

EL ESPACIO CONTROLADO DE EXPERIMENTACIÓN EN EL SECTOR
DE TELECOMUNICACIONES: ¿OTRO CASO DE MIMETISMO
ISOMÓRFICO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO
HISPANOAMERICANO?

José Ignacio Hernández G.

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

Profesor invitado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra
Universidad Castilla-La Mancha y Universidad La Coruña

Asociado, Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales, Washington
D.C.

Resumen: El Derecho administrativo en la América Española impulsó el préstamo institucional de la regulación, proponiendo su cambio semántico. Esta tendencia se ha incentivado recientemente, con la trasposición de los “sandboxes regulatorios”, o espacios de prueba regulatorios. Este préstamo genera el riesgo de dar mayor atención a la forma que al fondo de estos espacios, cuya efectiva implementación requiere cambiar paradigmas del Derecho administrativo centrados en el poder. El Decreto Legislativo n° 1.599 se enfrenta a este riesgo, con la introducción del espacio controlado para promover la innovación tecnológica, y la reducción de la brecha de acceso a los servicios de telecomunicaciones. Este artículo propone dos técnicas de interpretación para mejorar la eficiencia en la implementación de este espacio, a saber, interpretar el Decreto desde instituciones tradicionales del Derecho administrativo económico, como la autorización, pero teniendo en cuenta la necesidad de interpretar el Decreto desde nuevos paradigmas que faciliten la experimentación y la innovación.

Palabras claves: Derecho administrativo económico, regulación, espacios de prueba regulatorios, innovación, servicios de telecomunicaciones, Decreto Legislativo n° 1.599.

Abstract: Administrative law in Spanish America promoted the institutional borrowing of the regulation, proposing its semantic change. This trend has been encouraged recently with the transposition of "regulatory sandboxes" or regulatory testing spaces. This borrowing generates the risk of focusing on the form rather than the substance of these spaces, whose effective implementation requires changing paradigms of administrative law centered on the administrative power. Legislative Decree No. 1,599 faces this

risk, introducing controlled spaces to promote technological innovation and to the gap in access to telecommunications services. This article proposes two interpretation techniques to improve efficiency in implementing this space: interpreting the Decree from traditional institutions of economic administrative law, such as the authorization technique, but shifting traditional paradigms to interpret the Decree to facilitate experimentation and innovation.

Keywords: Economic administrative law, regulation, regulatory testing spaces, innovation, telecommunications services, Legislative Decree No. 1,599.

INTRODUCCIÓN

Hasta fines del pasado siglo, la palabra “regulación” no tenía ningún significado especial en el Derecho administrativo de Hispanoamérica¹. En general, la palabra regulación era empleada como sinónimo de la intervención del Estado en la economía por medio de Leyes administrativas que eran complementadas por reglamentos. Estas Leyes redujeron el ámbito del Derecho privado y, en concreto, del Derecho mercantil. Así, especialmente hacia mediados del siglo XX, los actos de comercio pasaron de estar regulados por el Derecho mercantil y la primacía de la libertad de contrato, a quedar sometidos, también, al Derecho administrativo. Desde una perspectiva del método académico, la proyección del Derecho administrativo en el intercambio de bienes y servicios llevó al estudio del Derecho administrativo económico, enfocado en el estudio de la Administración económica, o sea, de las técnicas de intervención en la economía, incluyendo en especial la actividad coactiva orientada a restringir el ejercicio de la libertad económica o libertad de empresa y sus derechos anejos. Bajo este enfoque, en todo caso, la regulación no era un tipo especial de actividad administrativa, sino la descripción genérica de la intervención

¹ La expresión “Derecho administrativo en Hispanoamérica” alude al estudio comparado de los modelos de Derecho administrativo en la América Española o Hispanoamérica. Este método parte de una identificación geográfica más reducida que el tradicional enfoque basado en América Latina. Este enfoque más reducido realza las instituciones comunes en la región derivadas de la tradición hispánica. En todo caso, el método aplicado a Hispanoamérica se complementa con los estudios enfocados en Latinoamérica.

normativa del Estado para limitar, desde el Derecho público, la libertad económica.

Pero a fines del siglo XX, la palabra regulación sufrió un proceso de cambio semántico, influenciado por las políticas de liberalización usualmente conocidas como el Consenso de Washington. Este cambio estuvo influenciado por el sentido de la palabra regulación en los modelos de Derecho administrativo Anglosajones. Especialmente en Estados Unidos, la regulación es la expresión con la cual se estudia la actividad administrativa de ordenación y limitación de las llamadas agencias, que constituyen el centro del Derecho administrativo. En los orígenes de esa actividad administrativa -especialmente luego de la Guerra Civil- la ordenación y limitación de actividades económicas se justificó en el análisis económico de los fallos de mercado, en especial, respecto de las actividades consideradas monopolio natural, como los ferrocarriles. Esto hizo que el análisis económico formase parte esencial del estudio de la actividad administrativa de ordenación y limitación. Hacia fines del siglo XX, ese análisis económico llevó a repensar las técnicas tradicionales de intervención administrativa, a los fines de reforzar -antes que sustituir- la competencia. Por ello, en actividades esenciales consideradas monopolio natural, la intervención administrativa fue rediseñada para recrear y promover condiciones efectivas de competencia, ampliando además el ámbito de la iniciativa privada.

Hispanoamérica, influenciada por el Derecho administrativo de España, tomó la palabra regulación para describir, precisamente, la actividad administrativa de ordenación y limitación orientada a promover condiciones efectivas de competencia ampliando el ámbito de la iniciativa privada. En cierto modo, la actividad administrativa de ordenación y limitación orientada a la primacía del Estado quedó relegada al estudio tradicional del Derecho administrativo económico, en especial, con conceptos como “policía económica”. Por el contrario, la actividad administrativa basada en la primacía del mercado pasó a estudiarse como regulación, palabra que en ocasiones se ha empleado para describir un área temática específica de estudio, a saber, el Derecho administrativo de la regulación económica. A pesar de que las políticas de liberalización pasaron, el cambio semántico quedó. En el siglo XXI, la nueva expresión de este “Derecho administrativo de la regulación económica” es el interés dado por la mejora regulatoria y el desarrollo de modelos regulatorios para promover

la innovación, como es el caso del llamado espacio controlado de experimentación (o “regulatory sandbox”), que es el tema de este artículo.

Sin embargo, el estudio del espacio controlado de experimentación, como sucedió con el cambio semántico de la palabra regulación, responde a la trasposición de instituciones surgidas en Estados que no solo tienen una cultura jurídica distinta sino, en especial, tienen mucha más capacidad que la frágil capacidad de los estados en la América Española. La introducción del espacio de prueba controlado responde, así, a la importación de instituciones foráneas cuya efectiva aplicación se enfrenta a dos importantes obstáculos, como son las diferencias derivadas del modelo de Derecho administrativo en Hispanoamérica y la fragilidad estatal. El riesgo de esta trasposición de instituciones, en la economía, ha sido resumido al aludir al mimetismo isomórfico, esto es, la propensión de Estados frágiles de adoptar instituciones muy ambiciosas, con el propósito de parecerse a un Estado con mayor desarrollo institucional. Este mimetismo suele afectar, adversamente, la efectividad de la institución que es trasplantada -en este caso, el espacio controlado de experimentación-.

En este artículo analizamos el espacio controlado de experimentación en el sector de las telecomunicaciones introducido en el Decreto Legislativo n° 1.599 de 20 de diciembre de 2023, cuyo propósito último es cerrar la brecha digital en el Perú. Para estos fines, dividimos el presente artículo en dos partes. La primera parte resume los aspectos más significativos de la irrupción del concepto de regulación en el Derecho administrativo Hispanoamericano, como un ejemplo del mimetismo isomórfico, destacando los riesgos derivados de la posición que considera a la regulación como un tipo especial de la actividad administrativa. Estos riesgos son trasladados a la segunda parte, a través de la introducción del espacio controlado de experimentación en el Decreto Legislativo n° 1.599, como un modelo de “burbuja regulatoria”. Para atender estos riesgos, se proponen cambios de paradigma en el Derecho administrativo de Hispanoamérica, en todo caso, desde las instituciones jurídicas propias de su dogmática.

I. LA IRRUPCIÓN DEL CONCEPTO DE REGULACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO HISPANOMERICANO Y EL PRÉSTAMO INSTITUCIONAL

El cambio semántico de la palabra regulación ha llevado a un debate, en muchos sentidos, innecesario, en cuanto a la pretendida autonomía de la actividad administrativa de regulación. Al enfocar la atención en esta pretendida autonomía, no se han logrado identificar, desde el Derecho administrativo de Hispanoamérica, los riesgos de la trasposición de la regulación desde países con mayor desarrollo institucional, derivando en un mimetismo isomórfico que genera mayores obstáculos para la efectiva implementación de la actividad administrativa de ordenación y limitación en la economía.

1. *La visión tradicional del Estado regulador desde el Derecho administrativo y la incorporación del concepto de regulación*

La teoría de la actividad administrativa en el Derecho de Hispanoamérica está muy influenciada por la doctrina española, y en concreto, por los tempranos estudios de Luis Jordana de Pozas². Ello llevó a adoptar una distinción cuatripartita entre la actividad de policía, de fomento, de servicio público y gestión económica. En concreto, el estudio de la actividad de policía diferenció entre la policía general y la policía especial o sectorial, estudiándose en este último caso a la actividad de policía económica. En términos sencillos, la policía económica es la actividad de ordenación y limitación de las libertades económicas en protección del orden público, aquí entendido en un sentido más amplio que el tradicional orden público civilista³.

² Jordana de Pozas, Luis, "El problema de los fines de la actividad administrativa", en *Revista de Administración Pública* N° 54, Madrid, 1951, pp. 11-28.

³ La introducción del concepto de policía económica en la América Hispánica estuvo influenciada por la doctrina francesa, que estudia, por ejemplo, a la actividad de policía de los precios, en referencia a los controles administrativos sobre el precio de bienes y servicios. Vid. Delvolvé, Pierre, *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris, 2021, pp. 400 y ss. En Hispanoamérica, vid. Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 526 y ss. También puede verse a Dromi, José Roberto, "Policía de la industria y el comercio", en Díaz, Ramón et al., *Orden económico y Derecho administrativo*, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1980, pp. 139 y ss.

El propio concepto de policía económica fue criticado, al expandir indebidamente los contornos de la tradicional actividad administrativa de policía y, en concreto, el concepto de orden público, que pasó a interpretarse como sinónimo de interés público⁴. Para evitar los riesgos de esta expansión -y del abusivo uso del concepto de orden público como título general- resulta más preciso, siguiendo a la doctrina alemana, aludir a la actividad administrativa de limitación⁵. A través de esta actividad, la Administración restringe el ejercicio de las libertades económicas, de acuerdo con las habilitaciones establecidas en la Ley. La limitación puede llevarse a cabo a través de reglamentos -una fuente muy importante en el Derecho administrativo económico- o mediante actos particulares, tales y como la autorización, la sanción, la inspección o u órdenes de hacer o no hacer⁶. En el primer caso, aludimos a la actividad de ordenación y, en el segundo, a la actividad de limitación en sentido estricto.

En este contexto, el concepto de regulación no tenía ningún significado especial. Así, el Estado regulador era otra manera de expresar al rol del Estado interviniendo en la economía a través de Leyes especiales, en especial, en sectores económicos como el sector bancario⁷. Por influencia de la doctrina italiana, esta intervención se estudió a través de la Administración sectorial, que en un determinado sector -como el bancario- ordena y limita el ejercicio de la libertad de empresa de manera continua, por medio de la actividad de supervisión⁸.

Las políticas de liberalización enmarcadas en el Consenso de Washington cambiarían este panorama⁹. Así, la región siguió muy de cerca a las políticas

⁴ Por ejemplo, vid. Meilán Gil, José Luis, "El estudio de la Administración económica", en *Revista de Administración Pública* número 50, Madrid, 1966, pp. 51 y ss. Nuestra crítica en Hernández G., José Ignacio, "Disciplina jurídico-administrativa de la libertad económica: la diatriba actual entre la libertad económica y el Estado social", en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico administrativo de la libertad económica*, FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 179 y ss.

⁵ Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 61 y ss.

⁶ Hernández G., José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 123 y ss.

⁷ Por ejemplo, vid. Brewer-Carías, Allan, *Política, Estado y Administración pública*, Editorial Ateneo de Caracas-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1979, p. 57.

⁸ Giannini, Massimo Severo, *Diritto Pubblico Dell' economia*, Il Molino, 1999, pp. 198 y ss. La Administración sectorial asume la actividad de supervisión continua sobre el sector objeto de la intervención.

⁹ Hausmann, Ricardo, "Structural Transformation and Economic Growth in Latin America", en Ocampo José Antonio y Ros, Jaime (ed.), *The Oxford Handbook of Latin American Economics*, Oxford Handbooks in Economics, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 519 y ss.

adoptadas en Estados Unidos y en la hoy Union Europea, orientadas a la liberalización de sectores tradicionalmente sometidos a una intensa intervención estatal. Desde el Derecho administrativo, Gaspar Ariño Ortiz liderizó la corriente que, en este nuevo entorno liberalizador, propuso nuevos esquemas institucionales para el estudio del Derecho administrativo económico, centrado en el análisis económico y en la promoción de la competencia. Para ello, Ariño tomó, del Derecho anglosajón, el concepto de regulación económica, a los fines de postular su inclusión dentro de la teoría del Derecho administrativo¹⁰.

El propósito final de este nuevo enfoque era contraponer la intervención administrativa tradicional con la nueva intervención en el contexto liberalizador. Mientras que la primera subordinaba el mercado al interés público, la nueva intervención se orientaba a proteger el mercado, corrigiendo fallos e, incluso, recreando condiciones de competencia regulada, en lo que se conoció como neo-regulación¹¹. En España, la introducción del concepto de regulación encontró una justificación práctica adicional, debido a la influencia de tal concepto en el contexto del Derecho comunitario¹².

La América Española incorporó a su Derecho administrativo esta reconceptualización de la regulación¹³. Entre otros, destaca la notable influencia del nuevo modelo regulatorio de las telecomunicaciones adoptado en España, y que fue seguido en la región con nuevas Leyes que incorporaron novedosas técnicas de intervención para recrear condiciones de competencia y además, asegurar la efectiva prestación de servicios de interés general, por medio de instituciones como el servicio universal, tal y como sucedió en el Perú¹⁴.

Ahora bien, y dejando a salvo la influencia del Derecho comunitario, debe tomarse en cuenta que la incorporación del concepto de regulación por la

¹⁰ Ariño Ortiz, Gaspar, *Economía y Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 327 y ss.

¹¹ Cruz Ferrer, Juan de la, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, pp. 217 y ss.

¹² Muñoz Machado, Santiago, *Servicio público y mercado, Tomo I, Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 225-227

¹³ Por ejemplo, vid.: Bianchi, Alberto, *La regulación económica. Tomo I*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 201 y ss. Véase también a Brito, Mariano R., "Transformaciones en la actividad administrativa de los entes públicos", en Brito, Mariano R. y Delpiazzi, Carlos, *Derecho Administrativo de la regulación económica*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1998, pp. 70 y ss.

¹⁴ Por todos, vid.: Zegarra, Diego, *Introducción al Derecho de las Telecomunicaciones.*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2018, pp. 12 y ss.

doctrina española de fines del siglo pasado estuvo especialmente influenciada por el sentido de este concepto en Estados Unidos¹⁵, especialmente, en el Derecho administrativo¹⁶. Sin embargo, lo cierto es que en la introducción del concepto de regulación en la América Española no solo faltó el anclaje institucional que en España tuvo el Derecho comunitario, sino que, además, tampoco se tomó en cuenta el peculiar origen de esta expresión en el Derecho administrativo en Estados Unidos.

Así, en Estados Unidos, el concepto de regulación se remonta a la jurisprudencia de la Corte Suprema de fines del siglo XIX, que, al interpretar la llamada cláusula de comercio, tomó el concepto británico de poder de policía para justificar la intervención del Estado regulando actividades comerciales, siempre de manera general¹⁷. Este concepto fue empleado al interpretar el rol de las comisiones estatales creadas para regular los ferrocarriles, y luego, el rol de la Comisión Interestatal de Comercio, creada en 1887¹⁸. En este contexto, la palabra regulación no tenía ningún significado preciso, más allá de emplearse como sinónimo de normas jurídicas y, más en general, como equivalente a la intervención administrativa sobre ciertos sectores económicos. Esta intervención fue una respuesta al rápido crecimiento económico luego de la Guerra Civil, que forzó al Gobierno federal a ampliar su intervención en la economía, en especial, para proteger prácticas leales y justas de comercio¹⁹.

Luego del *New Deal*, este modelo se expandió con las agencias, a cargo del control de sectores económicos. Para estudiar las técnicas administrativas a través de las cuales estos controles se implementaban, el Derecho administrativo de Estados Unidos acudió al concepto de regulación, para enfatizar que la actividad administrativa incide en derechos e intereses

¹⁵ Entre las fuentes consultadas por Ariño en su desarrollo doctrinal del concepto de regulación, encontramos a Ackerman, Bruce A. *Economic Foundations of Property Law*, Little, Brown, 1975. Otro texto citado con frecuencia es Shepherd, William, & Gies, Thomas, *Utility regulation; new directions in theory and policy*. Random House, Nueva York, 1966. Véase en general a Ariño Ortiz, Gaspar, *La regulación económica*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1996, en especial, pp. 74 y ss.

¹⁶ La principal referencia de la época fue Breyer, Stephen, *Regulation and its reform*, Harvard University Press, Cambridge, 1982, pp. 341 y ss.

¹⁷ Gillman, Howard, *The Constitution Besieged. The Rise and Demise of the Lochner Era. Police Powers Jurisprudence*, Duke University Press, Durham, 1993, pp. 45 y ss.

¹⁸ Schwartz, Bernard, *The economic regulation of business and industry, Volume I*, Nueva York, Chelsea House Publishers, 1973, pp. 17 y ss.

¹⁹ Lamoreaux, Naomi R. "Antimonopoly and State Regulation of Corporations in the Gilded Age and Progressive Era", en Crane, Daniel and Novak, William (ed.), *Antimonopoly and American Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2024, pp. 119 y ss.

particulares. Al aludir a “agencias regulatorias”, por ello, la palabra regulación no tenía ningún sentido específico, más allá de enfatizar la intervención administrativa restringiendo libertades económicas²⁰. La Ley de Procedimiento Administrativo de 1946 consolidó este modelo, que llevó a una visión muy reducida del Derecho administrativo, definido como el Derecho de las agencias y, en concreto, de las agencias reguladoras, en contraposición a los órganos y entes del Poder Ejecutivo que no inciden directamente en la esfera jurídica de las personas²¹. Con lo cual, y, en síntesis, la regulación es la actividad administrativa que impone deberes y prohibiciones de obligatorio cumplimiento para empresas o particulares²².

A su vez, y desde la temprana intervención en materia de ferrocarriles, la intervención administrativa se justificó en el análisis económico y, en concreto, en la atención de los fallos de mercado²³. Precisamente, en economía, la intervención del Estado a través de la cual se atienden los fallos de mercado es usualmente estudiada como regulación económica²⁴. El análisis económico, en muchos sentidos suplementó la precaria formación sistemática del Derecho administrativo en Estados Unidos. Así, en ausencia de un robusto sistema constitucional, y tomando en cuenta los problemas prácticos del control judicial, el Derecho administrativo acudió al análisis económico para reforzar controles no jurisdiccionales, en especial, en el ámbito del control costo-beneficio²⁵.

La situación del Derecho de Hispanoamérica era, y sigue siendo, muy distinta. De esa manera, mientras que la regulación en el Derecho administrativo de Estados Unidos responde a una visión muy práctica y exegética de las Leyes o estatutos que rigen a los sectores económicos regulados, el Derecho administrativo de la América Española, por influencia de España, evolucionó en torno a la construcción de un sistema racional de reglas, principios y valores, imbuidos en la constitucionalización del

²⁰ Cushman, Robert Eugen, *The independent regulatory commissions, 1889-1969*, Oxford University Press, Oxford, 1941, pp. 37 y ss.

²¹ Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1984, pp. 2-3

²² Breyer, Stephen, et al., *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and cases*, Wolters Kluwer, Nueva York, 2011, p. 3.

²³ Breyer, Stephen, et al., *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and cases*, cit.

²⁴ Por ejemplo, vid. Viscusi, William, et al., *Economics of regulation and antitrust*, The MIT Press, Cambridge, 2005, pp. 357.

²⁵ Sunstein, Cass, *The cost-benefit revolution*, The MIT Press, Cambridge, 2018, pp. 67 y ss.

Derecho administrativo²⁶. Además, en la región ha predominado la noción francesa del régimen exorbitante, en tanto la Administración actúa en ejercicio de privilegios y prerrogativas, pero siempre en el marco del balance con los derechos de las personas signado por el principio de legalidad²⁷. Esta visión ha venido evolucionando, para realzar la centralidad de la persona y su dignidad. Pero incluso así, se reconoce que la Administración actúa en ejercicio de potestades administrativas para crear, extinguir o modificar, unilateralmente, relaciones jurídicas con los operadores económicos²⁸.

El resultado fue la introducción del concepto de regulación como institución del Derecho anglosajón, en un entorno institucional influenciado por el modelo francés, y el concepto de potestad administrativa. Este trasplante no tomó en cuenta todas las diferencias instituciones entre las agencias regulatorias en Estados Unidos y la Administración en Hispanoamérica, todo lo cual ha creado importantes obstáculos teóricos, para encuadrar el concepto de regulación dentro de la teoría de la actividad administrativa.

2. El mimetismo isomórfico y la necesidad de replantear el concepto de regulación desde la actividad administrativa de ordenación y limitación.

El préstamo institucional del concepto de regulación no es un caso aislado. En realidad, desde el Derecho constitucional, se ha observado la tendencia de tomar prestadas instituciones jurídicas que responden a tradiciones específicas, todo lo cual no solo puede afectar su efectiva implementación en otros entornos, sino que, además, puede degenerar en indebidas trasposiciones que afecten el correcto funcionamiento del sistema constitucional²⁹.

En economía, este préstamo institucional ha sido estudiado como mimetismo isomórfico, esto es, la propensión de Estados menos

²⁶ Montaña Plata, Alberto, "El Estado de Derecho y la idea constitucional de un Derecho administrativo", en Montaña Plata, Alberto y Ospina Garzón, Andrés (ed.), *La constitucionalización del Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 63 y ss.

²⁷ En un plano comparado, vid. Brewer-Carías, Allan, "El concepto de Derecho administrativo", en Rodríguez-Arana, Jaime y Rodríguez, Libardo, (ed.), *Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*, INAP, Madrid, 2015, versión digital, n° 47 y ss.

²⁸ Durán Martínez, Augusto, "La buena administración", *Estudios de Derecho Administrativo* N° 1, La Ley, 2010, pp. 109 y ss.

²⁹ Dixon, Rosalind y Landau, David, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 36.

desarrollados institucionalmente, de adoptar instituciones de Estados más desarrollados, con la aspiración final de alcanzar el mismo nivel de calidad institucional³⁰. Francis Fukuyama resume esta tendencia con la idea de “ir a Dinamarca” esto es, la tentación de reproducir las instituciones políticas de Dinamarca, con el propósito de lograr su mismo nivel de desarrollo institucional³¹.

Sin embargo, lo cierto es que las instituciones son resultado de las concretas capacidades estatales dentro de las cuales ellas han surgido. En Estados Unidos, la regulación fue resultado de las capacidades construidas desde fines del siglo XIX, en especial, luego de la Guerra Civil. Con base en la cultura jurídica británica y el concepto de poder de policía, la regulación evolucionó gradualmente, en especial, luego el advenimiento del moderno Estado administrativo en el marco del *New Deal*, en un proceso paulatino que llevó a consolidar funciones en el Estado administrativo³². Para cuando Hispanoamérica tomó prestada esa institución, a fines de la década de los noventa, Estados Unidos tenía más de un siglo construyendo capacidades en torno al concepto de regulación.

Esto quiere decir que la región tomó prestada una institución propia de un Estado con mayores capacidades, con la intención de reproducir sus mismos resultados, a pesar de que la región se ha visto históricamente afectada por su fragilidad estatal³³. Por lo anterior, la introducción del concepto de regulación, en el Derecho administrativo Hispanoamericano, respondió a un caso de mimetismo isomórfico, esto es, la reproducción de instituciones creadas en Estados con mayor capacidad, intentando con ello reproducir los mismos resultados. No sorprende, por lo anterior, que las políticas de liberalización en la región no hayan logrado los resultados esperados luego del Consenso de Washington³⁴. De allí una lección central en las políticas de desarrollo: el crecimiento económico rara vez puede

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

³¹ Fukuyama, Francis, *Political order and political decay*, Farrar, Strauss and Giroux, New York, 2014, pp. 26 y ss.

³² Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*, Harvard University Press, Cambridge, 2018, pp. 24 y ss.

³³ Mazzuca, Sebastián, *Latecomer State Formation: Political Geography and Capacity Failure in Latin America*, Yale University Press, New Haven, 2021, pp. 387 y ss.

³⁴ Hausmann, Ricardo, “Structural Transformation and Economic Growth in Latin America”, cit.

impulsarse, solo, con reformas institucionales, tanto más si estas reproducen instituciones foráneas³⁵.

Pero los problemas no acaban aquí. Debido a que el Derecho administrativo de Hispanoamérica tomó prestada la institución de la regulación del Derecho administrativo de Estados Unidos, se mantiene abierta la discusión teórica sobre cuál es su concepto y relación con la teoría de la actividad administrativa. Así, por un lado, se sostiene que es posible estudiar, con cierta autonomía científica, el Derecho administrativo de la regulación económica, entendiéndose que la regulación responde a un tipo especial de actividad administrativa, diferente a la tradicional distinción cuatripartita ya estudiada. Frente a esta posición, se ha observado que la actividad de regulación no es más que la actividad administrativa de ordenación y limitación sujeta, como tal, al Derecho administrativo³⁶.

De manera tradicional, hemos venido defendiendo la segunda posición³⁷. 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”*³⁸. De hecho, si tuviésemos que traducir al español el concepto de regulación en el Derecho administrativo de Estados Unidos, aludiríamos a la actividad administrativa de ordenación y limitación, que restringe de manera forzosa el ejercicio de libertades económicas. Su encuadre conceptual, por ello, no es otro que el del Derecho administrativo económico, concepto muy trabajado en España en la segunda mitad del pasado siglo³⁹, e introducido en la América Española⁴⁰.

³⁵ Andrews, Matt, *The Limits of Institutional Reform in Development: Changing Rules for Realistic Solutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 213 y ss.

³⁶ Reconoce Danós que el concepto de regulación se tomó 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.

³⁷ Hernández G., José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, cit.

³⁸ “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.

³⁹ Por todos, vid. Martín Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1991, pp. 63 y ss.

⁴⁰ Vergara Blanco, Alejandro, *Derecho Administrativo Económico. Sectores regulados: servicios públicos, territorio y recursos naturales*, Thomson Reuters, Santiago, 2018, pp. 21 y ss.

Pero ello no quiere decir que la referencia comparada al concepto de regulación en Estados Unidos sea irrelevante. Por el contrario, la referencia comparada -que no ya simple trasposición- a la teoría de la regulación resulta especialmente útil para atemperar los resabios de la visión del Derecho administrativo centrado en el poder. Como Ricardo Rivero Ortega ha señalado, la referencia a la regulación debe aludir a nuevos paradigmas en la intervención de la Administración en la economía -pero no necesariamente, agregamos, a la incorporación de un nuevo concepto⁴¹. Los rasgos que se identifican como distintivos del Derecho administrativo de la regulación responden, en realidad, a este cambio de paradigma⁴².

El cambio de paradigma al cual nos referimos, parte de pasar del Derecho administrativo económico basado en la interpretación y concreción unilateral del interés público, al Derecho basado en el análisis económico. Desde la centralidad del interés público, el control de la actividad administrativa se enfrenta a importantes obstáculos, pues, en suma, la Administración económica cuenta con un amplio margen de apreciación política para valorar qué es el orden o el interés público. Pero desde la óptica del análisis económico, la justificación de la intervención administrativa no es el abstracto interés público, sino el análisis económico del Derecho y, en concreto, la teoría de los fallos de mercado y la promoción de la eficiencia. De esa manera, es muy difícil precisar si determinada medida de intervención protege o no el interés público. Empero, es mucho más factible determinar si esa intervención corrige o no, de manera adecuada, fallos de mercado, incrementando la eficiencia. El análisis económico no elimina la discrecionalidad administrativa, pero sí acota mucho más su control.

El análisis económico del Derecho permite, en especial, concretar mejor los principios generales, como la eficiencia, eficacia y la proporcionalidad. En el Derecho administrativo centrado en el interés público, la aplicación del principio de proporcionalidad tiene un alto componente retórico; bajo el análisis económico, la aplicación de tal principio es mucho más precisa. Por ello, el análisis económico favorece la visión del Derecho administrativo centrado en la persona y su dignidad, superando así la visión del Derecho administrativo centrado en el poder. Todo ello, como en España ha

⁴¹ Rivero Ortega, Ricardo, *Derecho administrativo económico*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 20 y ss.

⁴² 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.

observado Esteve Pardo, favorece el rol del Estado como garante del desarrollo económico⁴³.

Con lo cual, desde la América Española, es más útil promover el estudio interdisciplinario del Derecho administrativo económico, antes que seguir insistiendo en la pretendida autonomía científica de la actividad administrativa de regulación económica. Desde esta visión, también es necesario tener presente que la intervención administrativa de ordenación y limitación no se justifica únicamente en los fallos de mercado⁴⁴, pues también la Administración tiene un rol que cumplir en la creación de mercados, como veremos de seguidas.

II. LA BURBUJA REGULATORIA: ¿ESPACIOS DE EXPERIMENTACIÓN O MIMETISMO ISOMÓRFICO?

El cambio semántico de la palabra regulación, al cual aludimos en la primera parte, ha adquirido una nueva dimensión en el siglo XXI, por la profusión de instituciones orientadas a la mejora regulatoria, y más en concreto, a los llamados “sandboxes regulatorios”, o espacios de prueba controlados para la experimentación. Hispanoamérica ha reproducido instituciones de mejora regulatoria diseñadas en Estados con mayor capacidad institucional y, tanto más importante, con distintos paradigmas jurídico-administrativos. Si no se toman en cuenta estos paradigmas, existe el riesgo de que estos espacios, como sucede con el Decreto Legislativo n° 1.599 en el sector de las telecomunicaciones, queden tan solo como instituciones vitrina, con una mermada efectividad práctica.

1. *La propuesta de burbuja regulatoria en el sector de las telecomunicaciones del Perú y el Decreto Legislativo n° 1.599.*

En 2023, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones del Perú publicó un reporte intitulado “Innovación para Conectar: Estrategias y medidas de

⁴³ Esteve Pardo, José, *Principios de Derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 27.

⁴⁴ El primer elemento diferenciador es la teoría de los fallos de mercado, como la justificación de la regulación. Cfr.: 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.

regulación inteligente para reducir la brecha digital”⁴⁵. El reporte resume las políticas públicas para cerrar la brecha digital, o sea, la desigualdad en el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación (TICs), y que el reporte enfocó a los servicios de telecomunicaciones, en especial, en cuanto al acceso al internet.

Una de las políticas públicas recomendadas para cerrar esa brecha fue promover la inversión privada. Para ello, el reporte recomendó *“diseñar e implementar una “burbuja regulatoria”, de carácter temporal y similar a la figura de sandbox regulatorio, que se aplique a casos particulares que eximan a los operadores de algunas obligaciones como, por ejemplo, el cumplimiento de obligaciones de calidad y cobertura, y canon por servicios portadores, en áreas rurales y en aquellas zonas que aún no cuentan con internet móvil 4G”*⁴⁶. De acuerdo con Nakagawa y Aguilar, a los fines de aumentar la conectividad, es preciso -entre otras medidas- implementar “sandboxes regulatorios”, para que los *“mismos agentes que están en el mercado u otros, puedan plantear innovaciones y ofrecer nuevos servicios, bajo una burbuja regulatoria, que genere predictibilidad y permita presentar casos de negocio, en un marco de confianza y colaboración público-privado”*⁴⁷.

Esta propuesta alude a una técnica de intervención administrativa en el sector de las telecomunicaciones, pero descrita a partir del uso de una expresión que no es conocida en el Derecho administrativo, como es la “burbuja regulatoria”. De hecho, salvo las referencias mencionadas, no parece existir mucha información sobre qué es tal concepto. Empero, la referencia al “sandbox regulatorio” permite deducir cuál podría ser el concepto jurídico de “burbuja regulatoria”, institución que parte, en suma, de la implantación de figuras jurídicas diseñadas para otros sistemas.

El “sandbox”, en el idioma español, se traduce como espacio de prueba⁴⁸. Esta institución es conocida en el Derecho administrativo de Estados Unidos, y su propósito es crear un *“espacio seguro regulatorio para instituciones financieras innovadoras y actividades respaldadas por tecnología”*, que funcione como un *“entorno para que las empresas prueben productos con menos riesgo de ser “castigados” por el regulador por incumplimiento. A cambio, los reguladores*

⁴⁵ Véase: <https://www.gob.pe/institucion/mtc/informes-publicaciones/4044724-innovar-para-conectar-estrategias-y-medidas-de-regulacion-inteligente-para-reducir-la-brecha-digital>

⁴⁶ Página 42.

⁴⁷ Nakagawa, Virginia y Aguilar, José, “De los sandbox regulatorios y otros medios (demonios) de crecer el acceso a internet en Perú”, en *Revista de Derecho Administrativo* n° 20, 2021, pp. 69.

⁴⁸ Que es la expresión recomendada por la Fundación del Español Urgente.

requieren que los solicitantes incorporen salvaguardas apropiadas para aislar al mercado de los riesgos de su negocio innovador”⁴⁹. Este espacio se ha utilizado en la regulación de servicios financieros que se basan en nuevas tecnologías asociadas a la cuarta revolución industrial, en lo que se conoce como FinTech o servicios tecnofinancieros⁵⁰.

Como se observa, la introducción de este mapa conceptual en el Derecho administrativo de Hispanoamérica genera importantes problemas de adaptación conceptual, comenzando por el recurrente uso de la palabra regulación que, como hemos explicado, sufrió un proceso de cambio semántico. De allí que para poder analizar mejor el concepto de espacio de prueba, y así adaptarlo al sistema de Derecho administrativo hispanoamericano, debemos explicar su propósito desde el análisis económico. Esto, a su vez, nos permitirá entender mejor el sentido de la palabra “burbuja regulatoria”.

Como explicamos en la primera parte, por sus orígenes históricos, en el Derecho administrativo de Estados Unidos la regulación se orienta a corregir fallos de mercado, como sucedió con el monopolio natural que justificó la temprana intervención sobre el precio (tarifa) de los ferrocarriles. Por ello, usualmente, la justificación de la regulación económica es la corrección de los fallos de mercado⁵¹. Tal fue el enfoque inicial que en Estados Unidos se dio a las actividades económicas que impactan intensamente en el interés general y cuya adecuada gestión debe ser garantizada por el Estado, conocidas como actividades de interés público o *public utilities*⁵². Como resultado, la actividad administrativa es subsidiaria a los mecanismos de mercado, en el sentido que su ejercicio solo se justifica cuando los mercados fallan y, por ende, no pueden asegurar el intercambio eficiente de bienes y servicios.

⁴⁹ Zetzsche, Dirk A. *et al*, “Regulating a Revolution: From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation”, en *Fordham Journal of Corporate and Finance Law* n° 23, 2017, pp. 31 y ss.

⁵⁰ Expresión recomendada por la Fundación del Español Urgente. Vid.: Madir, Jelena, “Introduction-What is Fintech?”, en Madir, Jelena (ed), *FinTech: law and regulation*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2021, pp. 4 y ss. Véase también a Bijkerk, Werner, “El impacto de la tecnología al mercado financiero y sus desafíos regulatorios”, en Zunzunegui, Fernando (ed), *Regulación financiera y FinTech*, Aranzadi, Navarra, 2019. Para una visión comparada de las políticas públicas adoptadas en la materia, vid. Bijkerk, Werner, *Sandboxes regulatorios, hubs de innovación y más innovaciones regulatorias en América Latina y el Caribe. Una introducción*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2021.

⁵¹ Danós Ordóñez, Jorge, “La regulación económica”, cit.

⁵² Freund, Ernst, *Administrative Powers over persons and property. A comparative Survey*, The University of Chicago Press, Chicago, 1928, pp. 304 y ss.

Sin embargo, los cambios tecnológicos asociados a la cuarta revolución industrial han demostrado que, junto a los fallos de mercado, también se encuentran los “mercados inexistentes”. Esta expresión, paradójica en muchos sentidos, describe los casos en los cuales el mercado no emplea nuevas tecnologías para innovar en la oferta de bienes y servicios, todo lo cual genera oportunidades perdidas en términos de eficiencia y eficacia. La barrera al uso de estas tecnologías responde, en realidad, a fallos de mercado, como asimetrías de información o costes hundidos. Así, el mercado no logra coordinar los conocimientos necesarios para la aplicación de nuevas tecnologías, mientras que éstas requieren grandes inversiones que, eventualmente, podrán derivar en experiencias fallidas. Estas barreras, en suma, obstruyen la innovación. Frente a esta situación, en economía se ha propuesto -Mariana Mazzucato- que el Estado no solo debe corregir fallos de mercado, sino que debe también ayudar a crear mercados⁵³.

Así, la Administración puede ayudar a remover los obstáculos para la innovación tecnológica, en especial, la asimetría de la información y los costos hundidos. Para lo primero, la Administración puede desplegar su actividad prestacional para favorecer la coordinación entre operadores económicos y, con ello, facilitar el intercambio de información, por ejemplo, creando un centro para la innovación, dentro de la organización administrativa. También la tradicional actividad de fomento permitiría reducir los costos de inversión asociados al uso de nuevas tecnologías, favoreciendo su diseminación. El uso de la actividad administrativa de ordenación y limitación presenta mayor complejidad.

Tomando el ejemplo de los servicios tecnofinancieros, cabe recordar que, a nivel comparado, el Estado suele crear una Administración sectorial -por ejemplo, la Superintendencia de banca, seguros y AFP en el Perú- para la ordenación y limitación de la actividad bancaria. Dentro de las limitaciones establecidas en la Ley al ejercicio de la libertad de empresa, encontramos la autorización, que no solo permite el ejercicio de la libertad de empresa para prestar servicios financieros, sino que, además, somete al operador económico al ordenamiento jurídico sectorial bancario, esto es, la

⁵³ Mazzucato, Marianna, *Transformational change in Latin America and the Caribbean. A mission-oriented approach*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2022, pp. 58 y ss.

autorización con funcionalidad operativa⁵⁴. Desde el punto de vista económico, estas técnicas responden a fallos de mercado, típicamente, asimetrías de información⁵⁵. Sin embargo, estas técnicas generan mayores obstáculos al uso de nuevas tecnologías.

En efecto, las nuevas tecnologías responden a conocimientos todavía experimentales, en los cuales es necesario acudir al ensayo y error para descubrir nuevas aplicaciones y soluciones, o sea, para innovar⁵⁶. Esto genera una suerte de contradicción: para prestar servicios financieros basados en nuevas tecnologías, los operadores deben someterse al ordenamiento sectorial bancario, que limita la innovación. En la visión tradicional, este ordenamiento sectorial, a través de la potestad de supervisión, incluye la potestad sancionadora y, en general, la potestad de dictar ordenes en protección de los usuarios y la estabilidad del sistema. Por ello, la experimentación e innovación puede conducir a “errores” que den lugar a sanciones u órdenes, todo lo cual eleva el riesgo del uso experimental de las nuevas tecnologías. De otro lado, la técnica autorizatoria usualmente requiere demostrar capacidades y conocimientos que suelen no estar presentes en los servicios tecnofinancieros. Como resultado, el tradicional enfoque del ordenamiento sectorial frustra la innovación.

Para solucionar esta aparente contradicción, en economía se ha propuesto un nuevo enfoque, en el cual el Estado no se orienta a corregir fallos de mercado sino a estimular la innovación para crear nuevos mercados. Esto aconseja, por un lado, ajustar la regulación a la innovación, reduciendo con ello las cargas y deberes de los operadores, para estimular la experimentación y el error, que lejos de ser una conducta censurable, pasa a ser componente vital de la innovación. Pero al mismo tiempo, la regulación debe prevenir que esta experimentación cause daños a terceros, como los usuarios. Para cumplir ambos objetivos, se propuso someter a los servicios tecnofinancieros a una regulación que, por un lado, favorezca la innovación y, por el otro, aisle los posibles daños a terceros y al mercado. Como resultado, la regulación de los servicios tecnofinancieros crea “espacios” en

⁵⁴ Esto es lo que se conoce como “autorización con funcionalidad operativa”, pues no solo levanta el obstáculo legal que impide el ejercicio de la libertad de empresa sino que, además, somete al operador al ordenamiento jurídico sectorial, compuesto especialmente por normas reglamentarias. Véase nuestra explicación en Hernández G., José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, cit.

⁵⁵ Alexander, Kern, *Principles of Banking Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 33 y ss.

⁵⁶ Véase a Mazzucato, Marianna, *Transformational change in Latin America and the Caribbean. A mission-oriented approach*, cit.

los cuales operadores experimentan prestando servicios a terceros, mientras que el regulador monitorea los servicios y coadyuva a su perfeccionamiento, controlando posibles daños a los usuarios (que son otra falla de mercado, a saber, externalidades negativas). Si la experimentación logra dar resultados exitosos, el operador “sale” de este espacio de prueba, para operar bajo la regulación bancaria ordinaria.

Esta nueva técnica de intervención administrativa se ha venido implementando en la América Española, en el contexto de la tendencia por aprobar Leyes de mejora regulatoria que, en suma, se orientan a promover la calidad de la regulación y, con ello, sus efectos positivos sobre la innovación⁵⁷. Con lo cual, la “burbuja regulatoria” propuesta en el servicio de telecomunicaciones del Perú es, así, un espacio de prueba regulatorio. De esa manera, una de las razones que según el citado reporte explican la brecha digital son los fallos de mercado que obstruyen la innovación, todo lo cual genera barreras para la experimentación e innovación que, por medio de nuevas tecnologías, permitirían ampliar el acceso a servicios de telecomunicaciones. Para atraer a la inversión privada, la propuesta consiste en atender estos fallos, creando un espacio regulatorio en el cual operadores, en coordinación con la Administración experimenten para crear nuevas formas de prestar servicios de telecomunicaciones⁵⁸.

¿Cómo se instrumenta jurídicamente este espacio? No se trata, claro está, de un espacio físico sino lega, traducido en un ordenamiento jurídico especial. Por ello, la burbuja regulatoria requiere que la Administración autorice la prestación de servicios de telecomunicaciones empleando nuevas tecnologías, pero en modo experimental. Esto es, no se trata de la autorización que, en general, permite a operadores de telecomunicaciones prestar servicios, sino una autorización especial, de alcance limitado, por el cual los operadores prestan servicios para experimentar y así, innovar. Esta autorización supone un ordenamiento sectorial igualmente especial, en el cual el rol de la Administración no es tanto supervisar, ordenar y sancionar, sino acompañar el proceso de experimentación. En otros términos, este espacio requiere de un ordenamiento jurídico especial, en el cual los

⁵⁷ Nos remitimos al análisis comparado que hemos realizado en Hernández G., José Ignacio, “La mejora regulatoria en el Derecho administrativo de la América Española”, en *Cuadernos de Derecho Regulatorio volumen 2*, Madrid, 2024, pp. 29 y ss.

⁵⁸ Nakagawa, Virginia y Aguilar, José, “De los sandbox regulatorios y otros medios (demonios) de crecer el acceso a internet en Perú”, cit.

operadores no se sometan a las tradicionales potestades de ordenación y limitación de la Administración. Por su parte, el rol de la Administración no es solo ordenar y limitar el ejercicio de servicios de telecomunicaciones experimentales, sino ayudar al proceso de experimentación, facilitando la coordinación entre operadores y el flujo de información. El rol de la Administración incluye, por ende, técnicas similares al fomento, en el sentido que Administración participa, junto con los operadores, en el proceso de experimentación. El propósito último es abolir las barreras que frustran la innovación y, con ello, crear condiciones favorables para cerrar la brecha digital.

La implementación de este ordenamiento jurídico especial pasa por técnicas de Derecho administrativo económico, lo que requiere solucionar, como primer problema, la base legal de tal ordenamiento. Así, los espacios de prueba limitan la libertad de empresa, con lo cual, ellos son materia de la reserva legal, todo lo cual requiere que la Ley enuncie, al menos en sus aspectos centrales, la técnica autorizatoria. En concreto, la seguridad jurídica aconseja que esa base legal justifique que los operadores que prestan actividades bajo esta autorización especial no queden sometidos a las normas generales sobre órdenes y, en especial, sanciones. A todo evento, la especificidad de este ordenamiento aconseja que sea el reglamento el que, complementando la Ley, defina los detalles del ordenamiento jurídico especial creado para favorecer la experimentación. En ejecución de este ordenamiento, los operadores interesados en prestar servicios experimentales solicitan la correspondiente autorización, la cual no solo permite el ejercicio de la libertad de empresa prestando estos servicios, sino que, además, somete al operador al ordenamiento sectorial que, de nuevo, no es el que rige en general a las telecomunicaciones, sino el ordenamiento especial para la innovación.

Tal es, precisamente, el enfoque adoptado en el Perú a través del Decreto Legislativo n° 1.599 de 20 de diciembre de 2023, el cual implementó la propuesta de la burbuja regulatoria. Este texto está motivado principalmente en la brecha de infraestructura y de acceso a los servicios públicos de telecomunicaciones, todo lo cual justifica adoptar políticas de promoción de la innovación como *“establecer mecanismos de flexibilización de obligaciones*

*normativas con la finalidad de reducir a referida brecha*⁵⁹. Para atender a este objetivo, e inspirado en las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Decreto se propone introducir la figura del “sandbox regulatorio” mediante regulaciones reflexibles, capaz de adaptarse y *“anticipar y colaborar con las innovaciones”*⁶⁰. Para alcanzar estos objetivos, el Decreto legisla sobre diversas técnicas de la actividad administrativa, cuyos principios podemos resumir de la siguiente manera:

En *primer lugar*, encontramos el principio de innovación. El Decreto establece las bases de una ordenación jurídica para la promoción de la innovación, y que se diseña como un ordenamiento especial, dentro del ordenamiento sectorial de telecomunicaciones. Precisamente, el Decreto otorga base legal para adaptar el ordenamiento sectorial a las exigencias para la innovación.

En *segundo lugar*, encontramos el principio de flexibilidad. El ordenamiento especial está conformado por reglas que imponen limitaciones más flexibles al ejercicio de la libertad de empresa, en comparación con las limitaciones derivadas del ordenamiento sectorial. Este tratamiento diferenciado se justifica por las especiales exigencias de la innovación (artículo 2.1).

El *tercer principio* es la potestad reglamentaria. Los artículos 2 y 3 remiten, a normas reglamentarias, la concreción de las reglas flexibles a las cuales se someterán los operadores de telecomunicaciones. El artículo 2.1 faculta al Ministerio de Transportes y Comunicaciones a *“flexibilizar la regulación”*, lo que se traduce en la potestad reglamentaria que crea, para estos servicios, un régimen jurídico-administrativo especial. El alcance de esa reglamentación es precisado en el artículo 3.1 en cuanto a la finalidad perseguida: *“otorgar la flexibilización o exención temporal de las obligaciones establecidas en las normas que regulan las condiciones de operación de los servicios públicos de telecomunicaciones, y la asignación de recursos escasos en el sector telecomunicaciones”*.

⁵⁹ El decreto establece otras medidas para promocionar la innovación, que se enmarcan en la actividad prestacional, como el financiamiento de proyectos (artículo 6). Nuestro interés se centra en la actividad administrativa de ordenación y limitación.

⁶⁰ De la OCDE, véase, entre otros documentos, Attrey, A., M., et al., *The role of sandboxes in promoting flexibility and innovation in the digital age*, OECD Going Digital Toolkit Notes, No. 2, OECD Publishing, Paris, 2020, tomado de: <https://doi.org/10.1787/cdf5ed45-en>.

En *cuarto* lugar, encontramos el principio autorizatorio. De esa manera, la aplicación del ordenamiento jurídico especial requiere que los operadores interesados soliciten y obtengan la correspondiente autorización (artículo 2.1). De esa manera, una vez que la Administración define, vía reglamento, las reglas especiales que regirán a los servicios de telecomunicaciones, los interesados solicitan la correspondiente autorización que, una vez otorgada, no solo permite el ejercicio de los servicios de telecomunicaciones sino que, además, someten al operador al marco jurídico especial, como por lo demás se infiere del artículo 4.1⁶¹.

El *quinto* principio es la proporcionalidad. El ordenamiento sectorial especial es específico, tanto en cuanto al tipo de servicios a los cuales aplica como en el tiempo (artículo 2.1 y 3.1)⁶². La especificidad es resultado del principio de proporcionalidad, pues la Administración solo puede exceptuar a operadores de telecomunicaciones del ordenamiento sectorial general, en la medida en que sea estrictamente necesario en función al tipo de servicio prestado y el tiempo necesario para la innovación. Por consiguiente, el artículo 3.1 acota que el ordenamiento especial debe respetar compromisos internacionales y deberes de orden público, por ejemplo, relacionados con la protección del ambiente. Muy en especial, el artículo 3.3 recalca el deber de la Administración de proteger los derechos de los usuarios, la correcta administración del espectro radioeléctrico y la defensa de la libre y leal competencia. Esto quiere decir que la especificidad del ordenamiento jurídico no equivale a la inaplicación de todo el ordenamiento jurídico, sino tan solo, a la creación de reglas especiales que flexibilizan las limitaciones al ejercicio de la libertad de empresa derivadas del ordenamiento sectorial de telecomunicaciones, en la medida en que ello sea indispensable para promover la innovación⁶³.

⁶¹ Nótese cómo esta técnica coincide con la autorización con funcionalidad operativa, a la cual antes hicimos referencia. Así, no solo la Administración permite la prestación de servicios de telecomunicaciones sino que, además, al otorgar la autorización, somete al operador, automáticamente, al marco legal y reglamentario dictado para la promoción de la innovación.

⁶² El artículo 2.1 enumera dos tipos de servicios de telecomunicaciones que pueden quedar sometidos a este régimen: (i) proyectos y soluciones innovadoras “*en cualquier aspecto de la provisión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones que permitan optimizar el acceso y uso de servicios públicos de telecomunicaciones*”, y (ii) el “*despliegue de infraestructura y/o la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en áreas rurales o de preferente interés social o que no cuenten con servicios públicos de telecomunicaciones, las cuales son determinadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones*”.

⁶³ Tal y como acota el artículo 4.2.

El sexto y último principio es la *supervisión* (artículo 3.4). El Ministerio de Transportes y Comunicaciones “*realiza el monitoreo y supervisión de los impactos y beneficios obtenidos durante la implementación de los proyectos*”. La actividad administrativa de supervisión, en todo caso, no se circunscribe a la tradicional visión de asegurar el cumplimiento de las reglas legales y reglamentarias y, de ser el caso, imponer órdenes o sanciones. Lo verdaderamente importante es que la supervisión se orienta a acompañar el proceso de innovación, incluso, ajustando el marco normativo cuando sea necesario, como lo por lo demás lo acota la norma citada.

El proyecto de Decreto Supremo contentivo del reglamento del Decreto Legislativo n° 1.599, desarrolla estos seis principios⁶⁴. Así, su artículo 4 aclara que la flexibilización o exención regulatoria aplicarán en el “*espacio controlado de experimentación o desarrollo*”, para la ejecución de “*proyectos innovadores o para el cierre de brechas, por un período y alcance geográfico limitados*” (artículo 4.2). Estos espacios son, por ende, un ordenamiento jurídico especial que será determinado previa convocatoria pública, para permitir a los interesados solicitar que se les “*otorgue un espacio controlado de experimentación o desarrollo*” (artículo 5). En realidad, la Administración no “*otorga*” el espacio regulatorio, sino la autorización que somete al operador al ordenamiento jurídico especial, diseñado para favorecer la experimentación e innovación.

Como puede observarse, la “*burbuja regulatoria*” a la cual se hizo referencia en 2023, ha sido implementada a través de un espacio de prueba regulatorio que, más allá de la novedad de su diseño, responde a técnicas tradicionales del Derecho administrativo, como la potestad reglamentaria, la potestad autorizatoria y la potestad de supervisión. Sin embargo, estas técnicas deben ser interpretadas y aplicadas a través de nuevos paradigmas que favorezcan que el Derecho administrativo sea un motor -y no un freno- a la innovación.

2. Los cambios de paradigma necesarios para la efectiva adopción del Decreto Legislativo n° 1.599.

El Consenso de Washington, como explicamos, derivó en instituciones que favorecieron una suerte de modelo único de regulación, como sucedió

⁶⁴ De acuerdo con la Resolución Ministerial n° 467-2024-MTC/01.3, de 16 de agosto de 2024.

en las telecomunicaciones, y la difusión de instituciones como el acceso de terceros a la red o el servicio universal. Este enfoque consideró que las instituciones -en su sentido económico de reglas que reducen los costes de transacción⁶⁵- eran clave para el desarrollo y que, por ende, el mismo diseño institucional podía generar resultados igualmente similares. La experiencia demostró que este enfoque no era adecuado.

Así, las instituciones son, ante todo, productos sociales, de lo cual resulta que su diseño no puede seguir un proceso de arriba hacia abajo, o sea, el diseño de un modelo universal de instituciones que es luego implantado en determinado país. Esto equivale a adoptar las instituciones políticas de Dinamarca, con el propósito de alcanzar el mismo nivel de desarrollo de ese país. Especialmente en la América Española, este enfoque derivó en la importación de ambiciosas instituciones, pensadas para Estados con mayores capacidades. La región quiso, así, “parecerse a un Estado”, importando estas instituciones inspiradas en el contexto liberalizador⁶⁶.

Por el contrario, las instituciones surgen de un proceso de abajo hacia arriba, en el cual la sociedad evoluciona creando capacidades que dan lugar a instituciones propias. Esto no impide, por supuesto, la aplicación del método comparado, para observar cómo otros diseños institucionales podrían ser útiles. Pero este método comparado no puede llevarse al extremo de importar, sin modificación, instituciones surgidas en otros contextos políticos, sociales y jurídicos⁶⁷. Es en el aspecto jurídico en el cual queremos detenernos.

El Derecho administrativo es, para Allan R. Brewer-Carías, un Derecho estatal, pues regula un área específica del quehacer del Estado, en la cual éste se interrelaciona con las personas directamente para la gestión de los cometidos públicos⁶⁸. Con lo cual, como observa Linde Panigua, el Derecho

⁶⁵ Seguimos el concepto económico de instituciones, como las reglas que de manera coactiva inciden en el intercambio de bienes y servicios y por ende, influyen en los costos de transacción. Estas instituciones, de manera especial, asignan derechos económicos y fijan reglas de solución de controversia (instituciones económicas), al tiempo que determinan la organización del Estado (instituciones políticas). Cfr.: North, Douglas, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, 1999, pp. 3 y ss.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Daron Acemoglu, y James Robinson, *Why Nations Fail*, Crown Business, New York, 2012, pp. 70 y ss.

⁶⁸ Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho público en Iberoamérica. Volumen I*. Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 158 y ss.

administrativo es una categoría histórica, pues su contenido responde a las específicas condiciones políticas, sociales y económicas en las cuales se desenvuelve, todo lo cual ayuda a comprender la flexibilidad de esta disciplina⁶⁹. Estas notas colocan en evidencia el riesgo de trasladar instituciones jurídico-administrativas surgidas en contextos políticos específicos a otras realidades. Tal es, en suma, la principal crítica que hemos hecho a la incorporación del concepto de regulación en la América española según explicamos en la primera parte.

Precisamente, el reto más importante implementando los espacios de prueba en el Derecho administrativo de Hispanoamérica, es tomar en cuenta esta diferencia institucional, y evitar así que estos espacios terminen siendo lo que se llama una institución vitrina, o sea, una institución jurídica que exhibe importantes y favorables cambios, de poca o nula efectividad práctica⁷⁰. Para evitar que la llamada burbuja regulatoria termine siendo una institución vitrina, es preciso cambiar ciertos paradigmas tradicionales del Derecho administrativo en Hispanoamérica. En concreto, es necesario asumir paradigmas que favorezcan la innovación y la experimentación y que, por ello, partan de la complementariedad entre el sector público y el privado, abandonando instituciones de sesgo estatista que permanecen todavía en vigor, como es el caso paradigmático del servicio público.

En efecto, el Derecho administrativo en la América Española se formó como un Derecho estatista centrado en el poder y en la visión según la cual el sector público y privado son rivales. El servicio público, más allá de su imprecisión conceptual, denota esta rivalidad, pues las actividades de servicio público pertenecen a la esfera de lo público, no de lo privado. Por el contrario, la esfera de lo privado se subordina al interés público, lo que se traduce en potestades que permiten a la Administración crear, extinguir y modificar, de manera unilateral, relaciones jurídico-subjetivas. De allí la predominancia del interés público, la actuación unilateral, el acto

⁶⁹ Linde Paniagua, Enrique, *Fundamentos de Derecho administrativo. Del derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*, UNED-Colex, Madrid, 2009, pp. 92 y ss.

⁷⁰ La región ha adoptado ambiciosas reformas jurídicas, no para implementarlas, sino para exhibirlas como signo de progreso. Estas reformas son, así, “instituciones vitrina” pues pretenden crear la imagen de una refinada capacidad estatal, que puede terminar siendo una mera ilusión. Cfr.: 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 y ss.

administrativo y, en suma, la idea de potestades como poderes que subordinan a los “administrados”, y en especial, la potestad sancionadora⁷¹.

En el Derecho administrativo económico, este paradigma favorece la visión estatista del desarrollo, reafirmando el rol central del Estado en la economía, y concentrando en éste el proceso de toma de decisiones, incluso, por medio de potestades de intensa ordenación y limitación. El rasgo de la *publicatio* en el servicio público, más allá de sus variantes, refleja precisamente este énfasis en lo público y su contraposición a lo privado. Bajo estos esquemas, el Derecho administrativo económico no fomenta la innovación y la experimentación, sino que más bien crea barreras, tanto más, en tanto la experimentación y sus errores, entran en tensión con las potestades anejas al servicio público⁷². Ciertamente, luego de las políticas de liberalización de fines del siglo pasado, la intensidad de la *publicatio* tendió a reducirse, al menos, en un ámbito teórico. Pero como hemos explicado en otro lugar, en la América Española, la tesis del nuevo servicio público no logró cambiar los paradigmas de la *publicatio* y el rol estatista del desarrollo⁷³.

Los espacios de prueba regulatorios se enfrentan a los paradigmas del Derecho administrativo económico centrado en el interés público y la acción unilateral. Hasta ahora, pareciera que la región ha prestado más atención a la importación de diseños jurídicos basados en la figura de la regulación y las buenas prácticas, en especial, propuestas por organismos como la OCED⁷⁴. El riesgo de esta visión es el mimetismo isomórfico, esto es, la adopción de sofisticadas fórmulas legales para crear espacios de prueba inspiradas en instituciones pensadas para Estados con adecuada capacidad estatal, cuya efectiva aplicación, sin embargo, se ve afectada no solo por la fragilidad estatal en la América Española, sino además, por la inadecuación

⁷¹ Esa visión puede verse en Escola, Héctor, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, DePalma, Buenos Aires, 1989, pp. 19 y ss.

⁷² Sobre el alcance de la *publicatio*, desde el método comparado, vid. Araujo-Juárez, José (coordinador), *Colección de Derecho Administrativo Comparado. Volumen VIII. El servicio público*, Editorial Temis, Bogotá, 2024, pp. 325 y ss.

⁷³ 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.

⁷⁴ Como ha sucedido con la mejora regulatoria. Cfr.: Hernández G., José Ignacio, “La mejora regulatoria en el derecho administrativo económico de América Latina ¿non nova, sed nove?”, en Saettone, Mariella et al., *Estudios en homenaje al Profesor Felipe Rotondo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2024, pp. 469 y 22.

entre los fundamentos de estos espacios y los paradigmas del Derecho administrativo centrados en el interés público.

Desde la perspectiva de las políticas públicas, el Derecho administrativo opera como un filtro, en el sentido que la implementación de estas políticas pasa por el tamiz de las instituciones formales e informales del Derecho administrativo, las cuales terminan permeando a las políticas e incidiendo en sus resultados. Esta es una de las razones por las cuales similares políticas pueden dar lugar a resultados distintos: el mismo diseño jurídico de los espacios de prueba puede derivar en resultados diferentes de acuerdo con el “ecosistema” del Derecho administrativo en el que se aplique⁷⁵. Para evitar este riesgo, y además de la adecuación del diseño jurídico a la concreta realidad en la cual éste se aplica, es necesario pasar del Derecho administrativo centrado en el interés público al Derecho administrativo centrado en la innovación.

Mientras que el Derecho administrativo centrado en el interés público descansa en el concepto de potestad, esto es, la acción unilateral de la Administración para ordenar y limitar determinado sector económico, el Derecho administrativo centrado en la innovación parte de la complementariedad entre el sector público y privado, destacando el rol de la Administración promoviendo la coordinación y reduciendo los costos de información que pueden frenar la innovación. Del Derecho administrativo basado en la rivalidad entre el sector público y privado, debe pasarse al Derecho centrado en la complementariedad entre ambos sectores.

Asimismo, desde el interés público, y especialmente desde fines del siglo pasado, la intervención administrativa en la economía se ha justificado en atender fallos de mercado, en una visión que reproduce, en cierto modo, la idea de rivalidad, pero ahora para basarse en la primacía del mercado en la innovación. Sin embargo, como explicamos, no solo fallos de mercado pueden obstruir la innovación: también la ausencia de mercados es un importante obstáculo, en la medida en que los operadores económicos se enfrenten a barreras que obstruyen experimentar con nuevas tecnologías para ofrecer nuevos bienes y servicios. Con lo cual, en el Derecho administrativo para la innovación, la Administración participa con el sector privado en la experimentación con nuevas tecnologías, acompañando este

⁷⁵ Solís, Hans, “Los sandbox regulatorios financieros como herramienta de control a la potestad regulatoria discrecional de los Estados: Una reflexión desde Latinoamérica”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología Volumen 13*, 2024, p. 3.

proceso creativo, tal y como se deduce del artículo 1 del Decreto Legislativo n° 1.599.

Así, la intervención administrativa, de acuerdo con este artículo, no se justifica (solamente) para paliar fallos de mercado o atender a riesgos. La intervención administrativa, por el contrario, se orienta a *“promover la innovación tecnológica, la reducción de la brecha de infraestructura y de acceso a los servicios públicos de telecomunicaciones a través de la implementación de proyectos y soluciones innovadoras”*, según el citado artículo 1. El uso del verbo “promover” no debe llevar a equívocos, tratando de enmarcar esta actividad en una modalidad de fomento. Tampoco es necesario postular la existencia de una nueva modalidad de actividad administrativa, bajo el rótulo de regulación, o regulación para la innovación. En un ejemplo del mimetismo isomórfico, se ha querido englobar a esta intervención bajo el rótulo “RegTech”, que es la abreviación de la expresión en lengua inglesa “regulatory technology”⁷⁶. Pero el uso de estas expresiones, como ya vimos, solo agrega mayor confusión a un nuevo panorama que precisa de importantes cambios de paradigmas -y no, en realidad, de cambio de nombres a las categorías de la actividad administrativa.

Como vimos, a los fines de promover la innovación tecnológica, el Decreto Legislativo n° 1.599 acude a técnicas intercambiables de la actividad administrativa, como la potestad reglamentaria, la potestad autorizatoria y la potestad de supervisión. Lo que cambia no son las técnicas, sino su finalidad: la actividad de ordenación y limitación debe orientarse a promover la innovación, todo lo cual requiere abandonar estructuras centradas en la visión tradicional del interés público, para adoptar estructuras basadas en la cooperación con el sector privado. Estas estructuras requieren pasar de un Derecho administrativo que penaliza el error -a través de la potestad sancionadora- a otro que estimule el error, en tanto parte del proceso de auto-descubrimiento que favorece a la innovación.

Por ello, cuando el citado artículo 4.1 alude al acto administrativo que determina la “flexibilización o exención regulatoria concreta”, no se está refiriendo al tradicional acto administrativo ejecutivo y ejecutorio, o a la tradicional potestad de autotutela basada en la presunción de legalidad. No solo estas instituciones son muy poco relevantes para la promoción de la

⁷⁶ Villafuerte Mendoza, José, “¿Podemos regular a las fintech? desafíos y propuestas”, en *THEMIS: Revista de Derecho* n° 79, Bogotá, 2021, pp. 235 y ss.

innovación, sino que además, ellas pueden derivar en “filtros” que frustren la innovación. El acto administrativo es, aquí, resultado de la cooperación orientada a la experimentación, en la cual la Administración favorece la coordinación. Esta visión no es tampoco nueva, pues responde a la categoría de actos administrativos consensuales estudiada, entre otros, por Luciano Parejo Alfonso⁷⁷.

La efectiva implementación de los espacios contralados de experimentación o desarrollo para promover la innovación y contribuir al cierre de la brecha digital, no requiere importar instituciones foráneas, reproducir la teoría de la regulación o incorporar anglicismos como *RegTech*. Ello no quiere decir, por supuesto, que los objetivos de estos espacios podrán obtenerse bajo la visión tradicional de la Administración que unilateralmente ordena y limita el ejercicio de la libertad económica por medio de actos administrativos ejecutivos y ejecutorios que atienden fallos de mercado o riesgos. En realidad, para implementar efectivamente estos espacios, es necesario cambiar los paradigmas del Derecho administrativo, desde la acción unilateral basada en la rivalidad entre el sector público y privado, hacia la acción cooperativa fundada en la complementariedad entre ambos sectores. En pocas palabras, lo que cambian no son las técnicas de la intervención administrativa, más allá de necesarios ajustes a la especificidad de estos espacios. Lo que debe cambiar es la finalidad de esas técnicas, que debe orientarse a promover la innovación tecnológica y, por ende, favorecer a la creación de mercados que, en suma, permitan cerrar la brecha digital.

CONCLUSIONES

El Derecho administrativo en América Latina, pero en especial en la América Española, es resultado de un intenso ejercicio de Derecho comparado, como Mairiel ha señalado⁷⁸. Pero no se trata de la aplicación del método comparado sino más bien, del préstamo de instituciones foráneas que, en no pocas ocasiones, son empleadas sin mayor rigor. No es extraño, así, encontrar contribuciones académicas que, escritas desde el Derecho administrativo de determinado país de la región, acuden directamente a

⁷⁷ Parejo Alfonso, Luciano, “Los actos administrativos consensuales en el Derecho Español”, en *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitutional* n° 11, 2003, pp. 11 y ss

⁷⁸ Mairiel, Héctor, “The need for a comparative Administrative Law studies in Latin America” en *Comparative Law Review* N° 6-1, 2015, pp. 1 y ss

citas de autores extranjeros, de preferencia españoles. Pero esta cita -que es, en realidad, un préstamo institucional- no necesariamente toma en cuenta que el autor citado no escribió aislado de la realidad que lo rodea. Todo lo contrario, sus reflexiones son resultado de esa realidad. En resultado es, por ende, el traslado de instituciones surgidas para una realidad específica, a realidades muy distintas, como son las propias de Hispanoamérica.

Tal es el caso del préstamo institucional del concepto de regulación. Gaspar Ariño Ortiz no empleó ese término en abstracción a la concreta realidad española. Por el contrario, para interpretar esa realidad, influenciada a través del Derecho comunitario y la teoría económica de la regulación, Ariño incorporó y adoptó el concepto de regulación. Pero la América Española no prestó tanta atención a esa labor de adaptación y, más bien, con referencias incluso directas a Ariño, postuló sin más la introducción de la regulación como una categoría propia del Derecho administrativo., impulsando así un cambio semántico. El resultado fue el mimetismo isomórfico, pues una región de fragilidad estatal quiso parecerse a Estados capaces, importando ambiciosas instituciones pensadas para la Unión Europea o Estados Unidos. Al hacer ello, además, la región prestó más atención a la forma que al fondo: era más importante hablar de la nueva regulación económica, que asumir los necesarios cambios de paradigma para que el Derecho administrativo no fuese un obstáculo al desarrollo.

Hoy, la región se enfrenta a una situación similar, ahora, con el préstamo institucional de los “sandboxes regulatorios” basados en la “RegTech”. Estas expresiones no son impropios anglicismos, sino algo mucho más grave: indebidos préstamos institucionales que responden a estructuras sociales y culturales diferentes. El riesgo es, de nuevo, prestar más atención a la forma que al fondo, a los fines de desarrollar una teoría de la actividad administrativa del sandbox regulatorio, sin reparar en los cambios de paradigma necesarios para promover la innovación. El Decreto Legislativo nº 1.599 se enfrenta a este riesgo, con la introducción del espacio controlado para promover la innovación tecnológica, la reducción de la brecha de infraestructura y de acceso a los servicios públicos de telecomunicaciones. Para atender el riesgo del mimetismo isomórfico, hemos propuesto dos técnicas de interpretación.

La primera técnica de interpretación es no caer en la tentación de ver, en el Decreto Legislativo nº 1.599, nuevas técnicas de regulación. Más allá del lenguaje del Decreto -complejo, por lo demás- encontramos técnicas

tradicionales, como la potestad reglamentaria, la potestad autorizatoria y la potestad de supervisión. Incluso, el Decreto Legislativo acota que el espacio se crea a través de un acto administrativo. Antes que insistir en una nueva actividad administrativa, es más sensato entender que el espacio controlado es resultado de las técnicas de la actividad administrativas conocidas en el Derecho administrativo del Perú. Pero ello plantea un riesgo que justifica nuestra segunda recomendación en cuanto a la técnica de interpretación.

Las potestades administrativas de ordenación y limitación de la libertad de empresa establecidas en el Decreto Legislativo n° 1.599, deben interpretarse en función a la finalidad descrita en su artículo 1, esto es, promover la innovación tecnológica para crear nuevas formas más eficientes de prestar servicios de telecomunicaciones que coadyuven a cerrar la brecha digital. Esto requiere adoptar los paradigmas del Derecho administrativo para la innovación, lo que podemos resumir en tres postulados: (i) del Derecho administrativo centrado en la gestión unilateral del interés público basada en la rivalidad del sector público y privado, debe pasarse al Derecho centrado en la cooperación y la complementariedad entre ambos sectores; (ii) de la actividad administrativa que corrige fallos de mercado y atiende a riesgos, debe pasarse a la actividad administrativa que participe en la creación de nuevos mercados, mediante la innovación, y (iii) del Derecho administrativo que penaliza el error, debe pasarse al Derecho administrativo que estimula el error, como parte de la “tormenta creativa” necesaria para la innovación.

Alcanzar estos cambios de paradigma requiere de una nueva cultura jurídica que repare en las debilidades institucionales de las Administraciones públicas de nuestra región. La principal debilidad es una arraigada fragilidad estatal, que afecta la capacidad burocrática de la Administración y en especial, la capacidad de los funcionarios de promover cambios tecnológicos. De no adoptarse estos cambios de paradigma y, en consecuencia, de no construir capacidades estatales necesarias para avanzar en estos nuevos paradigmas de la innovación, se corre el riesgo de que las medidas introducidas en el Decreto Legislativo n° 1.599 resulten en una institución vitrina que no contribuya a abatir la arraigada desigualdad de la región.

Brookline, MA., Febrero de 2025