

LA MEJORA REGULATORIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO DE AMÉRICA LATINA ¿NON NOVA, SED NOVE?*

José Ignacio Hernández G.

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de
Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello

Profesor invitado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra
(República Dominicana), Universidad Castilla-La Mancha (España).

Investigador, Grupo de Derecho Global, Universidad La Coruña (España)

Resumen: En el siglo XXI, América Latina ha adoptado legislaciones con el propósito de mejorar la calidad regulatoria, fuertemente influenciada por los estándares promovidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Las políticas de calidad regulatoria se basan en diversos controles administrativos estructurados en torno al ciclo regulatorio, con el objetivo final de reducir los costos regulatorios y mejorar sus beneficios económicos y sociales. Sin embargo, estas políticas se han promulgado sin una debida consideración de las características únicas de los modelos de Derecho Administrativo latinoamericanos, lo que podría comprometer su efectividad. Para abordar este problema, la interpretación de las nuevas legislaciones sobre mejora regulatoria requiere un cambio de paradigma, pasando de un Derecho Administrativo centrado en el Estado Administrativo a uno enfocado en el bienestar de las personas. Lograr la mejora en la calidad regulatoria exige una reinterpretación del Derecho Administrativo, haciendo hincapié en la complementariedad entre el sector público y privado.

Palabras clave: Regulación, Mejora de la Calidad Regulatoria, Ciclo Regulatorio, Evaluación de Impacto Regulatorio, Buenas Prácticas Regulatorias.

Abstract: In the 21st century, Latin America has embraced legislation aimed at enhancing regulatory quality, heavily influenced by the standards advocated by the Organization for Economic and Development Cooperation. The implementation of regulatory quality policies involves various administrative controls structured around the regulatory cycle, with the ultimate objective of reducing regulatory costs and enhancing economic and social benefits. However, these policies have been enacted without due consideration for the unique characteristics of Latin American

* Trabajo preparado para el libro homenaje al Profesor Felipe Rotondo.

Administrative Law models, potentially compromising its effectiveness. To address this issue, the interpretation of new legislations requires a paradigm shift, transitioning from an Administrative Law centered on the Administrative State to one focused on persons' well-being. Achieving regulatory improvement quality requires a reinterpretation of Administrative Law, emphasizing the complementarity of the public and private sectors.

Keywords: Regulation, Improving Regulatory Quality, Regulatory Cycle, Regulatory Impact Assessment, Good Regulatory Practices.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo, en la región conocida como América Latina -aquí interpretada en alusión a los países del continente colonizados por España y Portugal- ha seguido el esquema institucional del Derecho Administrativo de Francia, de acuerdo con su evolución doctrinal a fines del siglo XIX e inicios del siglo XX¹. Así, a la par del avance de la región en el -todavía incompleto- proceso de construcción de capacidades burocráticas por medio de la Administración Pública², la doctrina y la jurisprudencia consideraron que la incipiente burocratización debía ser interpretada a través de un régimen jurídico especial, esto es: el Derecho Administrativo como un Derecho exorbitante del Derecho Común, en el cual la Administración ejerce privilegios y prerrogativas desconocidos -y eventualmente, antijurídicos- en el ámbito civil. Este esquema institucional -que el método comparado fuerza a valorar muy abstractamente- encontró una piedra angular en el concepto de servicio público, y en instituciones como el contrato administrativo³.

¹ Sobre el método comparado en el Derecho Administrativo de América Latina, vid. García-Huidobro, Luis Eugenio, "El Derecho Administrativo común en América Latina desde una perspectiva comparada. Consideraciones introductorias", en Bogdandy, Armin von, et al., *La interamericanización del Derecho Administrativo en América Latina. Hacia un Ius Commune*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y de Derecho Internacional Público-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Ciudad de México, 2022, pp. 23 y ss.

² Mazzuca, Sebastián, *Latecomer State Formation: Political Geography and Capacity Failure in Latin America*, Yale University Press, New Haven, 2021, pp. 387 y ss.

³ Sobre la formación histórica del Derecho Administrativo en la región, puede verse el libro coordinado por Montaña, Alberto y Matilla Correa, Andry (ed), *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Jorge Fernández Ruíz*, Universidad Externado, Bogotá, 2016. Salvado las diferencias propias de cada país, un rasgo distintivo es la formación del Derecho Administrativo a través de leyes administrativas

La recepción del Derecho Administrativo como un Derecho exorbitante del Derecho Común no respondió a las razones prácticas que llevaron en Francia a crear un Derecho especial para ser aplicado por el Consejo de Estado. En nuestra opinión, esa recepción fue impulsada, entre otros factores, por la fascinación que causó -y sigue causando- el lenguaje jurídico exorbitante. Esa fascinación pudo estar además aupada por el talento autoritativo de ese Derecho Administrativo, que tan bien calzaba en las formas no-democráticas que la región adoptó, precisamente, en la etapa de formación de su Derecho Administrativo⁴.

De allí que, al estudiar la actividad administrativa, América Latina hizo suya la clasificación de la actividad administrativa que diferencia entre la actividad de policía, de fomento, de servicio público y de gestión económica. La actividad de policía ocupó un lugar central, pues instituciones claves del Derecho Administrativo -como el procedimiento y el acto- pivotaron en torno a esta actividad, a través de la coacción a la libertad de las personas en defensa del orden público⁵. Así, el Derecho Administrativo se construyó en torno al concepto de potestad administrativa como el poder-deber que permite a la Administración crear, extinguir y modificar, unilateralmente, relaciones jurídico-subjetivas, traducida en el acto administrativo. Definir al Derecho Administrativo era, en realidad, definir al acto administrativo como el producto de la actividad de policía. En especial, este poder de imperio de la Administración se tradujo en el

dictadas en el proceso de construcción de capacidades estatales, en especial, a nivel nacional. La doctrina y jurisprudencia, gradualmente, fueron interpretando esas Leyes a la luz de la influencia del Derecho Administrativo Francés, y de allí la común referencia al régimen jurídico exorbitante, o la definición del Derecho Administrativo como rama del Derecho Público. Por ejemplo, en el libro comentado, vid. Moraga Klenner, Claudio, "Orígenes del Derecho Administrativo Chileno", pp. 317 y ss. En especial, vid. Rodríguez, Libardo, "La explicación histórica del Derecho Administrativo", en Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (ed.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo*, Universidad Autónoma Nacional de México, México D.F., 2005, pp. 293 y ss.

⁴ Aludimos al Derecho Administrativo autoritativo, para describir el atributo por el cual la Administración Pública crea, extingue y modifica de manera unilateral relaciones jurídico-subjetivas, lo que suele englobarse con el nombre de autotutela. En suma, la actividad administrativa del Estado, al orientarse al interés público. Vid.: Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, México D.F., 1962, p. 94. Del interés público, se ha observado que es la verdadera razón de existencia del Derecho Administrativo. De allí el precepto que señala que el interés individual cede ante el interés público. Cfr.: Escola, Héctor, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, DePalma, Buenos Aires, 1989, pp. 235-238.

⁵ Brewer-Carías, Allan, "Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad de policía administrativa", en *Revista de Derecho Público* N° 48, Caracas, 1991, pp. 51-66

reconocimiento de la potestad reglamentaria, o sea, aquella que permite dictar actos administrativos de contenido normativo⁶.

Este concepto se extendió a la intervención administrativa en la economía, que en la región pivotó durante el siglo XX en torno al modelo de sustitución de importaciones y el rol central del Estado. En esta área también se aplicaron los otros contenidos de la actividad administrativa, como el fomento, el servicio público y la gestión económica. Pero la actividad de policía -en su vertiente de policía económica- ocupó un lugar central al justificar las restricciones a derechos económicos como la libertad económica o libertad de empresa, y con ello, la ampliación del Derecho Administrativo a áreas propias del Derecho Privado, lo que derivó en la transformación del orden público negativo en orden público positivo. Además, en cuanto a la propiedad privada, la actividad de policía se justificó, especialmente, en su función social, con influencia en León Duguit⁷.

El Derecho Administrativo aplicado a la economía, o Derecho Administrativo Económico, mostró su vertiente autoritativa en la actividad de policía administrativa económica. Por nuestra parte, preferimos aludir a las diversas técnicas para la ordenación y limitación de la iniciativa económica privada. La *ordenación* abarca la intervención económica a través de normas jurídicas -reglamentaros- mientras que la *limitación* se extiende a los actos de inspección y supervisión. Más allá de las particularidades derivadas de la interacción entre Derecho Administrativo y economía, la actividad de policía económica quedó sometida al régimen general de Derecho Administrativo, tanto en la forma -el procedimiento administrativo- como en el fondo -en aspectos como el principio de legalidad y las garantías jurídicas de la libertad de empresa⁸.

Hacia fines del siglo XX, cuando América Latina comenzó a cambiar la política de sustitución de importaciones por la política de liberalización inspirada en el Consenso de Washington, el Derecho Administrativo recibió

⁶ Lopes Meirelles, Hely, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 1990, pp. 183 y ss. Se ha debatido si el reglamento es o no un acto administrativo, pero al margen de ello, lo cierto es que el reglamento es una manifestación de la actividad administrativa.

⁷ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando "León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público", en *Revista Digital de Derecho Administrativo* N° 5, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 43 y ss.

⁸ En otros términos, el Derecho Administrativo Económico no es una disciplina con autonomía científica, sino que más bien es el resultado de la aplicación de la teoría del Derecho Administrativo a la intervención del Estado en la economía. Ello no niega algunas particularidades de esa intervención, como su acusada flexibilidad y el uso de instituciones de Derecho Privado. Vid.: Martín Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1991, pp. 63 y ss.

el concepto de regulación. La recepción de este concepto encontró en Argentina uno de los casos más emblemáticos, influenciado por la doctrina española y, en concreto, Gaspar Ariño Ortiz. La reforma del Estado por medio de la política de liberalización llevó a estudiar la ordenación y limitación de la iniciativa privada a través del concepto de regulación, adoptado además en un claro sentido libertario, es decir, de defensa de la libertad frente a la intervención administrativa y, más en concreto, de defensa del mercado. Así, en realidad, la regulación se empleó para aludir a la retirada de la Administración Económica (desregulación) y a la adopción de nuevas técnicas de intervención orientadas a promover condiciones efectivas de competencias (neo-regulación)⁹. Ello llevó a la reconceptualización del servicio público, que de la gestión directa por el Estado pasó a la gestión por la libre iniciativa privada, bajo la regulación orientada a atender los fallos de mercado y asegurar la satisfacción equitativa de necesidades esenciales¹⁰.

La política de liberalización tuvo resultados más bien limitados, en términos de promoción del desarrollo inclusivo, y durante el siglo XXI dio paso al llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano, especialmente en Bolivia, Ecuador y Venezuela. Este nuevo constitucionalismo, a decir verdad, recogía muchas de las técnicas de intervención estatistas que se arraigaron en el siglo XX, basadas en la hegemonía del Estado. Pero incluso en los países en los que no se apreció esta vuelta al estatismo, lo cierto es que el paradigma de la liberalización y del mercado no volvió a tener el ímpetu que tuvo durante el Consejo de Washington.

Pero a pesar de ello, ha de reconocerse que el concepto de regulación caló, al punto que suele estudiarse el Derecho Administrativo de la regulación económica, así como la organización de la Administración Económica a través de agencias regulatorias, comisiones o administraciones independientes. Bajo esta visión, la actividad administrativa de regulación es distinta a la actividad administrativa de policía, y esa distintividad se ha ubicado en la importación del marco institucional de la regulación del Derecho de Estados Unidos, dando lugar a figuras que realzan muy bien el realismo mágico de América Latina: agencias regulatorias inspiradas en

⁹ Véase la primera parte.

¹⁰ El estudio básico en la materia es el célebre artículo de Ariño Ortiz, Gaspar, "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)", en Ariño Ortiz, Gaspar, *et al*, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 17 y ss.

Estados Unidos que ejercen privilegios y prerrogativas inspirados en el Derecho Francés.

La más reciente tendencia de la irrupción de la regulación es la mejora regulatoria, cuya extensión en América Latina ha sido notable¹¹. Así, se han dictado diversas Leyes que, inspiradas en estándares internacionales, se orientan a mejorar la calidad regulatoria, demostrando así que la visión cuantitativa de la desregulación de fines del siglo XX dio paso a la visión cualitativa de la mejora regulatoria. La regulación no es solo necesaria. Además, esa regulación debe orientarse por parámetros de calidad que reduzcan sus efectos adversos y aumenten sus efectos positivos. Para adelantar esa mejora regulatoria, como no podía ser de otra manera, se ha desplegado una compleja regulación, a cargo de organizaciones administrativas especiales. Es decir, que para mejorar la regulación, ha hecho falta regular más.

Desde la dogmática del Derecho Administrativo, la política de mejora regulatoria se enfrenta a un problema: la incompatibilidad entre el concepto de regulación y la teoría general del Derecho Administrativo. Así, las Leyes obligan a la Administración Pública a mejorar la regulación, sin que quede claro qué es la regulación y, por ende, qué debe mejorarse. En las Leyes y demás instrumentos dictados, se aprecia cierta resistencia por acudir al lenguaje tradicional del Derecho Administrativo, para aportar un nuevo concepto de regulación de cara a promover su mejora.

Hay tres condiciones que inciden en la implementación práctica de la política de mejora regulatoria en la región, a saber, (i) la fragilidad del Estado administrativo, que limita adversamente su capacidad para implementar los ambiciosos mandatos derivados de las políticas de mejora regulatoria; (ii) los problemas de interpretación sobre qué debe entenderse por regulación; y (iii) la incidencia del Derecho Administrativo en la implementación práctica de las políticas de mejora regulatoria.

Por lo anterior, este artículo parte de la premisa según la cual la mejora regulatoria es una buena política, con problemas de implementación. Es, en efecto, una buena política en tanto pretende corregir la tradicional contraposición entre el sector público y privado, realzando la complementariedad entre ambos y la importancia de apalancar la calidad de la actividad administrativa centrada en las personas. Pero esa buena política se enfrenta a problemas conceptuales que, en realidad, son causados por la

¹¹ Véase la segunda parte.

implantación de modelos foráneos de mejora regulatoria, en cuya formulación no siempre se toman en cuenta las particularidades de América Latina, una región de Estados frágiles.

El resultado son frágiles Administraciones Públicas que, sin embargo, aparentan una robusta capacidad con ambiciosas políticas de mejora regulatoria, adoptadas además en un ecosistema jurídico que todavía no ha logrado descifrar qué es la regulación, y por ende, qué debe mejorarse. De allí la recomendación formulada en este trabajo: rescatar el fundamento de la política de mejora regulatoria, pero deslastrada de imprecisos conceptos y ambiciosas políticas cuya aplicación termina siendo muy frágil. Más allá de dedicar esfuerzos por entender qué es la regulación que debe mejorarse, esta política debería orientarse a construir capacidades en la Administración Pública para fomentar la innovación, desde la complementariedad entre el sector público y privado. Llamar a esa política “mejora regulatoria” no es necesariamente inconveniente, siempre y cuando se considere que, desde la dogmática jurídica, la regulación no es un tipo especial de actividad administrativa sujeta a reglas especiales.

En tal sentido, la política de mejora regulatoria debe enfocarse desde los estándares de la buena administración, entendidos no como la recopilación de principios tradicionales con un nuevo nombre, sino a través del cambio de paradigma, del Derecho Administrativo centrado en el poder al Derecho Administrativo centrado en la persona. Desde el Derecho Administrativo Económico, y citando al profesor Felipe Rotondo, la mejora regulatoria recuerda que “*el conjunto normativo que conforma la ordenación jurídica de la economía tiene a la persona como centro*”¹².

I. LA IRRUPCIÓN DEL CONCEPTO DE REGULACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE AMÉRICA LATINA: UN EJEMPLO DE INDEBIDO PRÉSTAMO INSTITUCIONAL

La introducción del concepto de regulación en el Derecho Administrativo de América Latina estuvo especialmente influenciada por la doctrina española que, a su vez, escribió al socaire de las políticas de liberalización implementadas en el marco del Consenso de Washington. En

¹² Rotondo Tornaría, Felipe, “Bases constitucionales del derecho administrativo económico”, en *Revista de Derecho*, Año 13, N° 25, 2014, pp. 83 y ss.

realidad, el concepto de regulación fue traído del Derecho Administrativo de Estados Unidos, tomando en cuenta las reflexiones críticas formuladas en torno a la intervención del Estado en la economía en el contexto de las políticas de liberalización. De allí que, como explicamos, el concepto de regulación no solo fue incorporado sin la debida trasposición del sistema jurídico de Estados Unidos, sino que, además, se adoptó en el marco de una visión favorable al mercado y adversa -o cuando menos, recelosa- al rol del Estado en la economía.

1. *De la regulación en el Derecho de Estados Unidos a la regulación en el Derecho Europeo y Español como resultado del Consenso de Washington*

Hacia fines del siglo XX se produjo el -asi llamado- Consenso de Washington, que puede ser interpretado como la visión compartida en torno a la necesidad de reducir el rol del Estado en la economía, a los fines de fortalecer la función de los mecanismos de mercado, y con ello, afianzar la intervención pública en la atención de los fallos de mercado y la promoción de condiciones efectivas de competencia. En el plano internacional, esta visión favoreció políticas de libre comercio y de promoción de la inversión extranjera¹³. América Latina, como veremos en la siguiente sección, siguió estas concepciones, traducidas en ambiciosas políticas de liberalización¹⁴, y que pretendieron dejar atrás la política de sustitución de importaciones¹⁵.

Fue dentro de este contexto que Gaspar Ariño Ortiz estudió la regulación económica, como parte del proceso de transformación del Estado, orientado a reducir su rol y ampliar los mecanismos de mercado¹⁶. En tal sentido, el rol del Estado en la economía se identificó en la promoción de la

¹³ Entre muchos otros, vid. Babb, Sarah, "The Washington Consensus as Transnational Policy Paradigm: Its Origins, Trajectory and Likely Successor", en *Review of International Political Economy* N° 20 (2), 2013, pp. 268 y ss., y Rodrik, Dani, "Goodbye Washington Consensus, ¿Hello Washington Confusion? A Review of the World Bank's "Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade of Reform", en *Journal of Economic Literature* N° 44 (4), 2006, pp. 973 y ss. Véase en especial a Williamson, John, "A Short History of the Washington Consensus", en Serra, Narcís, y Stiglitz, Joseph E., *Washington Consensus Reconsidered: Towards a New Global Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 14 y ss.

¹⁴ Goldfajn, Ilan, Lorenza Martínez y Rodrigo O. Valdés. "Washington Consensus in Latin America", en *The Journal of Economic Perspectives* N° 35 (3), 2021, pp. 109 y ss.

¹⁵ Hausmann, Ricardo, "Structural Transformation and Economic Growth in Latin America", en *The Oxford Handbook of Latin American Economics*, Oxford Handbooks in Economics, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 519 y ss.

¹⁶ Ariño Ortiz, Gaspar, *Economía y Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 327 y ss.

competencia, pero no a través de la tradicional intervención orientada a prevenir y sancionar prácticas competitivas antijurídicas, sino mediante técnicas de intervención para paliar los fallos de mercado y, con ello, mejorar la eficiencia económica. Ese rol se describió, muy genéricamente, como regulación, esto es, la intervención de la Administración Pública para la competencia¹⁷. En especial, la propuesta se basó en el contraste del *viejo modelo de regulación* (típicamente, la reserva al Estado de determinado sector, como las telecomunicaciones, para su gestión directa por empresas del Estado), por un *nuevo modelo de regulación* (en el cual el Estado no reserva la actividad ni la gestiona en monopolio, sino que promueve la iniciativa privada, en especial, paliando los fallos de mercado). Nótese que, desde esta visión, la regulación parece aludir, en general, a la intervención del Estado en la economía¹⁸.

En realidad, esta propuesta tomó el concepto de regulación de acuerdo con su formulación en la economía, muy especialmente, inspirada por las políticas de liberalización y desregulación. La regulación -desde la visión de los sectores regulados- se estudió, en una aproximación general, a través de las técnicas de intervención del Estado en la economía, incluyendo controles de precio, controles sanitarios y medidas en contra de prácticas monopólicas. En estos casos, el proceso de toma de decisiones pasa -en mayor o menor medida- del mercado al Estado. En sentido más restringido, la expresión regulación se empleó en alusión a las actividades calificadas como servicios públicos (en el sentido *de public utilities*), atendiendo en especial a los fallos de mercado como el monopolio natural. La regulación, bajo el postulado de la liberalización, debe entonces orientarse a corregir esos fallos y así, promover la eficiencia de los mercados¹⁹.

Desde la economía, o más en concreto, la microeconomía, la regulación es la intervención coactiva del Estado por medio de la cual limita el ejercicio de actividades económicas por las empresas privadas, esto es, la limitación de los mecanismos de mercado. La justificación económica básica de esa intervención pública es que los mercados son imperfectos, o sea, que carecen

¹⁷ Ortiz, Ariño, *La regulación económica*, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1996, especialmente, pp. 97 y ss.

¹⁸ Nos centramos en la doctrina española, vista su influencia especial en América Latina. Pero ciertamente, la difusión del lenguaje de la regulación se extendió a otros ordenamientos. Por ejemplo, vid. Auby, Jean -Bernard, "Régulations et Droit Administratif", en *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 2009 y ss. El autor advierte que el concepto se emplea en alusión a las nuevas técnicas de intervención adoptadas en el marco de la desregulación y la privatización (p. 211).

¹⁹ Kahn, Alfred, *The economics of regulation. Principle and institutions*, The MIT Press, Cambridge, 1988, 11 y ss.

de las condiciones óptimas bajo las cuales el libre juego de la oferta y la demanda promueve a la eficiencia económica. Estas imperfecciones no solo se limitan a casos de poder de monopolio -como monopolios naturales- sino que alcanza otros casos como externalidades, asimetrías de información y la provisión de bienes públicos. De allí que la regulación es la actividad del Estado por la cual se impone limitaciones a las decisiones que adoptan los actores privados en el mercado, limitaciones usualmente acompañadas de la coacción, incluyendo sanciones²⁰.

Desde el punto de vista jurídico, en Estados Unidos el concepto tiene un matiz distinto. Así, el Derecho Administrativo en este país no aplica a la Administración Pública sino solo a las llamadas agencias, y en concreto, a las agencias cuya actividad incide en la esfera jurídico-subjetiva de las personas, y que son denominadas descriptivamente como agencias regulatorias que operan en el ámbito federal²¹. En la década de los ochenta, Stephen Breyer, desde la realidad del Derecho Administrativo de Estados Unidos, escribió sobre la reforma de la regulación a los fines de realzar su justificación, cual es atender los fallos de mercado que afectan la eficiencia. Siendo esa la finalidad, era necesario adoptar controles que reduzcan los costos de la regulación sobre el mercado y maximicen sus beneficios sobre la eficiencia, lo que llevó a este autor a proponer reformas orientadas a reforzar la eficiencia y transparencia de los procedimientos regulatorios, adoptar reformas de organización para proteger el principio de independencia e implementar mecanismos de medición del impacto de regulación²².

Esta idea llevó a postular a la doctrina española, en el contexto liberalizador, que la actividad de la Administración orientada a limitar la esfera jurídico-subjetiva de operadores económicos debía orientarse a atender fallos de mercado, todo lo cual implica, por un lado, eliminar la regulación que es ineficiente con base en un análisis costo-beneficio (desregulación), y adoptar una regulación que atienda fallos de mercado y recree la competencia, en lo que se ha llamado competencia regulada²³.

José Esteve Pardo ha concluido que lo característico de la regulación no es el sujeto que la realiza sino la actividad, orientada a incidir en la oferta

²⁰ Viscusi, W. Kip *et al*, *Economics of regulation an antitrust*, The MIT Press, Cambridge, 2005, pp. 357

²¹ Schwartz, Bernard, *The economic regulation of business and industry, Volume I*, Nueva York, Chelsea House Publishers, 1973, pp. 17 y ss. El modelo se remonta a la Comisión de Comercio Interestatal, creada en 1887.

²² Breyer, Stephen, *Regulation and its reform*, Harvard University Press, Cambridge, 1982, pp. 341.

²³ Cruz Ferrer, Juan de la, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, pp. 217 y ss.

de bienes y servicios, sobre sectores relevantes para la convivencia social, en los cuales el Estado ya no obra desde la titularidad pública. Con lo cual, la actividad de regulación es una de las manifestaciones más características del Estado garante²⁴.

2. *La recepción del concepto de regulación en América Latina. ¿nueva técnica o nuevo entorno de políticas públicas?*

La aplicación del método comparado de Derecho Administrativo a América Latina permite observar cómo en los modelos de la región se adoptó el concepto jurídico de regulación, especialmente, por influencia de la doctrina española. Esto ha hecho que, en la actualidad del Derecho Administrativo de América Latina, el estudio de la regulación resulte común.

Como adelantamos en la introducción, en América Latina el estudio de la teoría de la actividad administrativa siguió la clasificación tradicional que distingue a la actividad de fomento, de servicio público, de policía y de servicio público. Esas técnicas, de manera tradicional, se extendieron a la intervención de la Administración en la economía. La regulación era un concepto desconocido desde esta clasificación, o en todo caso, empleado descriptivamente para aludir a la intervención del Estado en la economía limitando la libertad de empresa. Al aludir a Estado regulador, la doctrina - especialmente, hasta la década de los noventa del pasado siglo- se refería a la intervención del Estado dictando reglas jurídicas que inciden en el intercambio de bienes y servicios, especialmente, limitando la libertad económica²⁵. Desde la perspectiva de la actividad administrativa, este Estado regulador se expresaba a través de la actividad de policía económica, orientada a la tutela del orden público económico²⁶. Siguiendo a la doctrina alemana, también se aludió a la actividad administrativa de limitación²⁷.

Pero en el entorno liberalizador, el concepto de Estado regulador cambió, a los fines de describir el nuevo rol del Estado promoviendo condiciones efectivas de competencia, y concentrando su rol en la ordenación y limitación de las empresas privadas, antes que asumir la

²⁴ Esteve Pardo, José, *Principios de Derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 27

²⁵ Brewer-Carías, Allan, *Fundamentos de la Administración Pública. Tomo I*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 107

²⁶ La policía económica es, así, una modalidad de la actividad de policía especial o sectorial.

²⁷ Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 61 y ss.

gestión directa de actividades, incluso, en monopolio. En concreto, a través de la privatización, el Estado cedió su rol de gestor en monopolio de actividades de interés general como las telecomunicaciones -actividades calificadas o consideradas de servicio público- lo cual dio lugar a la regulación de los operadores económicos privados para promover la competencia. La actividad regulatoria fue definida, en especial, desde el principio de subsidiariedad, para destacar que el Estado debe abstenerse de intervenir en actividades que pueden ser correctamente desarrolladas por particulares²⁸.

Esta visión se llevó al punto de darle contenido sustantivo a la regulación, para pasar a hablar, por ejemplo, del ente regulador, como una especial modalidad de la organización administrativa que, inspirada en las agencias de Estados Unidos, cuenta con autarquía y asume funciones afines a la de los tribunales administrativos, y también, la función legislativa por medio de reglamentos²⁹. La regulación económica, de acuerdo con Cassagne, se entendió como una emanación del poder de policía, por la cual se “*comprime el ámbito de la libertad económica a través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas, con la finalidad de armonizar los derechos de los prestatarios de los servicios públicos...con los intereses de la comunidad*”. Es, sustancialmente, “*actividad legislativa o reglamentaria*”, que surge -en el contexto liberalizador- para estimular y fomentar la libre competencia³⁰.

El Derecho Administrativo en América Latina se encargó, especialmente, de conciliar el contexto liberalizador con los mandatos derivados del Estado Social y en general, el valor del bien común dentro de la Constitución Económica³¹. Ello fue especialmente relevante en relación con el servicio público y la visión de los derechos económicos y sociales. Así, incluso cuando la gestión del servicio público es asumida por la iniciativa privada, el Estado -a través de la Administración Pública- mantiene títulos de intervención orientados a asegurar el acceso equitativo a los bienes y

²⁸ Nallar, Daniel, *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1999, pp. 17 y ss.

²⁹ Bianchi, Alberto, *La regulación económica. Tomo I*, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2001, pp., 214 y ss.

³⁰ Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, cit., pp. 166 y ss.

³¹ En especial, vid. Brito, Mariano, “Bases constitucionales”, en Brito, Mariano y Delpiazzo, Carlos, *Derecho Administrativo de la regulación económica*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1998, pp. 21 y ss.

servicios anejos a estos derechos³². El Estado regulador, incluso en actividades de servicio público, actúa para dirimir diferencias entre los agentes del mercado y promover la competencia, a través de la planificación, la reglamentación y la fiscalización³³.

De esa manera, al socaire de las reformas implementadas en la liberalización de los servicios públicos, y que siguieron en la región rasgos notablemente similares, la regulación pasó a describir la nueva intervención de la Administración en los sectores liberalizados, caracterizada por los siguientes elementos: (i) la creación de órganos y entes a cargos de la supervisión del sector liberalizado, dotados de autarquía -en el sentido de “independencia política”- a los fines de prevenir efectos adversos sobre el mercado derivados de la politización de la intervención económica; (ii) el reconocimiento de potestades administrativas para reglamentar el sector, condicionar el acceso al mercado, el ejercicio de la actividad de los operadores económicos, y dirimir controversias, incluso, respecto de usuarios; (iii) el condicionante teleológico de estas técnicas de intervención, orientadas a la protección del mercado, tanto en cuanto a la justificación de la intervención en los fallos de mercado y la promoción de la competencia regulada, como en cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad a través de la medición del impacto de la regulación sobre el mercado, y (iv) el reconocimiento de potestades orientadas al cumplimiento de los mandatos de transformación derivados del Estado Social, para la garantía de derechos económicos y sociales, en figuras tales y como las obligaciones de servicio público. Con lo cual, esta nueva actividad partió de la primacía del mercado y del rol de la Administración corrigiendo fallos de mercado y garantizando el cumplimiento de los mandatos transformadores³⁴. De allí la reconfiguración del concepto de servicio público, no sin pocas tensiones frente a los mandatos de transformación presentes en el Derecho Constitucional, para la promoción de condiciones efectivas de competencia³⁵.

³² Por ejemplo, vid. Sarmiento García, Jorge, “Noción y elementos del servicio público”, en *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*, Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 1 y ss.

³³ Wagner Nester, Alexandre, “A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos”, en Santos de Aragao, Alexandre y Marques, Floriano (ed), *Direito Adminisrrativo e seus novos paradigmas*, Forum, Belo Horizonte, 2008, p. 446

³⁴ Por ejemplo, en cuanto al nuevo perfil del servicio público desde la regulación, vid. Zegarra, Diego, *El servicio público. Fundamentos*, Palestra, Lima, 2005, pp. 69 y ss.

³⁵ Cassagne, Juan Carlos, “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, en *Administración Pública y Economía*, Instituto Nacional de Administración Pública-Instituto Navarro de Administración Pública, Madrid, 2001, pp. 11 y ss

La actividad administrativa de regulación se caracterizaría no solo por la amplitud de sus técnicas, sino en especial, por su finalidad, cual es atender fallos de mercado y promover la competencia regulada, desde el principio de subsidiariedad, en el sentido que la actividad de gestión económica directa tiende a ser sustituida por la regulación de las actividades que ahora gestiona el sector privado³⁶. La regulación económica comprende, por un lado, a las normas jurídicas dictadas por la Administración Económica, en lo que conoce en América Latina como reglamentos. Pero también se incluyen actos de supervisión de esa regulación, incluyendo autorizaciones, órdenes de hacer, inspecciones y sanciones. Según esta posición, la regulación se caracteriza por la ordenación integral de sectores económicos, mediante reglas jurídicas, actos de ejecución de esas reglas y la resolución de los conflictos que puedan presentarse, a cargo de Administraciones Sectoriales que gozan de autarquía reforzada³⁷. Por ente, desde la organización administrativa, las agencias o comisiones se caracterizan por ejercer potestades reglamentarias, potestades de limitación e incluso, sancionadoras, y potestades jurisdiccionales³⁸.

Jorge Danós, desde el método comparado, ha señalado que junto a la expresión amplia o general de Estado regulador, hay una segunda definición, más moderna y acotada, que alude a técnicas de intervención administrativa sobre actividades económicas que satisfacen necesidades básicas o esenciales, usualmente consideradas servicios públicos. Estas actividades presentan fallas de mercado -como monopolios naturales- que justifican intensas potestades de intervención. En todo caso, advierte que el llamado Derecho Regulatorio no configura una disciplina autónoma frente al Derecho Administrativo³⁹.

³⁶ Miranda Londoño, Alfonso y Márquez Escobar, Carlos Pablo, "Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la redefinición de los objetivos de la regulación", en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randoplh Brewer-Carías"*, Tomo II, *El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica*, Tomo II, Caracas, 2005, pp. 141 y ss.

³⁷ Hernández-Mendible, Víctor, "La regulación económica", *Estudios de Derecho Público*. Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 135 y ss.

³⁸ Hoyos Duque, Ricardo, "Las comisiones de regulación en Colombia", en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1403 y ss.

³⁹ Reconoce Danós que el concepto de regulación se toma del Derecho de Estados Unidos, y fue incorporado en Iberoamérica en el contexto liberalizador. Cfr.: Danós Ordóñez, Jorge, "La regulación económica", en Rodríguez-Arana, Jaime y Rodríguez, Libardo, (ed), *Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*, INAP, Madrid, 2015, versión digital, n° 619 y ss.

Frente a esa posición, Luis Ferney Moreno ha señalado que la regulación es la función de intervención del Estado, principalmente a cargo de la Administración Pública, por medio de la cual se dictan normas jurídicas o de carácter general, en materias económicas, sociales y técnicas. Estas normas se implementan mediante técnicas tradicionales, como autorizaciones, y técnicas novedosas, como la regulación por desempeño. Se trata de una forma de intervención del Estado que se diferencia de otras técnicas⁴⁰. El primer elemento diferenciador es la teoría de los fallos de mercado, como la justificación de la regulación⁴¹.

En estas diversas posturas, es posible identificar algunos elementos comunes. De esa manera, la regulación es una función del Estado en su intervención en la economía. Más en concreto, los conceptos presentados circunscriben la regulación a la oferta de bienes y servicios, en lo que se conoce desde las ciencias económicas como microeconomía. Asimismo, el estudio de la regulación es consecuencia de las políticas de liberalización, con lo cual, esta técnica descansa en la preferencia o primacía del sector privado como oferente de bienes y servicios. En cierto modo, y reflejando la tesis del Estado garante, la regulación es consecuencia de la transferencia -privatización- de las gestiones económicas a cargo del Estado al sector privado, como es el caso de las telecomunicaciones⁴². También hay elementos de coincidencia al señalar que la regulación se justifica en razones de interés general. Una de las causas usualmente señaladas como justificante de la regulación, son los fallos de mercado.

Este concepto atiende más a la justificación de la actividad de regulación que a su exteriorización. En este último sentido, se aprecia coincidencia en cuanto a que la regulación incluye normas jurídicas, incluso, no vinculantes. Estas normas jurídicas inciden en la conducta de operadores económicos, o sea, en la oferta de bienes y servicios. Pero también el concepto puede aplicar a los actos de implementación de esas normas, por

⁴⁰ Moreno Castillo, Luis Ferney, *Teoría de la regulación. Hacia un Derecho Administrativo de la regulación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 56 y ss.

⁴¹ Sacristán, Estela, "Teoría de la regulación", en Morón, Juan Carlos y Danós, Jorge (ed), *Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne. Tomo II*, Gaceta Jurídica, Lima, 2018, pp. 615 y ss.

⁴² En América Latina, con influencia de España, las políticas de liberalización se tradujeron en tres técnicas que incidieron especialmente en la Administración Pública, a saber, la privatización, la desregulación y la neo-regulación. Cfr.: Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, IESA-FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 134 y ss. En España, vid. Cruz Ferrer, Juan de la, "Regulación, desregulación y neo-regulación", en *Don Luis Jordana de Pozas: creador de ciencia administrativa*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 347 y ss.

medio de decisiones individuales que inciden en específicos operadores. A pesar de tratarse de una actividad estatal, hay coincidencia en señalar que la actividad de regulación corresponde, principalmente, a la Administración Pública. A estos fines, y para preservar la neutralidad de la regulación, la Administración regulatoria está dotada de autarquía, lo que se traduce en una especial forma de organización, como las agencias o comisiones regulatorias.

Ahora bien, lo primero que cabe observar es que ni la incidencia de la regulación sobre la esfera jurídico-subjetiva de los operadores económicos, ni las formas jurídicas en las cuales ésta se exterioriza, difieren de la teoría general de la actividad administrativa. Así, la regulación es una técnica de limitación de la esfera jurídico-subjetiva de los operadores económicos, como lo es también la actividad de policía o la actividad de limitación. De otro lado, las formas jurídicas por medio de las cuales la regulación se expresa son las formas comunes del Derecho Administrativo, no solo reflejadas en el acto administrativo, sino en especial, en la potestad reglamentaria de la Administración. El procedimiento regulatorio se inserta en la teoría general del procedimiento administrativo.

Es por lo anterior que hemos sostenido que la regulación no constituye una actividad especial dentro del Derecho Administrativo, en tanto ella puede reconducirse a la actividad de policía o, como preferimos denominarla, actividad de ordenación y limitación⁴³. Ramón Huapaya ha observado, en este sentido, que la regulación no constituye una técnica nueva de intervención de la Administración Pública en la economía, sino más bien, una nueva aproximación a técnicas tradicionales de intervención⁴⁴.

Esta nueva aproximación, en nuestra opinión, responde a la importancia que tienen los fallos de mercado en la justificación de la actividad administrativa de ordenación y limitación, todo lo cual supone considerar que el mecanismo más eficiente para asignar bienes y servicios es el mercado, todo lo cual pasa por la aplicación del análisis económico del Derecho Administrativo. De esa manera, como anticipamos en la sección

⁴³ Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 234 y ss.

⁴⁴ Como escribe Ramón Huapaya Tapia, “mal se hace en pretender afirmar la “novedad” de un derecho de la “regulación” como algo novedoso y que “superaría” la doctrina del Derecho Administrativo, tanto en los países anglosajones como en los pertenecientes al sistema continental de Derecho Administrativo” (“Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la “Regulación”, en *Ius et Veritas* N° 40, Lima, 2010, pp. 309 y ss. Véase también, del autor, *Administración pública, derecho administrativo y regulación*, Ara Editores, Lima, 2011, pp. 633 y ss.

anterior, los fallos de mercado descansan en el paradigma según el cual la oferta de bienes y servicios por el sector privado, bajo determinadas condiciones asociadas al grado de competencia efectiva presente en el mercado, tiende a ser más eficiente⁴⁵. Sin embargo, hay diversas características de los bienes y servicios que limitan el grado de eficiencia, y hacen que los mercados fallen o que sean incompletos, esto es, que la eficiencia sea menor. Estas características son los fallos, que abarcan supuestos como el monopolio natural, las externalidades y los bienes públicos. Con lo cual, la regulación coincide con el estudio de la microeconómica, o sea, el intercambio de bienes y servicios, basado en el paradigma de acuerdo con el cual los operadores económicos actúan racionalmente para maximizar su utilidad⁴⁶.

Apartando esta motivación, el Derecho de la regulación económica es, entonces, el Derecho de la intervención del Estado administrativo en la economía, incidiendo en la oferta y demanda⁴⁷. Lo que en Estados Unidos se conoce como regulación, no es otra cosa que lo que en América Latina se ha estudiado como la intervención administrativa en la economía para limitar el ejercicio de actividades económicas⁴⁸. Si el estudio del Estado regulador se

⁴⁵ Los mercados demandan regulación, todo lo cual genera el riesgo de captura del regulador, según las consideraciones inicialmente formuladas por Stigler, George J., "The Theory of Economic Regulation", en *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, No. 1, 1971, pp. 3 y ss. Véase en especial a Baldwin, Robert, et al., "Introduction: Regulation: the field and the developing agenda", en Baldwin, Robert, et al., *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 12 y ss.

⁴⁶ Entre muchos otros, vid.: Becker, Garry, "Irrational Behavior and Economic Theory", en *Journal of Political Economy* N° 70-1, 1962, pp. 1 y ss.; Mankiw, N. Gregory, *Principles of Economics*, South-Western Cengage Learning, Mason, 2009, pp. 11 y ss.; Mas-Colell, Andreu, et al., *Microeconomic Theory*, Oxford University Press, Nueva York, 1995, pp. 5 y ss.; Rosen, Harvey S., y Ted Gayer, *Public Finance*, McGraw-Hill Series in Economics, McGraw-Hill Education, Nueva York, 2014, pp. 4 y ss.; Steinemann, Anne C. et al., *Microeconomics for Public Decisions*, Thomson/South-Western, Mason, 2005, pp. 60 y ss.; Stiglitz, Joseph E, y Rosengard, Jay K. *Economics of the Public Sector*, W. W. Norton & Company, Nueva York, 2015, pp. 56 y ss. y Samuelson, Paul y Nordhaus, William, *Economía con aplicación a Latinoamérica*, McGraw Hill, México, 2016, pp. 26 y ss. Asimismo, desde la perspectiva jurídica, vid. Cooter, Robert, y Thomas, Ulen, *Law and Economics*, Addison-Wesley Series in Economics, Boston 2006, pp. 11 y ss., y Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business, Nueva York, 2014, pp. 24 y ss.

⁴⁷ Ogus, Anthony, *Regulation: legal form and Economic theory*, Hart Publishing, Londres, 1994, pp. 1 y ss. El autor diferencia el concepto de regulación desde el Derecho Público, y del rol que el Derecho Privado cumple facilitando el mercado, razón por la cual inserta a la regulación en los sistemas económicos colectivistas, en el sentido que el Estado asume el rol de dirección de la economía. Más en concreto, se alude, por un lado, a la regulación social, que aplica en áreas como salud y educación, basada en fallos de mercado como asimetrías de información y externalidades. Además, se incluye a la regulación económica, que incide en la oferta de bienes y servicios ante fallos de competencia, o competencia imperfecta, por ejemplo, en casos de monopolio natural (pp. 4 y ss.).

⁴⁸ Breyer, Stephen, et al., *Administrative Law and regulatory policy*, Wolters Kluwer, Nueva York, 2011, pp. 3 y ss. Explican los autores que las agencias administrativas tienen a su cargo la regulación, que

ha centrado en las agencias es, simplemente, pues ésta fue la peculiar forma de organización adoptada por el Congreso de Estados Unidos para la organización del Estado administrativo surgido en el siglo XIX⁴⁹. Esta peculiar forma de organización ha generado notables problemas en el Derecho Administrativo de Estados Unidos, basados en la teoría de la no delegación y del margen de deferencia, que son ajenos a la tradición del Derecho Administrativo en América Latina⁵⁰.

Con lo anterior, no pretendemos negar la utilidad de enfocar el Derecho Administrativo en América Latina desde la perspectiva de la regulación económica, recordando en todo caso que este estudio se centra en el Derecho Administrativo Económico⁵¹. En concreto, el enfoque económico refuerza la interdicción a la arbitrariedad a través de controles que permiten apreciar, con mayor grado de objetividad, el análisis costo-beneficio⁵².

Pero esta utilidad debe tomar en cuenta tres advertencias, de especial importancia para lograr comprender mejor el impacto de las políticas de mejora regulatoria, que estudiamos en la sección siguiente.

La *primera advertencia* es que la perspectiva de la regulación económica debe asumirse desde la teoría económica, comprendiendo que el Derecho Administrativo se encarga de ciertos tipos de regulación, como es la regulación administrativa basada en riesgos y la regulación económica basada en fallos de mercado. Pero también se encuentra la regulación civil,

comprende (i) las Leyes, distintas al Derecho Tributario y Penal, así como (ii) a la ejecución de esas Leyes por agencias administrativas, quienes pueden imponer sanciones o incentivos. Las agencias administrativas, como agencias regulatorias, desarrollan y hacen cumplir coactivamente prohibiciones y obligaciones respecto de empresas privadas o individuos. La causa que justifica esa regulación son los fallos de mercado.

⁴⁹ Anderson, James, *The emergence of the modern regulatory state*, Public Affair Press, New Jersey, 1962, pp. 1 y ss., y Bressman, Lisa, *et al.*, *The regulatory state*, Wolters Kluwer, Nueva York, 2020, pp. 3 y ss.

⁵⁰ Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian, *Law & Leviathan. Redeeming the Administrative State*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2020, en especial, pp. 19 y ss. Véase nuestro análisis en Hernández G., José Ignacio “La moralidad del derecho administrativo en Estados Unidos: una visión comparada desde los principios generales del derecho administrativo en América Latina”, en *Revista de Administración Pública* N° 215, Madrid, 2021, pp. 289 y ss.

⁵¹ El Derecho Administrativo Económico es, sencillamente, el estudio transversal de las técnicas de intervención de la Administración en la economía. Vid. Vergara Blanco, Alejandro, *Derecho Administrativo Económico. Sectores regulados: servicios públicos, territorio y recursos naturales*, Thomson Reuters, Santiago, 2018, pp. 21 y ss. El autor incluye dentro del estudio del Derecho Administrativo a la regulación.

⁵² La regulación económica, desde el Derecho Administrativo de América Latina, debería enfocarse desde la actividad administrativa que limita el ejercicio de actividades económicas, incluso, en sectores calificados como servicio público. Sobre la actividad de limitación, podemos referir al trabajo del profesor Felipe Rotondo Tornaría “Actividad administrativa de limitación, servicios públicos y los órganos jurisdiccionales”, *Revista CADE: doctrina y jurisprudencia*, N°. 49, 2019, pp. 5 y ss.

que define los derechos de los operadores económicos en los mecanismos de mercado, como propiedad y libertad de contrato. Aquí es importante estudiar la regulación económica desde el concepto de instituciones, como las reglas formales e informales que inciden en la conducta humana⁵³. Esas reglas son claves para el correcto funcionamiento de los mecanismos de mercado, en tanto pueden reducir los costos de transacción y con ello promover el crecimiento⁵⁴.

La *segunda advertencia* es que la regulación económica, incluso entendida como desde el Derecho Administrativo Económico, todavía se encuentra influenciada por el paradigma de la primacía del sector privado sobre el público, adoptada en el contexto liberalizador. A pesar de que este contexto ya pasó, y a pesar de los grandes cambios sucedidos en el siglo XXI, como la crisis financiera global⁵⁵ y la pandemia⁵⁶, se aprecia en América Latina la tendencia por estudiar la regulación desde la primacía del mercado. Empero, en el siglo XXI, y especialmente en la región, es necesario considerar que la relación entre el sector público y privado no es de rivalidad, sino de complementariedad⁵⁷.

Finalmente, y en *tercer lugar*, en enfoque de la regulación económica debe evitar el riesgo de incorporar figuras regulatorias inspiradas en Estados Unidos, a la realidad de América Latina, esto es, la trasposición de políticas públicas diseñadas para otros contextos institucionales. Esta transposición genera dos consecuencias adversas. En lo económico, ella parte de la errada premisa según la cual una misma política pública puede reproducirse en cualquier país, cuando lo cierto es que las específicas condiciones institucionales, incluyendo en especial la fragilidad estatal, pueden condicionar adversamente el desempeño de estas políticas. En lo jurídico, la simple trasposición de políticas públicas diseñadas a otros contextos puede

⁵³ North, Douglass, *Institutions, Institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, pp. 107 y ss., y Williamson, Oliver, *The economic institutions of capitalism*, The Free Press, Nueva York, 1985, pp. 15 y ss.

⁵⁴ Es lo que los economistas han denominado instituciones inclusivas. Vid.: Daron Acemoglu, y James Robinson, *Why Nations Fail*, Crown Business, New York, 2012, pp. 70 y ss.

⁵⁵ Singer, Joseph, *No freedom without regulation: the hidden lesson of the subprime crisis*. Yale University Press, New Haven, 2015, pp. 59 y ss.

⁵⁶ Zakaria, Fareed, *Ten lessons for a post-pandemic world*, W.W. Norton & Company, Inc., Nueva York, 2020, pp. 56 y ss.

⁵⁷ Mazzucato, Mariana, *Mission Economy: A Moonshot Guide to Changing Capitalism*, Harper Business, Nueva York, 2022, pp. 27 y ss.

generar tensiones entre los fundamentos de esas políticas y el Derecho Administrativo, que es, en suma, el filtro de las políticas públicas⁵⁸.

II. LAS POLÍTICAS DE MEJORA REGULATORIA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

A pesar de la imprecisión jurídica del concepto de regulación en América Latina, diversos países de la región han adoptado Leyes que se orientan a promover la mejora regulatoria. Si atendemos a lo expuesto en la sección anterior, podremos observar que el principal obstáculo para implementar estas políticas es entender, exactamente, qué es lo que debe mejorarse.

Dejando a un lado este importante aspecto conceptual, sobre el cual luego volveremos, interesa resaltar que tras las políticas de mejora regulatoria hay un paradigma distinto a aquel que inspiró a las políticas de liberalización durante el Consenso de Washington. Estas políticas, repasando lo expuesto en la primera parte, postularon la reducción del Estado a favor del mercado, y por ende, consideraron la primacía del mercado como mecanismo de asignación de bienes y servicios. En América Latina, fue esta visión la que impulsó a postular la transformación del Estado, de gestor a regulador, incluso, en las actividades de servicio público⁵⁹.

La mejora regulatoria considera que la regulación es necesaria para promover el bien común, y que por ende, lo que debe discutirse no es tanto su existencia como su calidad. Así, mientras que las políticas de liberalización consideraron la arista cuantitativa del Estado -su tamaño en la economía, y la necesidad de reducir esa extensión por medio de políticas de desregulación y privatización- las políticas de mejora regulatoria se afincan en la dimensión cualitativa del Estado, o en otros términos, en la calidad regulatoria⁶⁰.

América Latina ha adoptado estas políticas, en diversas Leyes que, incluso, crean organizaciones administrativas especializadas en la

⁵⁸ Pritchett, Lant *et al.*, "Looking like a state: techniques of persistent failure in state capability for implementation", en *49: 1 Journal of Development Studies* N° 49-1, 2013, pp. 1 y ss.

⁵⁹ Para un resumen de la posición en la región, vid.: Hernández G., José Ignacio, "Servicio público y regulación económica: una perspectiva desde la América española", en *Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 877 y ss.

⁶⁰ Véase la primera parte.

promoción de la mejora regulatoria. Con lo cual, y paradójicamente, para mejorar la regulación, la región ha ampliado la regulación. El resultado es un sofisticado ordenamiento jurídico-administrativo profundamente influenciado por principios y estándares internacionales, que incluso, son reconocidos como fuente de Derecho, en lo que es un interesante ejemplo de la importancia creciente del Derecho Administrativo Global⁶¹.

1. *Fundamentos y ámbito de la mejora regulatoria. Su relación con los estándares de la buena administración. La reformulación del principio de menor intervención*

Como veíamos en la primera parte, el concepto de regulación fue introducido hacia fines de la década de los noventa del pasado siglo, principalmente, con un enfoque orientado a la primacía del mercado. Pero a partir del presente siglo, el interés ha pasado a ser la mejora regulatoria, y en especial, la revisión continua de las técnicas de intervención administrativa en la economía para realzar su calidad⁶².

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha venido impulsando el diseño e implementación de políticas públicas orientadas a medir la calidad de la *política regulatoria*, es decir, el conjunto de acciones y estrategias orientadas a determinar la justificación de la regulación y su calidad, tomando en cuenta el propósito perseguido. La política regulatoria presta atención al proceso de toma de decisiones de la regulación, o gobernanza, promoviendo técnicas que mejoren su calidad y efectividad, facilitando la adopción de decisiones racionales sobre qué regular, para qué regular y cómo regular. Esto pasa por implementar técnicas orientadas al control de calidad de la regulación⁶³.

⁶¹ Nos remitimos a la segunda parte.

⁶² Moreno Castillo, Luis Ferney, *Teoría de la regulación. Hacia un Derecho Administrativo de la Regulación*, cit., pp. 95 y ss. Véase también a Carvajal, Bernardo, "¿Cómo asegurar calidad regulatoria?", en *Revista Digital de Derecho Administrativo* n° 9, Bogotá, 2013, pp. 41 y ss.

⁶³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Regulatory Policy and Governance: Supporting Economic Growth and Serving the Public Interest*, 2011, pp. 17 y ss. La OECD comenzó a prestar atención a la política regulatoria hacia 1995, cuando propuso la adopción de lineamientos para mejorar la calidad de la regulación del Gobierno, un proceso que culminó en 2005 con la adopción de los *Principios Guías para la Calidad Regulatoria y su Implementación*. En sus orígenes, el interés por la política regulatoria estuvo centrado en la apertura al libre mercado, pero posteriormente se adoptó una visión más amplia, orientada al servicio al interés general. De esa manera, mientras que en sus orígenes el interés se enfocaba en los costos de la regulación, en su evolución posterior se amplió el estudio para comprender los costos de la ausencia de regulación, y por ello, los beneficios de una regulación de calidad. Esto ha dado lugar a estudiar al Estado regulador, esto es, aquél que interviene en la economía

A estos efectos, la regulación comprende todas las decisiones a través de las cuales el Estado establece requerimientos para empresas y personas a través de normas de diversa naturaleza, desde Leyes hasta normas procedentes de organismos no gubernamentales. A través de la política regulatoria, el Estado fija reglas que inciden en el intercambio de bienes y servicios, y supervisa su cumplimiento. La política regulatoria, junto con la política fiscal y la política monetaria, se consideran como una de las técnicas principales del Estado para intervenir en la economía. La política regulatoria es intercambiable con políticas fiscales y, por ende, puede ser una alternativa a medidas fiscales que impliquen aumentar el gasto público y con ello, la presión tributaria. Con lo cual, dentro de los principios de la gobernanza democrática, la política regulatoria se orienta a reforzar la legitimidad democrática, la eficacia y la eficiencia. Esto es fundamental para reducir los costos de implementación de la regulación, todo lo cual genera condiciones favorables a la confianza ciudadana⁶⁴.

Por su parte, desde el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), y con la perspectiva de América Latina y el Caribe, se ha enfatizado que *“la calidad y el peso de la regulación pueden dañar el crecimiento de una economía en hasta un 3% al año y que la carga regulatoria puede estimular la informalidad”*⁶⁵. La estrategia frente a estos costos no puede ser, solo, la eliminación de la regulación (o sea, la desregulación). Partiendo de la premisa según la cual la política regulatoria es necesaria para promover el desarrollo integral, la estrategia consiste en mejorar la calidad de la regulación, en concreto, reduciendo sus costos y maximizando sus efectos positivos sobre el bienestar económico y social.

Por lo tanto, la mejora regulatoria puede ser definida, en términos sencillos, como las políticas orientadas a elevar la calidad de las políticas económicas expresadas a través de reglas que inciden sobre actividades económicas y sociales, para garantizar la eficiencia de los mercados y los derechos de propiedad (en especial, paliando fallos de mercado), así como

a través de la política regulatoria, pero mediante mecanismos de gobernanza democrática y, por ende, apalancados en la participación ciudadana. De ello resultó un creciente interés por estudiar la gestión regulatoria para asegurar que ésta se adecúe a su propósito (pp. 19-23).

⁶⁴ La gobernanza regulatoria se orienta a maximizar la eficiencia y eficacia de la regulación, a la par de abonar a su legitimidad democrática y con ello, elevar la confianza de los ciudadanos. Esta visión realza la importancia de la coordinación, la cooperación, las consultas públicas y la comunicación (*Regulatory Policy and Governance: Supporting Economic Growth and Serving the Public Interest*, cit., pp. 74 y ss.).

⁶⁵ Cordeiro, Susana, “Prefacio”, en Farías, Pedro et al., *¿Preparados para regular? Lecciones y desafíos de la regulación en América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., 2022, p. 4.

para prevenir daños a la salud, al medio ambiente y a la economía. Considerando que la regulación es necesaria para la promoción del desarrollo, la mejora regulatoria se orienta a mejorar la gobernanza regulatoria, o sea, el proceso de toma de decisiones regulatorias, incluyendo buenas prácticas que se orientan a determinar el impacto de la regulación, reducir sus efectos adversos y maximizar sus beneficios⁶⁶.

La regulación abarca, dentro del Estado, a la actividad del Poder Legislativo y Ejecutivo, pero lo cierto es que el peso principal del Estado regulador recae en las Administraciones Públicas, no solo por cuanto éstas dictan normas, sino además, por cuanto a ellas corresponde supervisar el cumplimiento de las Leyes dictadas por el Poder Legislativo. Con lo cual, aun cuando la política regulatoria abarca a todo el Estado, en la práctica, resalta el rol del Estado administrativo⁶⁷.

Con lo cual, desde el Estado administrativo, la política regulatoria no está enfocada en las Leyes, sino en cómo éstas son interpretadas y aplicadas por la Administración Pública, mediante reglamentos y actos de supervisión e inspección. Desde el Derecho Administrativo, la dimensión cualitativa de la política regulatoria coincide con los estándares de la buena administración. En efecto, partiendo de la influencia del Derecho Europeo, la buena administración constituye un elemento común en el Derecho Administrativo Iberoamericano, y según los casos, puede ser considerada como un principio -o conjunto de principios- o como un derecho de las personas frente a la Administración⁶⁸. Más allá de su naturaleza, la buena administración puede ser entendida de dos maneras, a saber, como la simple recopilación de principios tradicionales, como la eficiencia y eficacia, o como un nuevo paradigma del Derecho Administrativo⁶⁹.

⁶⁶ Farias, Pedro y Olivares, Eliezer, "Prefacio", en Fariás, Pedro et al., *¿Preparados para regular? Lecciones y desafíos de la regulación en América Latina y el Caribe*, cit., pp. 12 y ss.

⁶⁷ El Estado administrativo es la organización del Estado en la cual se asignan funciones propias a la Administración Pública, ubicada dentro del Poder Ejecutivo. Durante el siglo XX surgió el moderno Estado Administrativo, que en la región, fue resultado de la transformación del Estado Liberal al Estado Social. Por ello, en la práctica, el Estado administrativo concentra importantes funciones en torno a la política regulatoria. Los indicadores de la OCDE de política y gobernanza regulatoria capturan, principalmente, la actividad del Estado administrativo. Cfr.: *Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2020*, OECD Publishing, Paris, 2020, pp. 124 y ss.

⁶⁸ Por ejemplo, véase el artículo 31 del Código Orgánico Administrativo de Bolivia, que reconoce el derecho a la buena administración, el cual abarca -entre otros- el derecho a la simplificación de trámites (artículo 35). En sentido similar, véase el artículo 4 de la Ley n° 107-13, de República Dominicana. En otros países -como Venezuela- no existe el reconocimiento expreso del derecho a la buena administración, en tanto ésta deriva de la interpretación de principios generales.

⁶⁹ Brewer-Carías, Allan y Hernández G., José Ignacio, "Introducción general sobre la buena administración en Iberoamérica", en Rodríguez Arana-Muñoz, Jaime y Hernández G., José Ignacio (es),

Ciertamente, el catálogo de principios asociados a la buena administración no es novedoso, lo que genera el riesgo de considerar a ésta, simplemente, como una nueva expresión carente de contenido propio⁷⁰. Por ello, lo importante no son tanto los principios englobados tras este concepto, sino el cambio de paradigma presente en éste. Así, en apretada síntesis, la buena administración recalca que la justificación de la Administración Pública reside en el servicio efectivo a las personas orientado al bien común, lo cual coloca el énfasis en la dimensión cualitativa de la actividad administrativa, o sea, en su calidad⁷¹. En el Derecho Comparado, también se ha postulado la necesidad de estudiar el derecho al buen Gobierno, esto es, las reglas principios y valores constitucionales que derivan en mecanismos de control sobre la calidad del Gobierno⁷².

Con lo cual, desde el Derecho Administrativo, la mejora regulatoria puede definirse como la reforma en la actividad administrativa de ordenación y limitación de los mecanismos de mercado, con el propósito de realzar el cumplimiento de los estándares de la buena administración, elevando la calidad de la política regulatoria e incrementando la efectividad del servicio a los ciudadanos. Retomando lo señalado en la primera parte, desde el Derecho Administrativo Económico, las políticas de mejora regulatoria se orientan a reducir los costos de la actividad administrativa de ordenación y limitación, mejorando sus efectos económicos y sociales. Esto es, que la mejora regulatoria se orienta a elevar la calidad de esa actividad administrativa. Por ello, el estudio jurídico de la mejora regulatoria debe insertarse en los mecanismos de control orientados a elevar la eficiencia y eficacia de la actividad administrativa de acuerdo con los estándares de la buena administración.

Así, la mejora regulatoria no es más que la proyección de la buena administración al ámbito de la Administración Económica, enfocada desde

Estudios sobre la Buena Administración en Iberoamérica, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 25 y ss.

⁷⁰ Dentro de la buena administración se ubican principios tradicionales, como la eficacia. Cfr.: Brewer-Carías, Allan, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020, pp. 93 y ss.

⁷¹ Meilán Gil, José Luis, "El paradigma de la buena administración", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, Número 17, 2013, pp. 239 y ss., y Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, "El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas", en *Revista de Derecho Público* N° 113, Caracas, 2008, pp. 31 y ss.

⁷² Jackson, Vicki y Dawood, Yasmin, "Constitutionalism and Effective Government. Rights, Institutions and Values", en Jackson, Vicki y Dawood, Yasmin (ed), *Constitutionalism and a Right to Effective Government?* Cambridge, Cambridge University Press, 2022, pp. 3 y ss.

el bien común, o sea, desde la centralidad de la persona y sus derechos fundamentales, como ha observado el profesor Felipe Rotondo⁷³. Estos derechos fundamentales abarcan de manera especial a los derechos económicos y sociales, cuya garantía requiere, precisamente, de la actividad de ordenación y limitación. La política de mejora regulatoria se orienta a controlar la eficiencia y eficacia de esa actividad, desde la centralidad de la persona.

Ahora bien, en América Latina, la mejora regulatoria es definida a partir de la combinación de dos conceptos: (i) qué es regulación, y (ii) qué es mejora regulatoria. El ámbito de aplicación de la política de mejora regulatoria, expresada en Leyes e instrumentos administrativos, requiere entonces determinar, en primer lugar, qué se entiende por regulación.

En América Latina, la regulación equivale a las normas jurídicas que inciden en el intercambio de bienes y servicios. En algunos países solo se incluyen las normas dictadas por la Administración, o sea, el reglamento. Por ejemplo, en República Dominicana, el artículo 3.18 de la Ley No. 167-21 de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites, define regulación de la manera siguiente:

“Es el acto administrativo de carácter general expedido por la Administración Pública, materializado en cualquier instrumento jurídico”

Otros países incluyen dentro del concepto a toda norma. En El Salvador, el Decreto n° 202, de Ley de Mejora Regulatoria, de 2019, el literal g del artículo 5 define regulación de la siguiente manera:

“son aquellas normas de carácter general que se emiten, según lo previsto en el ordenamiento jurídico, cualquiera que sea su denominación, tales como Ley, Reglamento, Decreto, Acuerdo, Resolución General, Instructivo, Disposición Administrativa, Circular, Norma Técnica u otras”.

En México, y en sentido similar, la regulación abarca no solo a normas jurídicas de rango sublegal dictadas por la Administración, sino también, a

⁷³ Rotondo Tornar, Felipe, “Derechos fundamentales y Derecho Administrativo”, en *Revista de Derecho Público* N° 47, 2015, pp. 87 y ss.

las normas jurídicas dictadas por el Legislador, o sea, Leyes⁷⁴. Bajo esta visión amplia, como por ejemplo se ha concluido en Colombia, la política regulatoria es la política normativa⁷⁵. En el Perú, el Decreto Legislativo n° 1565, de 2023, contentivo de la *Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria*, alude en términos generales a la función normativa del Estado (artículo 1).

La definición amplia de la regulación desde la función normativa del Estado genera confusión en torno al alcance la política de mejora regulatoria, pues ésta podría incluir aspectos de técnica legislativa en el proceso de elaboración de Leyes dentro del Poder Legislativo. Sin embargo, la política normativa no es abordada desde la perspectiva del proceso de formación de Leyes en el Derecho Constitucional, sino desde la visión -más concreta- de la incidencia de esas normas de acuerdo con su aplicación por la Administración Pública, en un ámbito propio del Derecho Administrativo Económico. De allí que la política de mejora regulatoria aplica también a los trámites, esto es, las solicitudes -y sus subsecuentes procedimientos- presentados por las personas a la Administración, aportando la información necesaria para cumplir con determinada obligación, u obtener un bien, servicio o, en suma, decisión favorable, de conformidad con la regulación aplicable. También se abarcan los trámites iniciados por la Administración para inspeccionar y supervisar el cumplimiento de la regulación⁷⁶. En Ecuador, por ejemplo, la política de mejora regulatoria se ha formulado a través de la mejora y simplificación de los trámites administrativos⁷⁷.

Incluso, esta definición amplia abarca a las normas técnicas, o sea, las directrices que, de acuerdo con estándares internacionales, determinan condiciones mínimas de calidad de bienes y servicios. Por ejemplo, en Ecuador, el Servicio de Normalización mantiene una política de mejora regulatoria cuyo propósito es reducir los efectos adversos de las normas

⁷⁴ La *Ley General de Mejora Regulatoria*, originalmente dictada en 2018, dispone en su artículo 3, numeral XI, que el concepto de regulación o regulaciones, alude a “Cualquier normativa de carácter general cuya denominación puede ser Acuerdo, Circular, Código, Criterio, Decreto, Directiva, Disposición de carácter general, Disposición Técnica, Estatuto, Formato, Instructivo, Ley, Lineamiento, Manual, Metodología, Norma Oficial Mexicana, Regla, Reglamento, o cualquier otra denominación de naturaleza análoga que expida cualquier Sujeto Obligado”.

⁷⁵ En Colombia, se ha señalado que “la regulación es el conjunto de instrumentos normativos por medio de los cuales los gobiernos establecen requisitos a los ciudadanos y las empresas, y sobre los cuales se espera un cumplimiento por parte de los actores regulados”. Vid.: Comité de Mejora Normativa del Consejo para la Gestión y Desempeño Institucional, Presidencia de la República, *Política de Mejora Regulatoria*, 2019, p. 4.

⁷⁶ Literal h, artículo 5 de la *Ley de Mejora Regulatoria* de El Salvador.

⁷⁷ Decreto Ejecutivo n° 372, de 4 de mayo de 2018, que declara política de Estado, la mejora y simplificación de trámites.

técnicas sobre la competitividad⁷⁸. Asimismo, en Guatemala, la Comisión Nacional de Reglamentación Técnica ha asumido, como misión, “*promover las Buenas Prácticas Reglamentarias que permitan el cumplimiento del Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio y del Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, de la Organización Mundial del Comercio*”⁷⁹.

Asimismo, la mejora regulatoria ha sido implementada en sectores especiales. Siguiendo el *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* de la Organización Mundial de Comercio (OMC), la Dirección Nacional de Vigilancia Sanitaria de Paraguay, mediante Resolución DINA VISA n° 320/2023, aprobó la política de mejora regulatoria aplicable a la actividad administrativa de ordenación y limitación sanitaria. A tales efectos, el concepto de regulación equivale al de normas que limitan la actividad económica dentro del ámbito sanitario. El propósito final de la política es implementar buenas prácticas, o sea, principios y herramientas que optimizan el desempeño, costo-efectividad y calidad de la regulación y los trámites. Igualmente, en Argentina, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica aprobó en 2022 el *Manual de Buenas Prácticas Regulatorias*, considerando que ellas “*garantizan una regulación justa, coherente y eficaz de los productos y establecimientos como una parte importante del desempeño y la sostenibilidad del sistema de salud*”⁸⁰. En Uruguay, dentro del sector de energía, se ha afirmado que la “*una buena regulación debe cumplir con las cualidades de transparencia procedimental, participación vía consulta a los interesados, cognoscibilidad, generalidad, abstracción, claridad, coherencia, previsibilidad y estabilidad sin perjuicio de su permanente adecuación a las circunstancias en función de pertinentes análisis de impacto regulatorio*”⁸¹.

Con lo cual, en realidad, la regulación no equivale a cualquier norma jurídica. Así, el Código Penal es una regulación, en tanto es un compendio de normas jurídicas. Pero a los efectos de la política de mejora, no es una regulación, en tanto su aplicación no corresponde a la Administración Pública, ni tampoco tiene incidencia en los mecanismos de mercado. Con lo

⁷⁸ Véase: <https://www.normalizacion.gob.ec/mejora-regulatoria/> (consulta 12.20.23).

⁷⁹ Véase: <https://cretec.org.gt/> (consulta 12.20.23).

⁸⁰ Véase: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/1000-man06_manual_de_buenas_practicas_regulatorias.pdf (consulta 12.21.23).

⁸¹ Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua, *Manual Metodológico para una mejor regulación en el sector energía y agua*, Montevideo, 2008, tomado de: https://www.gub.uy/unidad-reguladora-servicios-energia-agua/sites/unidad-reguladora-servicios-energia-agua/files/documentos/publicaciones/Manual_metodologico.pdf (consulta 12.20.23).

cual, y en resumen, la regulación es la actividad administrativa de ordenación y limitación sobre los mecanismos de mercado, lo que abarca la ordenación por medio de normas jurídicas que limitan el ejercicio de derechos económicos, como la limitación de esos derechos por medio de trámites que aplican la regulación⁸².

En especial, como queda en evidencia en Brasil, con la Ley N° 13.874 de 29 de septiembre de 2019 sobre los derechos de libertad económica, la mejora regulatoria se orienta a reducir los costos adversos de la actividad de ordenación y limitación sobre la libertad económica, lo que es una variante de las garantías jurídicas materiales que protegen a ese derecho, y en especial, la garantía de menor intervención⁸³. Sin embargo, y a diferencia del enfoque basado en las políticas de liberalización, la calidad de la regulación no solo tiende a prevenir la actividad administrativa excesiva o innecesaria, sino también controla la ausencia de actividad, o sea, la inactividad administrativa. Por ejemplo, el artículo 16 de la *Ley de Mejora Regulatoria* de El Salvador, contempla mecanismos de control posterior que aplican en casos de omisiones regulatorias.

Como demuestra la evolución del Derecho Administrativo de México, la regulación pasa a formar parte de la teoría del procedimiento administrativo, pero en el específico ámbito del Derecho Administrativo Económico. Así, en 2000 se modificó la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, para incluir disposiciones en materia de mejora regulatoria, orientadas a incrementar la eficiencia, eficacia y simplificación de las regulaciones y trámites, a cuyo efecto se creó una instancia consultiva y de coordinación, la Comisión Federal de Mejora Regulatoria. Posteriormente, y luego de la reforma constitucional de 2017 que incorporó las bases de la mejora regulatoria, en 2018 se dictó la *Ley General de Mejora Regulatoria*, orientada a establecer el marco jurídico de las políticas orientadas a incrementar la efectividad de la regulación, o como le denomina la Ley, a su “perfeccionamiento”⁸⁴. El fundamento último de estas reformas fue

⁸² El artículo 2 de la *Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria*, en el Perú, acota que su finalidad es promover la eficacia, eficiencia, transparencia, coherencia, neutralidad y participación ciudadana en el ejercicio de la función normativa del Estado, pero -y esto es importante- “*propiciando la competitividad y el crecimiento económico y social sostenible e inclusivo*”.

⁸³ De acuerdo con la garantía de la menor intervención, la Administración económica debe adoptar la técnica menos restrictiva el ejercicio de la libertad de empresa. Cfr.: Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, IESA-FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 123 y ss.

⁸⁴ Márquez, Daniel, “Comentario a la nueva Ley General de Mejora Regulatoria”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México* N° 272, Madrid, 2018, pp. 1.035 y ss.

promover que la intervención administrativa sobre el sector privado se base en “una cultura que ponga a las personas como centro de la gestión gubernamental”. La redimensión del procedimiento administrativo hacia la calidad regulatoria ha fortalecido el rol del procedimiento administrativo como cauce para promover la participación ciudadana, para así apalancar la transparencia, abonar por la eficiencia y eficacia de la regulación y, finalmente, fortalecer la confianza ciudadana para -entre otros objetivos- reducir los costos de supervisión. El Derecho Administrativo de México ha implementado novedosos mecanismos de participación ciudadana para el cumplimiento voluntario de la regulación, todo lo cual cambia el matiz de la potestad de inspección⁸⁵.

Ahora bien, el objeto de la política cuyo estudio nos interesa, es mejorar la regulación, de acuerdo con el sentido que esta expresión tiene. La mejora alude a la reforma de la regulación con el objeto de reducir sus efectos adversos y maximizar sus beneficios. Por ejemplo, la *Ley para Optimizar la Administración Pública, mejorar los servicios a la ciudadanía y Fortalecimiento de la Transparencia en el Gobierno*, dictada en Honduras en 2014, para reformar diversas Leyes administrativas, incluyendo la Ley de Procedimiento Administrativo, fortalece los principios de eficiencia y eficacia y, con ello, eleva la capacidad de la Administración Pública para servir a los ciudadanos. Así, según el numeral 14 del artículo 3 de la *Ley de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites* de República Dominicana, la mejora regulatoria:

“Es la política pública que contribuye al proceso de toma de decisiones del Estado permitiendo la generación de normas claras, de trámites y servicios simplificados, así como de instituciones eficaces para su creación y aplicación, que se orienten a obtener el mayor valor posible de los recursos disponibles y del óptimo funcionamiento de las actividades productivas, de servicios y de desarrollo humano de la sociedad en su conjunto”.

⁸⁵ Un ejemplo interesante es la Ley de Fomento a la Confianza Ciudadana de México, la cual crea mecanismos voluntarios para que operadores económicos declaren y certifiquen el cumplimiento de las cargas regulatorias, para lo cual se establecen técnicas de fomento. El propósito último es generar confianza entre los operadores económicos y la Administración, reduciendo los costos de inspección y abonando por la transparencia.

La calidad de la política regulatoria se mide en función al valor que ésta crea, desde la perspectiva del desarrollo humano. Esta calidad depende del *ciclo regulatorio*, que abarca la planeación de la regulación, su implementación y el control posterior de sus efectos⁸⁶. Estos efectos dependen, por un lado, de los costos de la regulación, los cuales abarcan no solo los costos del ciclo regulatorio, sino también las consecuencias adversas esperadas sobre el intercambio de bienes y servicios y los intereses protegidos, por ejemplo, la protección del medio ambiente. Por el otro lado, los efectos dependen de los beneficios, medidos no solo desde la eficiencia económica en el intercambio sino en general, en el cumplimiento de los objetivos de desarrollo humano, centrado en la dignidad⁸⁷.

La calidad regulatoria es, así, calidad de la actividad administrativa de acuerdo con su impacto en la economía. Esta visión está muy marcada en el Derecho Administrativo de Brasil, con la Ley N° 13.848 de 25 de junio de 2019, sobre las agencias reguladoras, eso es, las organizaciones administrativas a cargo de la ordenación y limitación de sectores específicos, como las telecomunicaciones, y que se caracterizan por la ausencia de tutela o subordinación jerárquica⁸⁸. Uno de los objetivos es reducir el impacto adverso que la actividad administrativa de esas agencias produce sobre la libertad de empresa, materia regulada en el Decreto n° 10.411 de 30 de junio de 2020⁸⁹. Estas normas complementan la legislación de procedimiento administrativo, que incluye dentro de sus objetivos a la simplificación⁹⁰.

La calidad regulatoria, desde la perspectiva del Derecho Administrativo Económico, es una exteriorización específica de la buena administración. Así lo entendió el Decreto n° 486-22, que reglamentó en

⁸⁶ El numeral 7 del artículo de la *Ley de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites* de República Dominicana, define al ciclo regulatorio como el proceso para elaborar y revisar la regulación, el cual abarca la planificación, la etapa de consulta pública, la elaboración del análisis de impacto regulatorio, la publicación, la implementación y el monitoreo.

⁸⁷ Por ejemplo, en México, el artículo 7, Sección I de la *Ley General de Mejora Regulatoria*, señala como uno de sus objetivos la obtención de “*mayores beneficios que costos y el máximo beneficio social*”.

⁸⁸ Artículo 2 y 3.

⁸⁹ De acuerdo con la Ley N° 13.874 de 29 de septiembre de 2019, sobre los derechos de libertad económica. Una de las medidas que se incluye es el análisis de impacto regulatorio, en el cual la regulación es definida como actos normativos de interés general (artículo 5). De acuerdo con el Decreto N° 10.411 de 30 de junio de 2020, este análisis aplica a los actos normativos dictados por la Administración Pública. Este es el mismo de aplicación del Decreto N° 10.139, de 28 de noviembre de 2019, que promueve la racionalidad de los actos administrativos normativos.

⁹⁰ Ley N° 9.784 de 29 de enero de 1999, sobre el proceso administrativo en el ámbito de la Administración Pública Federal, artículo 49-A. El Decreto N° 10.178 de 18 de diciembre de 2019 aplica al procedimiento administrativo autorizador, o como se le denomina en Brasil, el procedimiento para dictar actos públicos de liberación que permiten el acceso al mercado.

República Dominicana la *Ley de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites*, al enmarcar la política regulatoria en el artículo 138 de la Constitución de República Dominicana, que promueve el carácter fiduciario de la Administración Pública orientada al servicio de los ciudadanos. De allí que la política de mejora regulatoria, como se destaca en Ecuador, se orienta a la promoción del bien común⁹¹, que es la justificación básica de la buena administración⁹².

La reforma de la actividad administrativa de ordenación y limitación en la economía, no se basa solo en la dimensión cuantitativa -desregulación- sino principalmente, en la visión cualitativa. Por ello, y a diferencia de las políticas de liberalización de fines del siglo pasado, la desregulación, entendida como la simplificación de trámites administrativos, debe ser parte de las políticas para elevar la calidad de la actividad administrativa. Así, el objetivo último no es reducir la Administración Económica bajo el paradigma de la primacía del mercado, sino reformar el diseño de los trámites administrativos para elevar la calidad administrativa. Así, en Costa Rica, el trámite administrativo es abordado con el objetivo final de reducir sus costos y aumentar sus beneficios sociales, en especial, fortaleciendo la transparencia, publicidad y certidumbre, todo lo cual va más allá de la simple desregulación⁹³.

La mejora regulatoria, por ello, no parte de la primacía del mercado, sino de la primacía de las personas⁹⁴. Así, la política de liberalización consideró que el mecanismo más eficiente para adjudicar bienes y servicios es el mercado, con lo cual, el rol de la Administración Económica es paliar sus fallos, de lo cual se deduce que, en ausencia de fallos, la intervención administrativa no se justifica e incluso, debe suprimirse. Pero la política de mejora regulatoria en el siglo XXI considera que el mercado y el Estado no están en situación de rivalidad, sino de complementariedad. Con lo cual, la Administración Económica no solo atiende fallos de mercado, pues también

⁹¹ Artículo 2, literal a, Decreto Ejecutivo n° 372.

⁹² Delpiazzo, Carlos, "Bien común, sociedad y Estado", en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* N° 11, Uruguay, 2012, pp. 83 y ss.

⁹³ La Ley n° 8.220 de *Protección al ciudadano del acceso de requisitos y trámites administrativos*, es antes que nada una Ley que eleva la calidad del trámite, y no solo una Ley que elimina trámites. De allí, por ejemplo, que la Ley contemple instrumentos de evaluación costo-beneficio.

⁹⁴ La *Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria* del Perú, define como el primer principio de la mejora de la calidad regulatoria, la orientación a las personas, pues "las regulaciones se diseñan e implementan a partir de la identificación de las necesidades y expectativas de las personas procurando su satisfacción y garantizando sus derechos fundamentales".

participa en el proceso de crear mercados, especialmente, fomentando la innovación y la experimentación⁹⁵.

La regulación económica, bajo esta perspectiva, no es concebida como un mal menor que hay que eliminar. En realidad, la regulación -o más correctamente, la actividad administrativa de ordenación y limitación- es necesaria para el correcto funcionamiento de los mercados, pues el desarrollo productivo requiere de insumos que solo la Administración Económica puede proveer. El sector privado -por medio de los mecanismos de mercado- y la Administración Económica, deben colaborar para la promoción del bien común, a través del desarrollo centrado en la dignidad humana, o sea, el desarrollo humano⁹⁶.

La mejora regulatoria se inscribe, entonces, en la teoría de la capacidad institucional, o sea, la aptitud del Estado administrativo de cumplir con los cometidos que le asigna el Derecho Constitucional e Internacional, especialmente, en cuanto a la promoción del desarrollo⁹⁷. La limitada capacidad, o fragilidad estatal, es una condición adversa al desarrollo. Frente a esta limitación, reducir el Estado no soluciona el problema de fondo: el Estado no deja ser frágil solo con base en políticas de privatización y desregulación. Tal fue, sin duda, uno de los aspectos más criticables del abordaje que, desde el Derecho Administrativo Económico en América Latina, se dio a la política de liberalización del Consenso de Washington⁹⁸: frente a la arraigada fragilidad estatal en la región, se optó por reducir el ámbito de la Administración Económica, sin prestar debida atención a la necesidad de construir capacidades institucionales.

La solución a la fragilidad estatal es la construcción de capacidades estatales o, en otros términos, la mejora de la calidad del Estado, en especial, del Estado Administrativo. Precisamente, la política de mejora regulatoria se orienta a fortalecer esa calidad, reconociendo que el desarrollo humano requiere de la actividad administrativa de ordenación y limitación conducida bajo los estándares de la buena administración, que como explicamos, deben responder a un cambio de paradigma del Derecho Administrativo.

⁹⁵ Mazzucato, Mariana, *Transformational change in Latin America and the Caribbean. A mission-oriented Approach*, Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), Santiago, 2022, pp. 49 y ss.

⁹⁶ Sen, Amartya, *Development and freedom*, Anchor Books, Nueva York, 1999, pp. 13 y ss.

⁹⁷ Dincecco, Mark, *State Capacity and Economic Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 3

⁹⁸ Hausmann, Ricardo, "Structural Transformation and Economic Growth in Latin America", cit.

De esa manera, y en resumen, la política de mejora regulatoria es aquella orientada a elevar la calidad de la actividad de ordenación y limitación de la Administración Económica, desde una visión integral que abarca la planeación de esa actividad, su implementación y el control posterior para medir sus costos y beneficios. Desde el Derecho Administrativo, esta política es la exteriorización de los estándares de la buena administración, que realzan la centralidad de las personas y por ende, la calidad de la actividad administrativa. De allí que la política de mejora no solo previene excesos, sino también omisiones.

2. *La mejora regulatoria desde el Derecho Administrativo Global. El Derecho Administrativo Interamericano. Las buenas prácticas internacionales*

Una de las consecuencias de la globalización económica y del surgimiento del Derecho Internacional para el libre comercio, es que la actividad administrativa pasó a estar regulada por tratados de libre comercio, en especial, en lo que respecta a la política regulatoria, con el propósito final de reducir la trabas al comercio internacional derivadas de la Administración Económica⁹⁹. Así, la promoción de buenas prácticas regulatorias (BPR) ha estado especialmente influenciada por tratados internacionales suscritos para la promoción del libre comercio, y que incluyen cláusulas orientadas a la promoción de convergencia y calidad regulatoria¹⁰⁰. De esa manera, en 2011 Chile, Colombia, México y Perú suscribieron la Alianza del Pacífico. En 2015, por medio de la Declaración de Paracas, se aprobó el primer protocolo modificatorio, para incorporar -entre otras reformas- el capítulo 15bis, sobre mejora regulatoria. Además, en 2016 diversos países -incluyendo a Chile, México y Perú- suscribieron el Acuerdo de Asociación Transpacífico, o TPP, cuyo capítulo 25 reguló la coherencia regulatoria. El TPP, que nunca entró en vigor, dio lugar a un tratado ampliado suscrito en 2018, el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (o CPTPP), el cual incluye a Chile, México y Perú, en el cual se adoptaron -entre otras- las previsiones sobre coherencia regulatoria.

⁹⁹ En el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), resaltamos el *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio*, que aplica a las normas técnicas que evalúan la conformidad de bienes y servicios.

¹⁰⁰ En un ámbito mucho más reducido, hay tratados que han fortalecido el principio de transparencia de la regulación, como sucede con el artículo 18 tratado de libre comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana.

Guardando las diferencias, estos capítulos parten del concepto de mejora regulatoria como la utilización de las buenas prácticas regulatorias (incluyendo las buenas prácticas internacionales), en el proceso de planificación, elaboración, promulgación, implementación y revisión de las medidas regulatorias, con el propósito de alcanzar los *objetivos de política pública nacional*¹⁰¹. La mejora regulatoria se orienta a promover la calidad de la regulación medida en función a su impacto económico, para lo cual -y entre otras medidas- se realza la importancia de la cooperación regulatoria internacional¹⁰².

Más recientemente, el tratado de libre comercio entre México, Canadá y Estados Unidos (T-MEC) incluyó en su capítulo 28 las buenas prácticas regulatorias, definidas como los estándares orientados a reforzar la calidad de la regulación, por medio de los principios de transparencia, objetividad, rendición de cuentas y predictibilidad¹⁰³. Lo interesante de este capítulo es que promueve cierta convergencia del Derecho Administrativo en modelos del *civil law* y del *common law*.

La mejora regulatoria es un ejemplo de la evolución reciente del Derecho Administrativo Comparado, en el cual las diferencias rígidas entre los modelos del *civil law* y del *common law* tienden a atemperarse, ante la convergencia en torno a principios que promueven la calidad de la actividad administrativa desde la centralidad de la persona¹⁰⁴. De allí la tendencia hacia el Derecho Administrativo Global, en especial, a partir de principios generales que, desde el espacio global, inciden en la actividad administrativa doméstica, aun cuando no se trate siempre de principios jurídicamente vinculantes¹⁰⁵.

Una de las fuentes de estos principios globales son las redes internacionales que reúnen a Administraciones Públicas, y que por medio de la coordinación y el diálogo horizontal, facilitan procesos de recopilación

¹⁰¹ Artículo 15 bis 2. El artículo 25.2 no alude a las buenas prácticas internacionales.

¹⁰² Artículo 15 bis 2, literal f. El artículo 25 está más enfocado a la coherencia regulatoria, como medio para fortalecer su calidad. Para estos fines, se realza la coordinación regulatoria internacional (artículo 25.4).

¹⁰³ Artículo 28.2.

¹⁰⁴ D'Alberti, Marco, *Diritto amministrativo comparato*, il Mulino, Bologna, 2019, pp. 22 y ss., y Napolitano, Giulio, *Introduzione al diritto Amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 17 y ss.

¹⁰⁵ El Derecho Administrativo Global puede ser definido desde dos dimensiones: como el conjunto de principios generales que rigen a organismos internacionales que cumplen funciones similares a la actividad administrativa, o como las reglas, principios y valores que desde el Derecho Internacional, y por medio de heterogéneas fuentes, inciden en la actividad doméstica. Para una introducción, vid. Cassese, Sabino, *Advanced Introduction to Global Administrative Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2021. En cuanto a la importancia de las fuentes, y en especial, los principios generales, vid.: Maurel, Raphaël, *Les sources du droit administratif global*, LexisNexis, París, 2021, pp. 326 y ss.

de prácticas comunes¹⁰⁶. Tal es el caso de Red Iberoamericana y del Caribe de Mejora Regulatoria, una iniciativa de la OCED y el BID para promover la mejora regulatoria en la región, a través de encuentros horizontales¹⁰⁷.

Precisamente, la mejora regulatoria encuadra con uno de los objetivos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta de la OEA), cual es la promoción del desarrollo integral (artículo 30), todo lo cual requiere, entre otras condiciones, de instituciones democráticas de calidad, tal y como se desprende de la Carta Democrática Interamericana (CDI)¹⁰⁸. La buena gestión pública no solo es garantía de la democracia constitucional, sino además, ella facilita el cumplimiento de los ambiciosos mandatos de transformación presentes en la Carta de la OEA, y ampliados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), o Protocolo de San Salvador¹⁰⁹. En este ordenamiento jurídico interamericano, es posible apreciar principios que inciden en la actividad administrativa doméstica, y que aplicando la metodología del Derecho Administrativo Global, conforman el Derecho Administrativo Interamericano, el cual pivota en torno a la dignidad humana y la promoción del bien común¹¹⁰.

La mejora regulatoria es, en el Derecho Administrativo Interamericano, una herramienta que fortalece la capacidad del Estado para cumplir con los ambiciosos mandatos de transformación. Estos mandatos no pueden atenderse desde la visión estatista que inspiró la política de sustitución de importaciones, hacia la década de los setenta, pero tampoco desde la política minimalista de liberalización de fines del siglo pasado. Los

¹⁰⁶ Slaughter, Anne-Marie, "Governing the Global Economy through Government Networks", en Slaughter, Anne-Marie (ed), *The Role of Law in International Politics*, Oxford University Press, 2001, pp, 177 y ss.

¹⁰⁷ La Red está integrada por funcionarios de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, que participan en las políticas regulatorias, mediante la coordinación del BID y la OCDE. Vid.: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/regulatory-policy-in-latin-america-and-the-caribbean.htm> (consulta 26.12.23).

¹⁰⁸ Nikken, Pedro, "Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* N° 43, San José, 2006, pp. 13 y ss.

¹⁰⁹ Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM, Ciudad de México, 2014, pp. 55 y ss.

¹¹⁰ El Derecho Administrativo Interamericano es el conjunto de reglas, valores y principios del *corpus iuris interamericano*, que inciden -de manera variada- en la actividad administrativa del Estado. Cfr.: Hernández G., José Ignacio, "El Derecho Administrativo Interamericano, la dignidad humana y el bien común", en Ruocco, Gabriela y Vásquez, Cristina (ed)., *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Dr. Augusto Durán Martínez*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2023, pp. 165 y ss.

mandatos de transformación requieren reforzar la calidad de la Administración Pública, como la organización fiduciaria al servicio de las personas, que debe interactuar con el sector privado para complementar sus capacidades¹¹¹.

Esto es, que en el Derecho Interamericano, la Administración Pública no es un mal necesario, sino una organización indispensable para promover el desarrollo integral desde la centralidad de la dignidad humana. Con lo cual, el Derecho Administrativo Interamericano no solo restringe el ejercicio de la actividad administrativa de ordenación y limitación, sino que además, emplaza a la Administración a desplegar esa actividad, para garantizar el cumplimiento de los estándares interamericanos anejos a los DESCAs. Con lo cual, la calidad de la actividad administrativa de ordenación y limitación -o regulación- es una condición necesaria para la protección de la dignidad humana¹¹².

Así quedó confirmado en la IX Cumbre de las Américas, celebrada en 2022, en la cual se aprobó la *Declaración sobre Buenas Prácticas Regulatorias*. Este documento reitera que la transparencia y otras buenas prácticas regulatorias redundan en beneficio a los ciudadanos. Entre otras buenas prácticas, se incluyó el procedimiento regulatorio transparente, abierto y participativo, con mecanismos de consulta pública; la planeación regulatoria; adoptar un proceso de toma de decisiones basados en evidencia, con base en información de acceso público; implementar exámenes de impacto regulatorio, y adoptar recomendaciones internacionales¹¹³.

Las exigencias comunes en América Latina en términos de la fragilidad estatal y los retos para la promoción del desarrollo integral y el acceso equitativo a los DESCAs, ha llevado a la paulina sistematización de buenas prácticas regulatorias, esto es, recomendaciones o estándares que derivan del intercambio alcanzado a través de redes en el espacio global, y que

¹¹¹ El Derecho Administrativo Interamericano parte de la centralidad de la dignidad humana. Vid.: Gros Espiell, Héctor, "La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos. Volumen 4*, 2003, pp. 193 y ss.

¹¹² Así lo ha interpretado la Corte IDH, al concluir que los bienes y servicios anejos a los DESCAs pueden ser ofertados por la libre iniciativa privada bajo el control de la Administración, o pueden responder a un sistema prestacional a cargo de ésta. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, párrafo 92. Véase a Durán Martínez, Augusto, "Derechos sociales fundamentales", en *Cuadernos del CLAH N° 108, Año N° 37*, 2018, pp. 220 y ss.

¹¹³ Véase el texto en: <https://ustr.gov/sites/default/files/countries/americas/SOAGRPDeclarationES.pdf> (consulta: 26.12.23).

promueven la calidad de la regulación, o sea, de la actividad administrativa de ordenación y limitación en la economía. Así, en República Dominicana, las buenas prácticas internacionales son una de las fuentes de Derecho que rigen a la medición de la calidad regulatoria¹¹⁴. De similar manera, en México, estas buenas prácticas deben ser tomadas en cuenta para la elaboración de la Estrategia sobre mejora regulatoria¹¹⁵. En el Perú, la participación ciudadana se orienta a promover el intercambio de buenas prácticas nacionales e internacionales¹¹⁶.

Las buenas prácticas regulatorias internacionales son las recomendaciones, guías o lineamientos técnicos generados por diversos organismos internacionales, y que resultan del intercambio de experiencias y conocimientos entre Administraciones Públicas, con el propósito de mejorar la calidad de las técnicas de la actividad de ordenación y limitación y su convergencia, esto es, la uniformidad entre esas técnicas, para facilitar la libre movilidad. Esta perspectiva, como antes vimos, es común en tratados de libre comercio, como sucede con el capítulo 28 del T-MEC. Así, de acuerdo con el capítulo 28.2, estas buenas prácticas son consecuencia de los precedentes orientados a “*promover la calidad regulatoria a través de una mayor transparencia, análisis objetivo, rendición de cuentas y predictibilidad*”. El calificativo de “buenas” realza que, en realidad, el intercambio se orienta a fortalecer la capacidad institucional de la Administración Económica, tal y como se ha reconocido en el ámbito del Mercado Común del Sur (MERCOSUR)¹¹⁷.

Que las buenas prácticas regulatorias internacionales sean fuente de Derecho Administrativo, es uno de los ejemplos más emblemáticos del impacto del Derecho Administrativo Global en el ámbito doméstico. En realidad, la Administración Pública, en el servicio a los ciudadanos, no se somete solo al ordenamiento jurídico estatal, sino que también se somete al ordenamiento jurídico global, no por cuanto éste sea vinculante -en el sentido de coactivo- sino por cuanto el intercambio entre Administraciones

¹¹⁴ Artículo 14, *Ley de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites*.

¹¹⁵ Artículo 22, Sección II, *Ley General de Mejora Regulatoria*. El Consejo Nacional de Mejora Regulatoria, dentro de sus objetivos, asume la promoción de herramientas acordes con las buenas prácticas nacionales e internacionales (artículo 7, Sección VIII).

¹¹⁶ Artículo 15, *Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria*.

¹¹⁷ Las buenas prácticas se definen como las directrices y recomendaciones internacionalmente reconocidas, o basadas en la elaboración de organismos de normalización internacionales, que rigen a todo el ciclo, con el fin de mejorar la calidad de las políticas regulatorias. Véase el artículo 2 del Acuerdo de *Buenas Prácticas Regulatorias y Coherencia Regulatoria del Mercosur* (MERCOSUR/CMC/DEC. N° 20/18).

a través de redes, promueve no solo la compilación de prácticas de mejora regulatoria, sino su difusión en el ámbito doméstico, todo lo cual es fundamental, además, para avanzar en la convergencia o coherencia de la regulación, esto es, la compatibilidad de la regulación entre Estados como condición favorable a la promoción de la libre movilidad de bienes, servicios y e inversiones¹¹⁸.

La mundialización de los derechos económicos y sociales también contribuye a esa convergencia regulatoria. Así, la aplicación del Derecho Administrativo Interamericano a los Estados miembros promueve la convergencia de las técnicas administrativas orientadas a cumplir con el acceso equitativo a los DESCA, especialmente, desde los estándares democráticos interamericanos¹¹⁹. Precisamente, las buenas prácticas regulatorias forman parte de esos estándares, en tanto ellas se orientan a mejorar la calidad de la Administración Económica en su rol de promotor del desarrollo integral. Desde el punto de vista jurídico, la mejora regulatoria y las buenas prácticas regulatorias entroncan con los estándares de la buena administración, en tanto éstos se orientan a realzar la calidad de la actividad administrativa, de acuerdo con las exigencias de la sociedad democrática, que es el parámetro dentro del cual el artículo 32 de la Convención Americana sitúa al bien común¹²⁰.

¹¹⁸ Farias, Pedro y Olivares, Eliezer, "Prefacio", en Fariás, Pedro et al., *¿Preparados para regular? Lecciones y desafíos de la regulación en América Latina y el Caribe*, cit. Las buenas prácticas regulatorias (BPR) derivan de la experiencia práctica de los Estados orientados a mejorar la calidad de la regulación, experiencia que es compartida por medio de redes y otras formas de intercambio. Entre otras, estas experiencias incluyen el análisis de impacto regulatorio (AIR), las consultas públicas, la organización administrativa para la coordinación y supervisión regulatoria, la simplificación de trámites, y los registros de trámites. Usualmente, estas buenas prácticas son parte del llamado *soft law*, es decir, las fuentes no coactivas, traducidas en recomendaciones, guías o lineamientos. Cfr.: Sarmiento, Daniel, *El Soft Law administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 151 y ss. En el Derecho Administrativo Global, el *soft law* es una técnica de gran importancia, en tanto una de las fuentes del Derecho Global son recomendaciones derivadas del intercambio entre redes de Administraciones. La calificación de estas fuentes como no vinculantes es confusa, pues en la práctica, esas recomendaciones suelen incidir con igual o mayor fuerza que las fuentes coactivas, visto su origen esencialmente práctico. Vid.: Posner, Eric y Gersen, Jacob, *Soft Law*, University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 213, 2008.

¹¹⁹ Morales, Mariela, "El test democrático interamericano como instrumento de interamericanización", en Morales, Mariela (coordinadora), *Test democrático interamericano frente al COVID-19*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público-Fundación Alemana para la Investigación Científica, Querétaro, 2021, pp. 15 y ss.

¹²⁰ Hernández G., José Ignacio, "El Derecho Administrativo Interamericano, la dignidad humana y el bien común", cit.

3. Las técnicas de la mejora regulatoria y la cuarta revolución industrial

Las técnicas de mejora regulatoria son el conjunto de controles administrativos orientados a mejorar la calidad de la actividad administrativa de ordenación y limitación. Estos controles demuestran que, desde el bien común, el control de legalidad, y en especial, el control de la jurisdicción contencioso-administrativo, es insuficiente. Así, el principio de legalidad se basa en la interpretación positivista del ordenamiento jurídico, a los fines de determinar la adecuación o inadecuación de la actividad administrativa al ordenamiento jurídico. Pero además de ello, esa actividad debe cumplir con estándares de calidad, para maximizar el beneficio al bien común, especialmente, en términos del acceso equitativo a los DESCAs, desde la centralidad de la dignidad humana. Para cumplir con este objetivo, y además de los controles de legalidad, se implementan controles internos que miden la calidad de la actividad administrativa de ordenación y limitación, en todo el ciclo, o sean, en las fases previas, concomitantes y posteriores¹²¹.

Un concepto clave en este sentido es el análisis de impacto regulatorio (AIR) esto es, el control administrativo que mediante métodos cuantitativos, determina los costos y beneficios de la regulación. Este análisis se implementa en primer lugar, de manera previa o sea, el análisis *ex ante*, durante la fase de planeación en la cual la Administración coordina las regulaciones que deberá dictar en el correspondiente ejercicio fiscal. A estos fines, la Administración Pública debe identificar la necesidad que justifica desplegar técnicas de ordenación y limitación, y debe estimar anticipadamente sus costos y beneficios¹²². Este control *ex ante*, dentro de la

¹²¹ Farías, Pedro, *et al.*, "El nuevo papel de las reformas regulatorias. ¿Hacia dónde caminamos?", en Farías, Pedro *et al.*, *¿Preparados para regular? Lecciones y desafíos de la regulación en América Latina y el Caribe*, cit., pp. 74 y ss.

¹²² En República Dominicana, el AIR es definido como el control que aplica a las "iniciativas regulatorias o regulaciones que tienen un impacto social y económico significativo, y que, además, impactan significativamente a uno o más grupos de la población o sectores considerados como relevantes" (numeral 1, artículo 3, Decreto N° 486-22, que reglamenta la *Ley de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites*). Este impacto se extiende a elementos tales y como el costo de supervisión, y su propósito último es abonar por la calidad regulatoria, con base en principios que siguen a los estándares de la buena administración, como proporcionalidad, rendición de cuentas y transparencia (artículo 4). En Colombia, el Consejo Nacional de Política Económica y Social aprobó en 2014 el documento CONPES 3816, el cual traza los lineamientos del análisis de impacto normativo como el instrumento que "aplica la Administración Pública luego de la intención de intervenir mediante una norma. Esta herramienta examina y cuantifica los beneficios, costos y efectos que probablemente una nueva norma o cambio den ésta pueda genera", siguiendo las definiciones de la OCED. En Chile, el Instructivo Presidencial N° 3 que *instruye la elaboración de informes de Impacto Regulatorio*, de 15 de abril de 2019, en su Sección III, define los objetivos del AIR con base a principios cónsonos con los estándares de la buena administración, orientados a asegurar la eficacia y

fase de planeación, pretende anticipar los costos regulatorios y así, elevar la racionalidad de la regulación.

La medición anticipada del impacto regulatorio requiere una debida planificación de las regulaciones que piensan dictarse, para lo cual se ha introducido la figura de la agenda regulatoria, esto es, la publicación - usualmente anual- del conjunto de regulaciones que se piensan dictar, lo que no solo previene la improvisación regulatoria sino que, además, fortalece el derecho a la confianza legítima de los operadores económicos¹²³.

En realidad, el AIR abarca a todo el ciclo regulatorio pues, como se prevé en Brasil¹²⁴, el control de calidad comienza con la definición del problema regulatorio y la evolución previa a la regulación, todo ello con la intención de verificar la razonabilidad de la regulación. Esta razonabilidad - que es expresión del principio general de proporcionalidad- se determina a partir del costo regulatorio. En todo caso, es en la etapa previa en la cual el AIR resulta especialmente útil, en tanto permite prevenir consecuencias no deseadas de la regulación.

A estos efectos, y dentro de la fase de planeación, encontramos la consulta pública¹²⁵. Su fundamento no es solo el derecho de participación ciudadana en la actividad administrativa, como mecanismo de democratización de la actividad administrativa¹²⁶. Además, estas consultas permiten a la Administración obtener la mejor información posible, todo lo cual genera condiciones favorables a la calidad de su actividad, en sintonía con los estándares de la buena administración¹²⁷. Asimismo, la consulta pública es el espacio ideal para el intercambio entre la Administración y el sector privado, basado en la complementariedad que debe existir entre ellos¹²⁸. Un ámbito específico en el cual la consulta pública ha sido

eficiencia de la regulación, y en especial, su coherencia, o sea, la interrelación de la regulación con el resto del ordenamiento jurídico.

¹²³ Véase, por ejemplo, el artículo 16 de la *Ley de Mejora Regulatoria* de El Salvador, y el artículo 6 de la *Ley de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites* de República Dominicana.

¹²⁴ Secciones I y IV, artículo 2, del Decreto N° 10.411, ya comentado.

¹²⁵ Véase el artículo 5.6 de la *Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria* del Perú.

¹²⁶ Las Leyes de procedimiento administrativo, desde fines del pasado siglo, han ampliado su ámbito, para incluir procedimientos previos a los actos normativos, a través de consultas públicas. Vid. Brewer-Carías, Allan, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, pp. 114 y ss.

¹²⁷ Según señala el ya comentado artículo 15 de la *Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria* del Perú, la consulta pública favorece el intercambio de buenas prácticas regulatorias,

¹²⁸ La consulta pública versa no solo sobre el proyecto de regulación, sino todos los documentos en los cuales ésta se apoya, incluyendo el análisis del impacto, todo lo cual conforma el expediente regulatorio, o sea, el expediente administrativo que contiene todos los antecedentes de la regulación. Véase, por ejemplo, el artículo 73 de la *Ley General de Mejora Regulatoria* de México.

implementada, es en materia de la intervención administrativa sobre el ambiente y la participación de comunidades y pueblos indígenas¹²⁹.

Las consultas públicas deben responder a un nuevo paradigma, en el cual la Administración Pública no se limita a interpretar de manera unilateral y coactiva el bien común a través del acto administrativo cuya ejecución forzosa queda en manos de la propia Administración. Las consultas públicas demuestran un rol distinto, en el cual la Administración Pública facilita la coordinación entre operadores económicos, atendiendo asimetrías de información, y promoviendo de esa manera decisiones consensuadas. Podemos hablar de actividad administrativa deliberativa, para describir cómo la ordenación y limitación es producto del diálogo entre los operadores económicos, y entre éstos y la Administración.

El ciclo regulatorio incluye también a buenas prácticas durante la implementación de la regulación. Así, la implementación de la política regulatoria supone el ejercicio de la actividad administrativa de ordenación y limitación, por la cual se imponen limitaciones a la libertad de empresa. Esta actividad puede traducirse en un reglamento -acto administrativo normativo- así como en la actividad de gestión para su aplicación o, en su caso, la implementación de los controles adoptados, por medio de trámites. Estos actos jurídicos deben reunir estándares orientados a reforzar su calidad, en especial, favoreciendo su transparencia, publicidad, certidumbre y coherencia normativa¹³⁰. El reglamento, en el Derecho Administrativo Económico, debe traducirse en reglas jurídicas claras, cuya aplicación pueda ser anticipada por los operadores económicos con un grado importante de certidumbre, todo ello en salvaguarda de la confianza legítima. Ello también impone límites a la reforma o modificación de esos reglamentos y trámites, que igualmente, debe favorecer la certeza jurídica¹³¹.

Otro componente importante de la calidad en la implementación de la regulación es la publicidad de la regulación y de los trámites. A estos fines, dentro de las buenas prácticas encontramos al registro público que compila la información de las regulaciones y trámites a cargo de las Administraciones

¹²⁹ Banco Interamericano de Desarrollo, *Consultas Públicas: el paso a paso. Marcos regulatorios y legales aplicables a Nicaragua*, Washington D.C., 2020, pp. 22 y ss.

¹³⁰ En Brasil, la ya comentada Ley n°13.874, la Sección 1 del artículo 4 dispone que las normas jurídicas deberán emplear criterios claros, objetivos y predecibles.

¹³¹ La certidumbre y estabilidad de regulación forma parte de lo que se denomina “gobernanza regulatoria”, o sea, el proceso de toma de decisiones para dictar o modificar regulaciones basado en evidencia, y dentro de un marco de predictibilidad, colaboración y corresponsabilidad (artículo 7, *Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria* del Perú).

Públicas, y que además, puede organizarse por sectores económicos¹³². Esta publicidad, claro está, es adicional a los mecanismos oficiales de divulgación, que muchas veces cumplen solo la formalidad de la promulgación, pero que no ofrecen información de calidad para las personas¹³³. La información, desde esta perspectiva, no es tanto una cuestión cuantitativa -el volumen de información en las publicaciones oficiales puede ser abrumador- sino en la calidad de esa información, que con transparencia y certeza, debe ser procesada para facilitar su entendimiento por las personas, aprovechándose para ello de medios electrónicos.

Finalmente, el ciclo regulatorio abarca el control posterior, el cual mide el impacto de la regulación con base en sus resultados¹³⁴. El estudio de impacto regulatorio ex post parte del análisis costo-beneficio, que es una técnica de control muy conocida en el Derecho Administrativo de Estados Unidos¹³⁵. Desde la perspectiva del valor público, este análisis no se limita solo al aspecto económico, sino que también debe considerar otras aristas desde el desarrollo integral, especialmente, el impacto social y el impacto ambiental, este último de gran utilidad en el marco de las políticas de adaptación y mitigación al cambio climático¹³⁶.

El impacto regulatorio posterior requiere de una adecuada fase de planeación, pues ello permite contrastar el resultado obtenido con el resultado esperado. Ese contraste puede derivar en la revisión de la técnica de intervención adoptada, para aumentar sus beneficios o reducir sus costos. Esto último, incluso, puede llevar a suprimir el trámite, de lo cual resulta que la simplificación de trámites administrativos, desde esta perspectiva, debe ser consecuencia de la aplicación de mecanismos de control posterior de la calidad regulatoria¹³⁷.

¹³² Véase el artículo 13 del Decreto n° 372, de Ecuador.

¹³³ Esta distinción es explícita en la *Ley de Mejora Regulatoria* de El Salvador, la cual diferencia entre la publicación en el Diario Oficial (artículo 24), y la publicación en el Registro Nacional de Trámites (artículo 25).

¹³⁴ Farias, Pedro y Olivares, Eliezer, "Prefacio", cit., p. 26 y ss.

¹³⁵ Sunstein, Cass, *The cost-benefit revolution*, The MIT Press, Cambridge, 2018, pp. 67 y ss. Recientemente, se dictó la orden ejecutiva n° 14.094 de abril de 2023, para la modernización de la revisión regulatoria, que entre otros elementos, definió criterios cualitativos para medir el impacto regulatorio, así como estándares para promover la inclusión en las consultas públicas.

¹³⁶ El *Análisis de Impacto Regulatorio ex post* permite evaluar la aplicación, efectos y observancia de la regulación vigente, todo lo cual puede llevar a la promoción de consultas públicas. Vid. artículo 70, *Ley General de Mejora Regulatoria* de México.

¹³⁷ El control posterior permite a la Administración, entre otros fines, comprobar la veracidad de las estimaciones previas de impacto, todo lo cual, además, contribuye a mejorar la calidad de la fase previa de planeación. De esa manera, en el Derecho Administrativo de República Dominicana, el Análisis de Impacto Regulatorio ex post evalúa periódicamente los efectos de la regulación para determinar si

Precisamente, un resultado posible del control posterior es la simplificación de trámites administrativos, esto es, la supresión de aquellos trámites cuyo impacto regulatorio permita concluir que los costos superan los beneficios. La política de simplificación de trámites, como hemos explicado, estuvo inicialmente inspirada por la necesidad de reducir el tamaño de la Administración Pública, o sea, en una visión meramente cuantitativa, como quedó reflejado en las Leyes dictadas a fines del pasado siglo, o inicios del presente¹³⁸. La simplificación, dentro de la política de mejora regulatoria, está inspirada por la visión cualitativa, con lo cual su propósito no es solo reducir el tamaño de la Administración Pública, sino incrementar su calidad y con ello, mejorar el servicio a los ciudadanos. La simplificación es, así, parte de las políticas de transformación y modernización del Estado¹³⁹. De allí que la simplificación debe estar vinculada al impacto regulatorio (ex ante y ex post)¹⁴⁰. Así, la principal diferencia entre la simplificación de trámites como política de liberalización, y la simplificación de trámites como política de mejora regulatoria, es que ésta se apoya en el análisis costo-beneficio¹⁴¹.

Ahora bien, una variable fundamental en estos controles es la innovación tecnológica. Así, la actividad administrativa orientada al bien común depende de la tecnología, lo que explica las importantes transformaciones implementadas en el contexto de la cuarta revolución industrial. En este sentido, es posible identificar tres grandes etapas de la reforma de la Administración Económica en función a estos avances¹⁴².

“generan mayores beneficios que los costos para su cumplimiento”. El instrumento de impacto regulatorio empleado es el “Análisis de Calidad Regulatoria” (ACR), que mide la eficiencia de la regulación y los trámites, incluso, para modificarlos (artículos 13 y 14, *Ley de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites* de República Dominicana).

¹³⁸ Tal es el caso de la *Ley de Simplificación de Trámites Administrativos* en Venezuela. Cfr.: Rodríguez García, Armando, “La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la simplificación de trámites administrativos”, en Parra Aranguren, Fernando y Rodríguez García, Armando (ed), *Estudios de Derecho Administrativo. Libro homenaje a la Universidad Central de Venezuela-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, con ocasión al vigésimo aniversario del curso de especialización de Derecho Administrativo*, Tomo II, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 397 y ss.

¹³⁹ Artículo 30, *Ley de Mejora Regulatoria* de El Salvador. La simplificación es, por ende, continua, y se basa en la medición de los costos de los trámites (artículo 31). La simplificación administrativa es un medio para la modernización de la gestión pública, de acuerdo con el artículo 5.5 de la *Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria* del Perú.

¹⁴⁰ Artículo 3, Decreto n° 372 de Ecuador.

¹⁴¹ Artículo 13, *Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos* de Costa Rica.

¹⁴² En Chile, se ha observado que la calidad regulatoria puede incidir favorablemente en la innovación, partiendo de un análisis cuantitativo. Cfr.: Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Oficina de

Así, la promoción de los estándares de gobernanza democrática promovieron el *gobierno abierto*. El signo más evidente de esta visión fue la ampliación del procedimiento administrativo como trámite previo al acto administrativo, hacia el procedimiento como cauce de participación ciudadana en toda la actividad administrativa. Ello incluye, en especial, a la consulta pública durante la fase de planeación de la actividad administrativa de ordenación y limitación. Luego, la promoción de las tecnologías de información y la comunicación (TICs), llevaron a postular el *gobierno electrónico*. Las TICs demuestran cómo la tecnología puede facilitar la implementación de los estándares de la buena administración, al elevar la calidad del servicio a los ciudadanos, especialmente, en relación con la actividad de ordenación y limitación. En la política de mejora regulatoria, se promueven los trámites electrónicos, incluso, como resultado de la medición del impacto regulatorio¹⁴³.

Finalmente, podríamos aludir al *gobierno inteligente*, en relación con el proceso de toma de decisiones en la Administración Pública apalancado en tecnologías que facilitan ese proceso y lo hacen más seguro, como es el caso en especial del uso de algoritmos, la inteligencia artificial y las cadenas de bloques¹⁴⁴. Estas nuevas tecnologías pueden mejorar la calidad regulatoria y, por ende, ellas deben formar parte todo el ciclo regulatorio. En especial, avances tecnológicos pueden cambiar la medición del impacto regulatorio, todo lo cual promueve la innovación dentro del ámbito de la Administración Económica¹⁴⁵.

Para estos fines, la región ha creado organizaciones administrativas especializadas en la innovación, conocidas como laboratorios, que pasan a formar parte importante de las políticas de mejora regulatoria. En especial,

Productividad y Emprendimiento Nacional, *Guía Chilena para una buena regulación*, Santiago, 2019, p. 53

¹⁴³ En República Dominicana, el artículo 3,18 de la Ley No. 167-21 de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites se basa en la promoción de medios electrónicos, de conformidad con a Ley n° 247-12, *Orgánica de la Administración Pública*.

¹⁴⁴ Sobre algunas de las aristas de la cuarta revolución industrial, del profesor Felipe Rotondo Tornaría, véase “Derecho Administrativo, big data y protección de datos personales”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 20, 2021, pp. 194 y ss.

¹⁴⁵ La cuarta revolución industrial es resultado de la interacción entre nuevos medios de comunicación, como la telefonía móvil, y avances tecnológicos en el procesamiento de macrodatos y el desarrollo de programas que emulan el razonamiento humano. Vid.: Schwab, Klaus, *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, 2016, 28 y ss. En especial, la Inteligencia artificial es una herramienta que favorece la eficiencia y eficacia del gasto público. Vid.: Zuleta, María Margarita, “Inteligencia artificial para optimizar el gasto público” en *Experiencia. Datos e inteligencia artificial en el sector público*, Corporación Andina de Fomento, Caracas, 2021, pp. 340 y ss.

en Chile, el Laboratorio de Gobierno es un órgano administrativo que, de manera transversal, promueve transformaciones en las Administraciones Públicas para incrementar la calidad del servicio a los ciudadanos, a través de la experimentación y la creación de nuevos conocimientos y tecnologías¹⁴⁶. En Panamá, la Autoridad Nacional Para la Innovación Gubernamental se enfoca, específicamente, en el uso de las TICs para la mejorar la calidad de la actividad administrativa¹⁴⁷. La mejora regulatoria es, así, consecuencia de la innovación en la actividad administrativa de ordenación y limitación.

De esa manera, la mejora regulatoria reúne a un diverso conjunto de técnicas orientadas a diagnosticar fallas en la actividad administrativa de ordenación y limitación, a los fines de promover reformas que fortalezcan la capacidad institucional para promover el desarrollo integral. Esto pasa, incluso, por la creación de una organización administrativa que promueve políticas transversales de mejora regulatoria, como parte de la gestión estratégica del Gobierno. Tal es el caso del Organismo de Mejora Regulatoria¹⁴⁸ en El Salvador, o la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria (CONAMER) en México¹⁴⁹.

En resumen, desde el punto de vista jurídico, la mejora regulatoria es una manifestación de las garantías materiales de la libertad económica, que exigen a la Administración Pública adoptar la restricción menos lesiva a la libertad. Sin embargo, esta garantía no se sostiene en la excepcionalidad de la intervención administrativa en la economía, sino en la complementariedad de esa intervención. Por ello, la inactividad administrativa también puede ser considerada lesiva a la calidad regulatoria, en la medida en que la Administración no despliegue las técnicas de ordenación y limitación necesarias para la promoción del bien común, todo ello, de acuerdo con los estándares de la buena administración.

¹⁴⁶ OECD, *Innovation Skills in the Public Sector: Building Capabilities in Chile*, OECD Publishing, Paris, 2017.

¹⁴⁷ Artículo 1, Ley n° 65 de 30 de octubre de 2009, que crea la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental.

¹⁴⁸ Véase: <https://omr.gob.sv/> (consulta: 26.12.23). En el Derecho Administrativo de El Salvador, el sistema de mejora regulatoria promueve, a través de la coordinación, políticas de mejora regulatoria en todos los órganos y entes (artículos 8 y siguientes, *Ley de Mejora Regulatoria*).

¹⁴⁹ Véase: <https://www.gob.mx/conamer> (consulta: 26.12.23). En México, y como resultado de la descentralización político-territorial, se han dictado Leyes estatales de mejora regulatoria, que contemplan la creación de organismos especializados. Tal es el caso, por ejemplo, de la Comisión Estatal de Mejora Regulatoria de Nuevo León: <https://www.nl.gob.mx/mejoraregulatoria> (consulta: 26.12.23).

4. *El Derecho Administrativo como barrera a la mejora regulatoria (y los riesgos del mimetismo isomórfico)*

Las legislaciones de mejora regulatoria aprobadas en México, Perú, El Salvador y República Dominicana, así como los reglamentos y lineamientos dictados en Colombia y Ecuador, entre otros, comparten elementos comunes en cuanto al enfoque de la política de mejora regulatoria, apreciándose la influencia de las recomendaciones de la OECD. Brasil ha adoptado una legislación que, sin negar la influencia de esas recomendaciones, tiene notas más distintivas, enfocadas en la defensa de la libertad económica frente a la actividad de las -así llamadas-agencias reguladoras. En todo caso, la generalización de las buenas prácticas regulatorias que pueden apreciarse en la región genera riesgos importantes, considerando lo que se ha denominado mimetismo isomórfico¹⁵⁰.

Así, el mimetismo isomórfico describe la tendencia de Estados frágiles -esto es, Estados con una limitada capacidad institucional- de emular modelos institucionales diseñados para Estados con mayor capacidad. El resultado son frágiles Gobiernos que, sin embargo, lucen como Estados capaces¹⁵¹. Precisamente, en los países examinados de América Latina, puede apreciarse cómo se han incorporado las recomendaciones de buenas prácticas regulatorias adoptadas en especial por la OCDE, resultando en un ambicioso marco jurídico que impone diversos deberes a las Administraciones Públicas para implementar las buenas prácticas regulatorias en todo el ciclo. Sin embargo, lo cierto es que la calidad regulatoria de la región está muy por debajo del promedio de los países de la OCDE.

¹⁵⁰ Andrews, Matt, et al., *Building state capability. Evidence, Analysis, Action*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 30-40

¹⁵¹ Pritchett, Lant et al., "Looking like a state: techniques of persistent failure in state capability for implementation", en *Journal of Development Studies* N° 49-1, 2013, pp. 1 y ss.

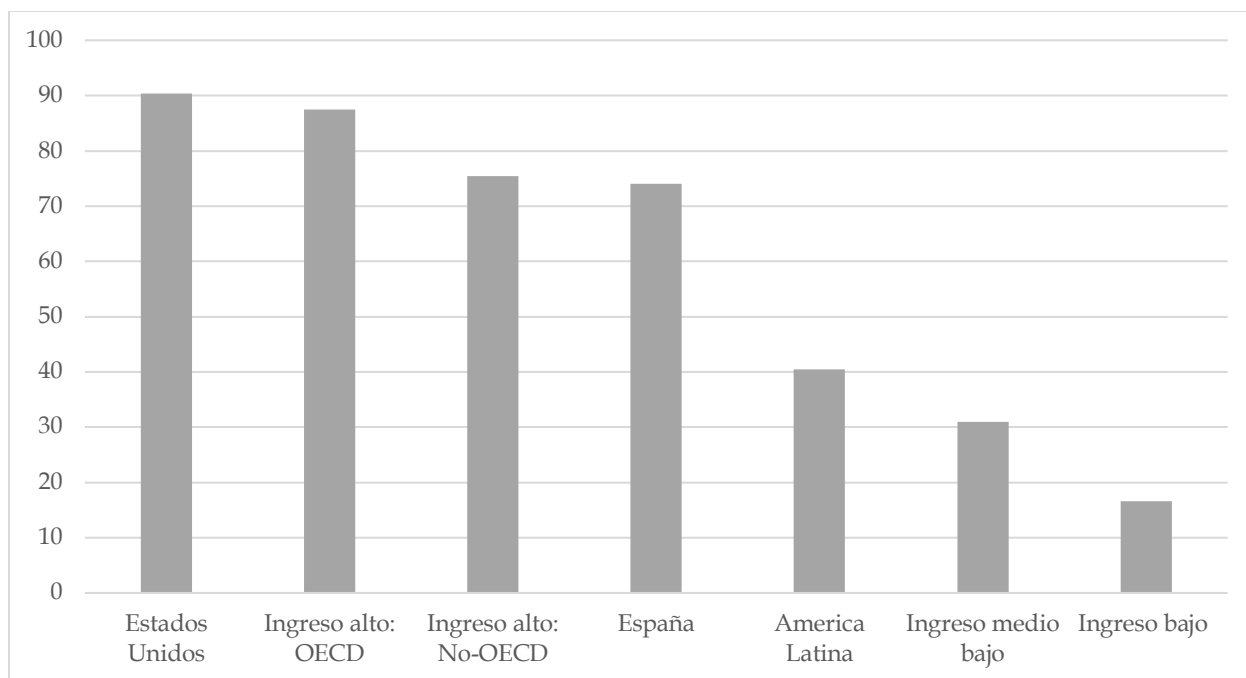


Gráfico N° 1. Calidad de Gobernanza, América Latina y otras regiones, 2021

Fuente: Banco Mundial

Tan solo de manera ilustrativa conviene observar cómo la calidad promedio de América Latina es muy inferior a la capacidad de los Estados de la OECD, a pesar de que las legislaciones que incorporan las buenas prácticas regulatorias se inspiran en los estándares de la OECD. La diferencia entre la calidad regulatoria en estos dos grupos de países refleja que las ambiciosas leyes y políticas regulatorias en América Latina no han logrado implementarse de manera efectiva, lo que al menos en parte, puede responder a la fragilidad institucional de la región, esto es, las limitaciones para implementar las políticas regulatorias derivadas de la fragilidad estatal¹⁵².

La mejora regulatoria no depende, solo, de Leyes y políticas, en tanto éstas no son auto aplicables. En realidad, la mejora regulatoria requiere que el Estado administrativo cuente con capacidad suficiente para diagnosticar fallas en la implementación de la actividad de ordenación y limitación y adoptar las reformas necesarias. Ello debería llevar a que la mejora

¹⁵² Brinks, Daniel, *et al.*, *Understanding Institutional Weakness. Power and design in Latin American institutions*, Cambridge Elements. Political and Society in Latin America, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 11.

regulatoria dependa de las condiciones específicas de cada país, y en concreto, de las condiciones -en cierto modo únicas- de cada Estado administrativo. Pero lo que se observa, desde el plano formal, es una importante coincidencia en las buenas prácticas de mejora regulatoria, lo que permitiría sugerir que un el mismo modelo de mejora regulatoria puede implementarse en América Latina, más allá de las peculiaridades de cada Estado -y tanto más, de las peculiaridades de los niveles subnacionales-.

Este mimetismo, como explicamos, estuvo también presente en las reformas legislativas impulsadas hacia fines del siglo XX, en el contexto de las políticas de liberalización. De ello derivaron técnicas comunes que se adoptaron con gran similitud en la región, y que dieron lugar a la adopción de la figura de la regulación y del nuevo servicio público. Un importante elemento que faltó en estas políticas fue la necesaria adecuación de las políticas de liberalización a la especial realidad del Estado administrativo en América Latina.

Hay otra consecuencia adicional que deriva de este mimetismo, y sobre la cual ya adelantamos algunos comentarios: la incompatibilidad entre los modelos de Derecho Administrativo en América Latina y la figura jurídica de la regulación. Así, el primer problema práctico que se presenta para la aplicación de las políticas de mejora regulatoria es la indeterminación jurídica del concepto de regulación, extraño a la realidad jurídico-administrativa de América Latina. Desde el método comparado, puede concluirse que el concepto de regulación equivale a la función normativa del Estado, lo que es en todo caso inexacto, pues el propósito de la política de mejora regulatoria no es perfeccionar la función legislativa, sino perfeccionar la intervención del Estado administrativo en la economía. Por ello, en realidad, la regulación, como objeto de la política de mejora, es, simplemente, la actividad administrativa de ordenación y limitación en la economía.

La Corte Constitucional de Colombia ha tenido que resolver los problemas conceptuales que derivan de la difusión de la expresión regulación. Así, para la Corte, *“la función de regulación de las actividades económicas por parte de las autoridades del Estado es una modalidad de la potestad de intervención del mismo en ellas, cuyo propósito general es lograr la efectividad de los fines sociales de aquel y corregir los defectos o imperfecciones del mercado”*¹⁵³. La mejora regulatoria, entendida como la mejora de la actividad administrativa

¹⁵³ Sentencia C-1120/05, de 1 de noviembre de 2005, en el caso de la *demandas de inconstitucionalidad contra los Arts. 73 (parcial) y 74 (parcial) de la Ley 142 de 1994*.

de ordenación y limitación, es una manifestación de los principios de eficacia y eficiencia inherentes a la cláusula del Estado Social¹⁵⁴.

No queda claro cuál es el beneficio adicional que deriva de aludir a la mejora regulatoria, en lugar de enfocar esta política desde la mejora de la calidad de la actividad administrativa de ordenación y limitación de la libertad económica desde los estándares de la buena administración, de acuerdo con las exigencias del bien común. Sin embargo, la inadecuación del concepto de regulación a la realidad jurídico-administrativa de América Latina genera problemas -en cierto modo innecesarios- de interpretación. En especial, pues el enfoque de la regulación no toma en cuenta la complejidad -y riqueza conceptual- de la potestad reglamentaria de la Administración Económica¹⁵⁵.

El uso de expresiones extrañas a la realidad jurídico-administrativa de América Latina genera un problema adicional, cual es la incompatibilidad entre la política de mejora regulatoria inspirada en estándares internacionales, y lo que denominamos como el ecosistema de Derecho Administrativo, esto es, las prácticas y costumbres que informan la actividad de la Administración Pública, inspiradas en el paradigma de acuerdo con el cual el Derecho Administrativo es un Derecho exorbitante del Derecho Común¹⁵⁶. Este paradigma parte de la prevalencia de lo público sobre lo privado, todo lo cual se traduce en diversas instituciones, como el principio de autotutela administrativa, la presunción de legalidad del acto administrativo, el contrato administrativo y la *publicatio* del servicio público. Como resultado, las políticas de mejora regulatoria -inspiradas en los estándares de la OECD- pasan por el filtro del Derecho Administrativo de América Latina, el cual incide en la implementación práctica de esa política¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Sentencia C-347/19, de 31 de julio de 2019, en el caso de la *revisión oficiosa de la Ley 1898 de 2018 "Por medio de la cual se aprueba el primer protocolo modificatorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la alianza pacífico, firmado en Paracas, Ica, República del Perú, el 3 de julio de 2015 y el segundo protocolo modificatorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la alianza del pacífico, firmado en Puerto Varas, República de Chile, el 01 de julio de 2016.*

¹⁵⁵ La regulación, en su sentido normativo, incluye al reglamento, o sea, las normas de rango sublegal dictadas por la Administración Económica, tanto desde la Administración Central -en especial, mediante la potestad reglamentaria de la Presidencia de la República- como desde la Administración Descentralizada -como es el caso de la potestad reglamentaria de las Administraciones Sectoriales.

¹⁵⁶ En general, véase a Brewer-Carías, Allan, "Sobre el concepto de Derecho Administrativo", en Rodríguez-Arana, Jaime y Rodríguez, Libardo, (ed), *Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*, cit., pp. 25 y ss.

¹⁵⁷ En nuestra opinión, el Derecho Administrativo es el filtro de las políticas públicas, en el sentido que su implementación pasa por el tamiz de las instituciones de Derecho Administrativo inspiradas en la idea

De esa manera, hay tres condiciones que inciden en la implementación práctica de la política de mejora regulatoria en la región, a saber, (i) la fragilidad del Estado administrativo, que limita adversamente su capacidad para implementar los ambiciosos mandatos derivados de las políticas de mejora regulatoria; (ii) los problemas de interpretación sobre qué debe entenderse por regulación; y (iii) la incidencia del Derecho Administrativo en la implementación práctica de las políticas de mejora regulatoria.

Frente a lo anterior, es recomendable un cambio de visión en la política de mejora regulatoria. Hasta ahora, lo que se observa es una influencia de arriba hacia abajo (*top down*) de los estándares de la OECD, incluso, reflejados en ambiciosas Leyes de mejora regulatoria, que, sin embargo, no logran definir adecuadamente su ámbito de aplicación. Esto ha permitido renovar, notablemente, el marco jurídico del procedimiento administrativo en América Latina. Pero además, es también necesario reforzar la capacidad de la Administración Pública para mejorar su actividad administrativa de ordenación y limitación, muy en especial, a través de la capacitación de los funcionarios, en lo que consideramos como una estrategia de abajo hacia arriba (*bottom up*). Esta formación debe esforzarse por transmitir el cambio de paradigma, del Derecho Administrativo centrado en el poder, al Derecho Administrativo centrado en la dignidad humana, y basado en la complementariedad ente el sector público y privado.

El fortalecimiento de la capacidad institucional es especialmente relevante frente a la fragilidad estatal en América Latina, la cual ha derivado en la diferencia entre el ámbito *de iure* del Estado de Derecho y su ámbito *de facto*. En teoría, o sea, en el ámbito *de iure*, el Derecho Administrativo en América Latina está inspirado por principios que realzan la eficiencia y eficacia, sistematizados en las Leyes de procedimiento. Pero en la práctica, prevalecen patologías asociadas a la mala administración. Operar solo en el ámbito *de iure*, con Leyes de mejora regulatoria, tendrá un impacto limitado en el ámbito *de facto*, pues la principal restricción reside en la fragilidad institucional y las patologías que derivan de ésta.

del régimen exorbitante. Este filtro, con peculiaridades propias en cada país, incide en la implementación práctica de las políticas. Esto explica, al menos en parte, por qué políticas similares pueden dar lugar a resultados diferentes. Vid.: Andrews, Matt, *The Limits of Institutional Reform in Development: Changing Rules for Realistic Solutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 213 y ss.

La capacitación de los funcionarios, incluso en cuanto a su talento digital, puede ayudar a reducir esta brecha. Para ello contribuiría emplear un lenguaje más común a la tradición latina del Derecho Administrativo. El uso de la expresión regulación puede generar resistencias, en especial, ante debates académicos que intentan escindir su concepto. Más sencillo sería aludir a reglamos, actos y demás formas tradicionales de la actividad administrativa¹⁵⁸. Pero lo más importante es que, al margen incluso de las expresiones jurídicas que se empleen, los funcionarios cambien los paradigmas del Derecho Administrativo. La política de mejora regulatoria encontrará obstáculos importantes para su implementación, si el Derecho Administrativo sigue considerándose desde el dogma de la exorbitancia del Derecho Común.

CONCLUSIONES

La implementación práctica de la política de mejora regulatoria en América Latina se enfrenta a tres condiciones adversas. La *primera condición* es fragilidad del Estado administrativo, que limita adversamente su capacidad para implementar los ambiciosos mandatos derivados de las políticas de mejora regulatoria. En la región puede apreciarse la influencia de las buenas prácticas regulatorias promovidas desde la OECD, pero lo cierto es que esas prácticas son pensadas para Estados con mayor capacidad que los frágiles Estados Administrativos de la región. Esta fragilidad genera riesgos de incumplimiento de las ambiciosas políticas de mejora regulatoria, generándose una brecha entre el ámbito *de iure* -el deber ser- y el ámbito *de facto*.

La *segunda* condición adversa son los problemas de interpretación sobre qué debe entenderse por regulación. No hay en la región un concepto unívoco: a veces se alude a normas administrativas, y otras veces se alude a Leyes. La regulación es, en realidad, la actividad administrativa de ordenación y limitación de la Administración Económica, expresada por medio de técnicas conocidas del Derecho Administrativo.

¹⁵⁸ La teoría de la regulación ha sido cuestionada desde las críticas a las denominadas políticas neoliberales. En general, vid. Cárdenas Gracia, Jaime Fernando, “El neoliberalismo y las grietas del neoconstitucionalismo”, en Serna de la Garza, José y De los Santos, Isidro (ed), *La dinámica del cambio constitucional en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, 2015, pp. 91 y ss.

Finalmente, la *tercera* condición es, precisamente, la incidencia del Derecho Administrativo en la implementación práctica de las políticas de mejora regulatoria. La uniformidad de las técnicas de mejora regulatoria no parecen tomar en cuenta las particularidades del Derecho Administrativo en América Latina, concebido como un régimen exorbitante centrado en el Estado. Esta visión estatista es el filtro que incide en la ejecución de las políticas de mejora regulatoria.

A pesar de que las políticas de liberalización económica adoptadas con notable similitud en América Latina hacia fines del siglo pasado no perduraron en el tiempo, su impronta sobre el Derecho Administrativo se hizo sentir, con la importación del concepto de *regulación*. No obstante, mientras que en el Derecho Administrativo de Estados Unidos la regulación no describe un tipo especial de actividad administrativa, sino la actividad de ordenación y limitación de las organizaciones conocidas como agencia, un sector de la doctrina de América Latina ha incorporado a la regulación como un tipo especial de la actividad administrativa.

El más reciente ejemplo de este préstamo institucional es la legislación sobre mejora regulatoria, que ha influenciado al procedimiento administrativo en la región, en especial, en países como El Salvador, México, Perú, y República Dominicana. El estudio comparado de la legislación y demás instrumentos dictados en la materia -como sucedió con las políticas de liberalización- destaca por la uniformidad del modelo adoptado, en especial, en lo que respecta a las buenas prácticas regulatorias, especialmente influencias por la OECD. De esa manera, el procedimiento administrativo ha incorporado controles sobre el ciclo regulatorio, mediante instrumentos de control previo, concomitante y posterior, orientados a elevar la calidad de la regulación, especialmente, a través del análisis costo-beneficio.

Empero, la aplicación práctica de estas legislaciones se enfrenta a un importante problema conceptual, por la ambigüedad del término regulación. Desde el método comparado, puede concluirse que la regulación se emplea como sinónimo de normas jurídicas que inciden en la economía, o sea, en el intercambio de bienes y servicios. No toda norma jurídica es, por ende, regulación: solo la función normativa desplegada por el Estado al intervenir en la economía es considerada regulación. El concepto, en todo caso, no parte de la función normativa en tanto técnica legislativa, sino de la función normativa dentro del ámbito de competencias de la Administración Pública. Con lo cual, la mejora regulatoria es el conjunto de políticas que

elevan la calidad de la actividad administrativa de ordenación y limitación de la Administración Económica.

Así, la actividad administrativa de ordenación se traduce en normas jurídicas dictadas por la Administración, esto es, el reglamento, fuente principal del Derecho Administrativo Económico. A través de su potestad reglamentaria, la Administración incide en el intercambio de bienes y servicios. Para realzar la calidad de la potestad reglamentaria, se implementan técnicas de control previo, como la planeación de la agenda regulatoria y las consultas públicas; técnicas de control concomitante, relacionadas con la publicidad y certeza jurídica del reglamento, técnicas de control posterior, que miden el impacto del reglamento, en términos de la medición de sus costos y beneficios.

Por su parte, la actividad de limitación se concreta en los trámites, o sea, el procedimiento por medio del cual la Administración Económica implementa las restricciones derivadas del ordenamiento jurídico, por medio de actos que restringen el ejercicio de la libertad de empresa, por ejemplo, imponiendo prohibiciones u obligaciones de hacer. La mejora regulatoria, desde esta perspectiva, se orienta a incrementar la calidad de la implementación de la ordenación jurídico-administrativa de la economía, en especial, a través de la medición del impacto regulatorio, todo lo cual puede dar lugar a la supresión de trámites innecesarios.

Más allá de la novedad de los conceptos y técnicas empleadas, la mejora regulatoria, desde el punto de vista del Derecho Administrativo, puede concebirse como una manifestación de los estándares de la buena administración. Estos estándares se traducen en principios tradicionales del Derecho Administrativo, como eficiencia, eficacia, transparencia, rendición de cuenta y participación ciudadana. Lo novedoso no son estos principios, sino el cambio de paradigma que ellos traducen. Así, frente a la idea tradicional del Derecho Administrativo centrado en privilegios y prerrogativas de la Administración actuando en régimen exorbitante, se pasa a la concepción del Derecho Administrativo centrado en las personas, o sea, en el servicio efectivo del bien común. La buena administración complementa el control de legalidad con el control de la calidad de la actividad administrativa. Con lo cual, estos estándares no solo imponen límites a la actividad administrativa, sino que también emplazan a la Administración a actuar, en tanto la inactividad administrativa puede ser lesiva al bien común.

Precisamente, frente a la visión cuantitativa de las políticas de liberalización, centradas en la reducción de la Administración Pública y la primacía del mercado, la mejora regulatoria parte de la visión cualitativa de la necesidad de la regulación, bajo la complementariedad entre el sector público y privado. Esta complementariedad es especialmente útil para atender las consecuencias derivadas de la histórica fragilidad estatal en América Latina, y que afecta el cumplimiento de los ambiciosos mandatos de transformación derivados no solo de la Constitución sino del Derecho Interamericano.

Es importante considerar que la aplicación de las políticas de mejora regulatoria pasa por el ecosistema de Derecho Administrativo, que es el filtro que incide en el resultado de las políticas públicas, ante el predominio del Derecho Administrativo. Si los paradigmas de ese filtro no cambian, el resultado de las políticas de mejora regulatoria podrán ser subóptimos. Mientras el Derecho Administrativo siga interpretándose como un modelo basado en la primacía del Estado administrativo y su régimen exorbitante, con figuras como el acto o el contrato administrativo, las políticas de mejora regulatoria se enfrentarán a un obstáculo importante. De allí la necesidad de interpretar las nuevas Leyes de mejora regulatoria desde el nuevo paradigma de la complementariedad entre el sector público y privado, en el cual el rol de la Administración Pública es facilitar a coordinación y cooperación, bajo técnicas que estimulen la innovación.

Brookline, MA., 2023