
- Ley 18.168, de 1982, General de Telecomunicaciones.
- Ley 18.410, de 1985, que Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustible.
- Ley 18.902, de 1990, que Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios.
- Ley 19.300, de 1994, que Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Ley 19.419, de 1995, que Regula Actividades que Indica Relacionadas con el Tabaco.
- Ley 19.451, de 1996, que Establece Normas sobre Trasplante y Donación de Órganos.

- Ley 19.528, de 1997, que Introduce Modificaciones a la Ley General de Bancos; al Decreto Ley 1.097, de 1975; a la Ley 18.010, y al Código de Comercio.
- Ley 19.913, de 2003, que Crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica Diversas Disposiciones en Materia de Lavado y Blanqueo de Activos.
- Ley 19.995, de 2005, que Establece las Bases Generales para la Autorización, Funcionamiento y Fiscalización de Casinos de Juego.
- Ley 21.000, que Crea la Comisión para el Mercado Financiero.
- Ley 21.314, de 2021, que Establece nuevas exigencias de transparencia y refuerza las responsabilidades de los agentes de los mercados, regula la asesoría previsional, y otras materias que indica.
- Ley 20.936, de 2016, que Establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del Sistema Eléctrico Nacional.
- Ley 20.417, de 2010, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.
- Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, España.
- Ley Orgánica 2009-403, Relativa a la aplicación de los artículos 34-1, 39 y 44 de la Constitución, Francia.
- Orden Ejecutiva 1.182, de 1974, sobre Declaraciones de impacto inflacionario.
- Orden Ejecutiva 12.044, de 1978, sobre mejoras a las regulaciones gubernamentales.
- Orden Ejecutiva 13.771, de 2017, que reduce la regulación y controla los costos regulatorios.
- Real Decreto 1083/2009, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, España.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

- Dictamen de la Contraloría General de la República 65.853, 15 de noviembre de 2013.