



REFLEXIONES JURÍDICAS VOL IV

Facultad de Jurisprudencia

REFLEXIONES JURÍDICAS
Volumen IV

Hugo R. Gómez Speer

Obra seriada de la Facultad de Jurisprudencia

© 2018 Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Quito,
Ecuador
www.edipuce.edu.ec

Supervisión técnica: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Agradecimientos: Dr. Íñigo Salvador Crespo (Decano) y equipo de investigación y publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Colección: Textos Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Título: REFLEXIONES JURÍDICAS (Vol. IV)

Obras incluidas en esta Colección
LA DESCAPITALIZACIÓN DEL FONDO DE PENSIONES DEL IESS VS EL DERECHO DE LOS AFILIADOS
EL DERECHO INTERNACIONAL MODERNO EN AMÉRICA
JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO (2018)
LA REFORMA JUDICIAL ECUATORIANA COMO MECANISMO DE CONTROL
EL CONCEBIDO ANTE EL DERECHO
LA PLUSVALÍA EN EL SISTEMA TRIBUTARIO ECUATORIANO
CHINA EN LA AMAZONÍA
JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO
REFLEXIONES JURÍDICAS (Vol. I, II y III)
EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO EN LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR
APUNTES DE DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA
ESSAYS ON INSTITUTIONS, COORDINATION AND LEGAL THEORY
DERECHO, ENFOQUES Y MÉTODOS: UNA RETROSPECTIVA
DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DE COMPAÑÍAS DE COMERCIO EN ECUADOR
DERECHO & ECONOMÍA: UNA REVISIÓN DE LA LITERATURA HISPANOAMERICANA

Editor: Rubén Méndez Reátegui
Presentación: Íñigo Salvador Crespo
Supervisión técnica: Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Este libro se inscribe dentro de las actividades jurídico investigativas realizadas por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Revisión de estilo: Alfonso Sánchez
Diseño y diagramación: Amparo Álvarez Meythaler y Mariana Lozada
ISBN Serie: 978-9978-77-333-8
ISBN: 978-9978-77-357-4

Todos los derechos reservados. El contenido de esta obra se encuentra protegido por la Ley. Cualquier requerimiento deberá ser realizado al Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Quito, Ecuador, 2018
IMPRESO EN ECUADOR - PRINTED IN ECUADOR

REFLEXIONES JURÍDICAS

Volumen IV

Rubén Méndez Reátegui
Editor

Hugo R. Gómez López



Pontificia Universidad
Católica del Ecuador

CAPÍTULO XIII
MEJORA REGULATORIA

REFLEXIONES SOBRE EL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO

Hugo R. Gómez Apac^{*628}

1. Introducción

El presente artículo tiene por objeto exponer algunas reflexiones sobre el Análisis de Impacto Regulatorio (en adelante, el **RIA**⁶²⁹), herramienta conceptual de suma importancia que debería ser utilizada por políticos y burócratas con el objeto de evitar hacer leyes o reglamentos ineficientes en el sentido de sus costos son mayores a sus beneficios.

Un enemigo de la competitividad económica es el propio Estado, que a veces sin mayor reflexión abruma al sector empresarial con sobrecostos manifestados en el cumplimiento de regulaciones no razonables, como la exigencia de duplicidad de trámites, procedimientos innecesarios o costosos, etc. Estas exigencias se erigen como barreras burocráticas que dificultan el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado. Y así como las empresas con posición de dominio establecen barreras a la entrada que restringen la competencia, las entidades gubernamentales -posiblemente sin darse cuenta- generan barreras que afectan la competitividad económica

(*) Profesor de la UPC, magistrado de la CAN.

628 El autor aclara que las opiniones vertidas en el presente artículo expresan su punto de vista personal y no comprometen a la institución en la cual labora. Asimismo, desea agradecer a Karla Margot Rodríguez Noblejas, Juan Manuel Indacochea Jáuregui y Mariela del Pilar Rojas Vásquez por su colaboración en la revisión del presente documento.

629 Por las siglas en inglés de Regulatory Impact Assessment (o Regulatory Impact Analysis).

al imponer a las empresas, a través de una mala regulación, sobrecostos que podrían evitarse.

El RIA busca precisamente que la regulación sea “buena”. Una regulación que sea eficaz en la solución de problemas, pero al menor costo posible. El Análisis Costo-Beneficio (en lo sucesivo, ACB) es un aspecto consustancial al RIA. Es de sentido común que el remedio no puede ser peor que la enfermedad. En términos de políticas públicas, lo inadmisibles es que el costo de una regulación sea mayor al beneficio que pretende conseguir. En estos casos lo mejor es que no haya regulación. De ahí la importancia de identificar claramente los costos y beneficios de la regulación a efectos de escoger aquella opción regulatoria cuyos beneficios sean mayores a sus costos.

Los recursos, como se sabe, son escasos, tanto los del Estado como los del sector privado. Una buena regulación tiene como norte el uso eficiente de los recursos públicos. En países como los que conforman la Comunidad Andina el desperdicio de recursos públicos no solo es ineficiente en términos económicos, sino también injusto e inmoral.

Una utilización óptima de los recursos públicos y privados, por ejemplo, a través de Asociaciones Público-Privadas, permite la cobertura de servicios públicos como energía (electricidad, gas), telecomunicaciones (telefonía, internet) y agua potable y manejo sanitario de aguas residuales; la provisión de infraestructura de transporte de uso público (carreteras, puertos, vías férreas, aeropuertos); y la prestación de servicios asistenciales como salud y educación.

El RIA es una herramienta de diagnóstico, de análisis, que permite una mayor reflexión a los hacedores de decisiones: políticos y burócratas. El RIA busca que la regulación contenida

en leyes y reglamentos administrativos genere beneficios para la sociedad mayores a sus costos, al entender por sociedad tanto al aparato estatal que va a aplicar la regulación como a los administrados (personas naturales o jurídicas) destinatarios de esta.

El presente documento está estructurado de la siguiente forma. Primero se define lo que es regulación y RIA. Luego se abordan dos herramientas intrínsecas al RIA, el ACB y el test de proporcionalidad, necesarias para comprender la operatividad misma del RIA. A continuación, se explica la operatividad del RIA. Y en la parte final se exponen las normas peruanas que promueven la aplicación del RIA, reflexionando a partir de dicha normativa que el Estado no tiene el derecho de imponer la regulación sino el deber de justificarla. La conclusión final del documento es que el RIA constituye un instrumento de defensa de la libertad económica.

2. ¿Qué es la regulación?

La regulación ocurre cuando una entidad estatal establece limitaciones para el desarrollo de una actividad económica o social con la finalidad de mejorar el bienestar general, generar eficiencia, evitar peligros o daños a la sociedad u otros fines considerados positivos. Tales limitaciones se pueden expresar tanto en exigir el cumplimiento de requisitos o condiciones para iniciar la actividad económica o social como en establecer la forma cómo se va a desarrollar la actividad. La regulación establece lo que se puede hacer y lo que no. La regulación, en el fondo, limita la libertad, especialmente la libertad económica. Ello por sí mismo no es negativo. Lo negativo es que la regulación asfixie a la libertad económica o que esta no tenga ningún límite y se convierta en libertinaje. Debe haber un equilibrio entre la regulación y la libertad, y ese equilibrio se logra cuando la regulación corrige el problema social detectado al menor costo social posible.

Son ejemplos de regulación la licencia para conducir un vehículo, el permiso para portar un arma o la autorización para operar un establecimiento comercial o industrial; el estudio de impacto ambiental para la exploración o explotación minera; las leyes de defensa de la competencia o de protección al consumidor; las normas de zonificación, de aeronáutica civil o de etiquetado de los productos; etc. Hay regulación en todos los sectores: ambiente, minería, electricidad, transporte, comunicaciones, salud, vivienda, construcción, industria, pesca, agricultura, turismo, banca, seguros, deporte, entre otros. Todas las actividades económicas se encuentran reguladas de una u otra forma.

Para efectos del presente artículo entendemos por “regulación” cualquier norma legal o reglamentaria mediante la cual el Estado —expresado en el Parlamento, cualquier dependencia del Poder Ejecutivo o las instancias descentralizadas (v.g. municipalidades)—, a través del ejercicio de su derecho de imperio (*ius imperium*), interviene estableciendo exigencias, requisitos, condiciones, cobros, limitaciones, prohibiciones, procedimientos u otras medidas que limitan el comportamiento de los ciudadanos, sean estos agentes económicos o no.

¿Cuándo es necesaria la regulación? Parte de aplicar el RIA consiste precisamente en tener claro en qué casos regular y cuándo abstenerse. Sin perjuicio de ello, y de modo general hablando de las actividades económicas, es posible afirmar que tiene sentido regular cuando estamos frente a un problema que el mercado por sí mismo no puede solucionar, de ahí que la única forma de resolver ese problema es mediante la regulación, es decir, mediante la intervención del Estado como autoridad. Es así que se suele mencionar como una justificación para regular la existencia de fallas del mercado, tales como externalidades, asimetría informativa, poder de mercado, bienes públicos, etc.

3. ¿Qué es el RIA?

En su página web, la OECD⁶³⁰ define al RIA como un enfoque sistémico que permite evaluar críticamente los efectos positivos y negativos de una propuesta de regulación (o de una regulación ya existente) y las alternativas no regulatorias⁶³¹. Con mayor amplitud, en un documento de la OECD se explica que el RIA examina y mide los probables beneficios, costos y efectos de una nueva regulación o de un cambio de regulación. Que es una herramienta útil que provee a los responsables de la toma de decisiones valiosos datos empíricos y un marco integral mediante el cual ellos pueden evaluar sus opciones y las consecuencias que pueden tener sus decisiones. Una comprensión pobre de los problemas y de los efectos indirectos de la acción gubernamental puede socavar los esfuerzos regulatorios y resultar en fallas regulatorias. Así, continúa el referido documento, el RIA se usa para identificar problemas y asegurar que la acción gubernamental sea justificada y apropiada⁶³².

630 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (*Organisation for Economic Co-operation and Development*).

631 Extraído de la siguiente definición: "*Regulatory Impact Analysis (RIA) is a systemic approach to critically assessing the positive and negative effects of proposed and existing regulations and non-regulatory alternatives. As employed in OECD countries it encompasses a range of methods. It is an important element of an evidence-based approach to policy making*". Fuente: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria.htm> (Consultado el 12 de marzo de 2018).

632 "Regulatory Impact Analysis (RIA) examines and measures the likely benefits, costs and effects of new or changed regulations. It is a useful regulatory tool that provides decision-makers with valuable empirical data and a comprehensive framework in which they can assess their options and the consequences their decisions may have. A poor understanding of the problems at hand or of the indirect effects of government action can undermine regulatory efforts and result in regulatory failures. RIA is used to define problems and to ensure that government action is justified and appropriate." En: Regulatory Policy Division (Delia Rodrigo, Administrator) – Directorate for Public Go-

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú, citando a Colin Kirkpatrick y David Parker⁶³³, menciona que el RIA es un método de análisis de política cuyo objetivo es asistir a los hacedores de políticas en el diseño, implementación y monitoreo de mejoras a sistemas regulatorios mediante la provisión de una metodología para evaluar las probables consecuencias de la regulación propuesta, así como los efectos reales de regulaciones vigentes, en términos de tres pilares de desarrollo sostenible: el económico, el social y el ambiental⁶³⁴.

Como afirman Robert Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge, la idea central del RIA es que, al evaluar las propuestas, regímenes o reglas de la política regulatoria, se debe prestar atención al análisis de los costos y beneficios anticipados asociados a los controles relevantes⁶³⁵.

vernance and Territorial Development. Regulatory Impact Analysis in OECD Countries – Challenges for developing countries. Organisation for Economic Co-operation and Development, Dhaka – Bangladesh, Junio, 2005, p. 5. Descargado de: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35258511.pdf> (Consultado el 12 de marzo de 2018).

633 Citados en los siguientes términos: KIRKPATRICK, Colin y David PARKER. *Regulatory impact assessment: an overview*. En: Regulatory Impact Assessment. Towards Better Regulation? (obra conjunta). London, p. 1.

634 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Guía sobre la calidad normativa y publicación de proyectos normativos. Guía para asesores jurídicos del Estado*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, primera edición, agosto de 2016, Lima, p. 16. Descargado de: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/08/MINJUS-DGDOJ-Guia-sobre-la-calidad-normativa-y-publicacion-de-proyectos-normativos.pdf> (Consultado el 12 de marzo de 2018).

635 “The central idea of regulatory impact assessment is that, in evaluating regulatory policy proposals, regimes, or rules, attention should be paid to an analysis of the anticipated costs and benefits associated with the relevant controls.” En: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; y LODGE, Martin. Understanding Regulation. Theory, Strategy, and

Hacen regulación los políticos (parlamentarios⁶³⁶, ministros, alcaldes) y los burócratas (directores y demás funcionarios de los ministerios o secretarías y demás entidades públicas). El RIA es la herramienta que les permite diseñar e implementar una buena regulación, una cuyos beneficios superen a los costos. También sirve para modificar o mejorar la regulación existente, incluso para desaparecer una regulación inadecuada.

El RIA es una carga para los hacedores de decisiones. Estos podrían preferir expedir la norma sin tanta evaluación. Los políticos y burócratas necesitan convencer a la población que su gestión es exitosa, y a veces miden el éxito en función del número de normas (leyes y reglamentos) aprobadas, como si el solo hecho de aprobar una norma tuviera el efecto mágico de solucionar los problemas sociales. Ello explica el apuro en aprobar normas o la presión por aprobar muchas normas. El RIA los detiene en ese afán, los hace pensar, reflexionar. En particular les exige realizar un **ACB** de la propuesta normativa, lo que toma tiempo, requiere información y evaluación, lo que a veces los hacedores de decisiones no están dispuestos a asumir.

4. ¿Qué es el Análisis Costo-Beneficio (ACB)?

El ACB es un elemento intrínseco al RIA. Comparten el mismo propósito: ambas son herramientas para tomar decisiones (políticas públicas), maximizar el bienestar general y lograr una buena regulación. En este documento consideramos al ACB como parte del RIA, pero tampoco es equivocado pensar que en el fondo son lo mismo.

Practice. Segunda edición, Oxford University Press, New York, 2012, p. 315.

636 Llamados también legisladores, congresistas, asambleístas, senadores, diputados, etc.

El ACB consiste en identificar los beneficios y costos de una regulación. Una regulación es buena si los beneficios son mayores a los costos. Bien hechas las cosas, el análisis comprende todos los beneficios y costos, los directos e indirectos, los de corto, mediano y largo plazo. Hay que identificar a todos los involucrados y destinatarios de la regulación, tanto a los que ganan como a los que pierden. Dado que una regulación puede tener impacto en la conducta de las personas, es importante reconocer qué conductas se van a incentivar y cuáles desincentivar con la regulación. Por el lado de los costos, está el gasto de implementar la regulación, lo que recae en el aparato público que va a aplicar y vigilar que la regulación se cumpla ¿Cuántos recursos públicos se van a necesitar anualmente para aplicar la regulación? También están los costos que asumirán los administrados, sean estos agentes económicos o no. Al final deben sopesarse, ponderarse, los beneficios y los costos. La idea del ACB es escoger aquella opción regulatoria cuyos beneficios perseguidos superen los costos que tendrían que asumir el Estado y los ciudadanos.

Los beneficios y costos, por cierto, no son solo los cuantitativos, aquellos que se pueden medir en dinero, sino también los cualitativos. Así lo reconoce expresamente un documento de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo del Ecuador que señala que el criterio “costo – beneficio” se aplica tanto a impactos cuantitativos como cualitativos⁶³⁷. Dicho documento da una serie de ejemplos de costos y beneficios económicos, sociales y ambientales; menciona que los costos y beneficios pueden ser de corto o de largo plazo, que los costos pueden ser directos o indirectos y que puede haber una distribución de los costos y beneficios (la propagación de

637 Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. *Toolkit sobre Estudio de Impacto Regulatorio*. SENPLADES, Quito, 2014, p. 41.

estos impactos en la sociedad)⁶³⁸.

Respecto de costos y beneficios cualitativos, Gabriel Ortiz de Zevallos y Gustavo Guerra-García manifiestan lo siguiente:

“Es importante señalar que el ACB es una metodología en la cual se puede incorporar una serie de criterios diversos para la evaluación de las opciones disponibles. Factores culturales o políticos pueden ser sustantivos al momento de tomar decisiones de gobierno. Por ello no debe considerarse que el ACB da respuestas tecnocráticas definitivas cuando se evalúan medidas de política relacionadas a beneficios intangibles importantes, pero tampoco se debe caer en el otro extremo, subestimar el poder de análisis del ACB.

Resulta fácil obviar la necesidad de identificar y cuantificar los pros y contras de un proyecto público, mediante la excusa de que diversos temas públicos no admiten cuantificación. La mayoría de asuntos públicos sí lo permiten y el ACB es la metodología universalmente aceptada para enfrentar estos problemas, aunque la precisión que dicha metodología ha desarrollado para diferentes materias es variable. Y, aun en el caso de que una determinada medida de política incluya elementos que no pueden ser cuantificados, ello no es razón para que no se cuantifique todo aquello que sí es posible, y que se presente un resumen de los impactos susceptibles y no susceptibles de ser cuantificados. La idea de fondo es que las opciones de decisión se presenten con la mayor transparencia posible”⁶³⁹.

638 Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. *Toolkit sobre Estudio de Impacto Regulatorio*. SENPLADES, Quito, 2014, p. 42-45.

639 Ortiz de Zevallos, Gabriel y Guerra-García, Gustavo. *Análisis Costo Beneficio de las Normas*. Instituto Apoyo – USAID, Lima, 1998, p. 15. Los referidos autores (pp. 25-37) plantean el siguiente enfoque metodológico de diez pasos para facilitar la comprensión del ACB:

Gianfranco Mejía⁶⁴⁰ explica las siguientes fases del ACB Cualitativo:

a) Identificar todos los impactos (costos y beneficios) directos e indirectos de la norma.

b) Clasificar los impactos en grupos, de acuerdo con la población afectada y determinar si los mismos son positivos (beneficios) o negativos (costos).

c) Realizar la evaluación final.

Dicho autor complementa lo anterior con lo siguiente: (i) valorar los efectos con y sin valorar los efectos sobre la sociedad en su conjunto de la aplicación de distintas políticas (o proyectos) y elegir entre ellas la mejor opción⁶⁴¹.

Definición del proyecto público y sus alternativas.

Identificar ganadores y perdedores.

Causas y efectos.

Determinación de costos y beneficios directos.

Determinación de costos y beneficios indirectos.

Cuándo ajustar precios de mercado.

Costos y beneficios no monetarios para los que existen métodos de valorización.

Cómo se evalúan proyectos en diferentes períodos de tiempo.

Cuál es la tasa de descuento apropiada.

Consideraciones distributivas.

640 Mejía Trujillo, Gianfranco. Análisis Costo-Beneficio de las Normas. Su aplicación mediante la metodología cualitativa en la elaboración de políticas públicas por parte del Estado. Editorial Académica Española (LAP LAMBERT Academic Publishing GmbH & Co. KG), Berlín, 2011, pp. 69-72.

641 Mejía Trujillo, Gianfranco. Análisis Costo-Beneficio de las Normas. Su aplicación mediante la metodología cualitativa en la elaboración de

5. ¿Qué es el test de proporcionalidad?

Otro elemento intrínseco al RIA es el test de proporcionalidad. Parte de hacer RIA es someter la regulación expresada en una ley o reglamento al test de proporcionalidad. Este test, lo mismo que el ACB, busca que las medidas gubernamentales logren los objetivos buscados al menor costo posible. Los Tribunales Constitucionales suelen usarlo al momento de evaluar la razonabilidad de alguna medida contenida en una ley⁶⁴².

El test de proporcionalidad implica verificar si la medida regulatoria supera los siguientes pasos:

a) Si la medida regulatoria propuesta tiene una finalidad legítima conforme a la constitución y las leyes.

b) Si la medida regulatoria propuesta es idónea para resolver el problema identificado o, lo que es lo mismo, alcanzar la finalidad legítima.

c) Si la medida regulatoria propuesta es insustituible; esto es, que no hay otra opción regulatoria menos gravosa para alcanzar la finalidad buscada (que es resolver el problema identificado). Se trata de escoger aquella solución que genera

políticas públicas por parte del Estado. Editorial Académica Española (LAP LAMBERT Academic Publishing GmbH & Co. KG), Berlín, 2011, pp. 72.

⁶⁴² Para un mayor estudio respecto de la vinculación del ACB con el test de proporcionalidad, y la vinculación de este con la protección de las libertades económicas, se sugiere revisar: SÚMAR ALBUJAR, Oscar. *Protección de libertades económicas por el Tribunal Constitucional del Perú: un análisis estadístico y econométrico*. En: "Revista Peruana de Derecho Constitucional – Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social". Tribunal Constitucional del Perú, Nueva Época – Edición Especial, N° 5, Lima, 2012, pp. 21-24.

el menor costo, o que afecta en menor medida los derechos y libertades involucrados.

d) Si la medida regulatoria propuesta es proporcional; esto es, si el beneficio obtenido es mayor a su costo, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo (el ACB).

Veamos los siguientes ejemplos.

Un problema identificado pueden ser los accidentes de tránsito. Estos accidentes provocan la muerte de miles de personas al año, así como lesiones y daños patrimoniales. Una propuesta regulatoria podría ser prohibir la circulación de todo tipo de vehículos automotores. La finalidad de la propuesta, que es proteger la vida y salud de las personas, así como sus bienes, parece legítima. ¿Quién podría cuestionar dicha finalidad? Al parecer nadie, de modo que la propuesta supera el primer paso del test de proporcionalidad. ¿La propuesta es idónea? La respuesta es afirmativa. Si no hay vehículos automotores, no hay accidentes de tránsito. De modo que también la propuesta, por insólita que parezca, supera el segundo paso. ¿Supera el tercer paso? La respuesta es un NO contundente. Prohibir la circulación de vehículos es exagerado, se pararía la economía nacional. Sin automóviles, camiones, buses, trenes, etc., la sociedad volvería a la época en que el transporte era a través de carretas jaladas por caballos. Las pérdidas económicas serían catastróficas para el país. Hay otras opciones menos gravosas. La más evidente, que la policía de tránsito realice una adecuada fiscalización, de modo que los conductores cumplan con las reglas de tránsito y se eviten los accidentes.

Veamos otro ejemplo. La autoridad detecta que algunas discotecas están vendiendo licor a menores de edad. Frente a este problema, propone como opción regulatoria que todos los

establecimientos comerciales que expenden bebidas alcohólicas (restaurantes, bares, discotecas) cierran a las 23:00hs (lo que suele conocerse en Perú como "plan zanahoria"). El objetivo de la propuesta es que los menores de edad no consuman licor. El objetivo, qué duda cabe, es legítimo en términos constitucionales y legales. ¿Pero es idónea la propuesta regulatoria? Parece que no. Si un bar o discoteca al violar la ley no tiene escrúpulos para vender bebidas alcohólicas a los menores, no se va a detener por el hecho que cerrará su local a las 23:00hs y no las 3:00hs o 4:00hs de la madrugada del día siguiente. Lo que va a hacer es realizar su venta ilegal más temprano (antes de las 23:00hs). El problema de la propuesta regulatoria es que los "justos pagan por los pecadores". En efecto, la propuesta regulatoria no distingue entre los locales que venden licor a los menores de los que no. Todos tienen que cerrar sus puertas a las 23:00hs. El costo de la propuesta son las menores ventas de todos los establecimientos al tener que cerrar antes de lo previsto. ¿Hay una propuesta regulatoria menos gravosa? Por supuesto: que la autoridad municipal sancione con clausura únicamente a los locales que expenden bebidas alcohólicas a los menores de edad. La opción regulatoria es la fiscalización.

6. ¿Cómo funciona el RIA?

Ya explicado lo que es el ACB y el test de proporcionalidad, centrémonos ahora en conocer la operatividad del RIA. Es importante advertir que en rigor no estamos hablando de cosas distintas cuando decimos RIA, test de proporcionalidad o ACB. Estos dos últimos forman parte del RIA, lo nutren, son intrínsecos a él.

El RIA constituye una herramienta que permite que la regulación planteada por los políticos y burócratas pase por las siguientes etapas:

- a) Individualizar el problema que la regulación pretende resolver. Si no hay problema a resolver, no hay necesidad de regular.
- b) Identificar las opciones regulatorias. Significa evaluar todas las posibles soluciones que podrían resolver el problema identificado.
- c) Efectuar un examen de legalidad de las opciones regulatorias, lo que implica analizar si son constitucionales y legales, así como si respetan los tratados y compromisos internacionales.
- d) Efectuar el ACB de las opciones regulatorias que superen el examen de legalidad.
- e) Escoger la opción regulatoria que tengan más beneficios que costos; o escoger aquella que, logrando el mismo beneficio que otra u otras, lo hace al menor costo social.
- f) Someter a consulta la regulación para conocer la opinión de los que se verán beneficiados o afectados con la regulación. Esta información permitirá escoger de manera más precisa la opción regulatoria pertinente.
- g) Implementar la regulación.
- h) Monitorear la implementación de la regulación. Analizar si la regulación resolvió o no el problema detectado. Si lo resolvió, evaluar la pertinencia de mantener la regulación. Si no lo resolvió, empezar el proceso nuevamente con el fin de encontrar la regulación apropiada.

Mediante el uso del ACB, una opción es no regular. Si resulta que cualquier opción regulatoria implica mayores costos que beneficios, lo mejor es abstenerse de regular. En estos casos, el político o burócrata debe tener la capacidad de entender que a veces es mejor no regular. El remedio no debería ser peor que la enfermedad.

Es factible asumir que frente a un problema leve, la autoridad no puede evitar pretender alcanzar una solución, aunque el costo de solucionarlo sea mayor al costo de soportar el problema⁶⁴³. Lamentablemente, las autoridades políticas suelen tener incentivos perversos para querer solucionarlo todo sin medir, o importándoles muy poco, los costos involucrados. La razón es simple. Para la población es fácil apreciar la solución del problema (lo que es políticamente rentable), pero difícil estimar

643 Imaginemos que el alcalde de una ciudad mediana considera como un problema social la existencia de gatos en la calle (es bastante probable que haya menos gatos callejeros que perros vagabundos). ¿Cuál es el costo de este problema? Asumamos que la limpieza de sus desechos y los eventuales daños a la propiedad y salud de las personas (a causa del contagio de alguna enfermedad) tiene un costo anual de 1000 unidades. ¿Cómo solucionar el problema? El alcalde desea crear una oficina dentro de la municipalidad encargada de buscar y atrapar a los gatos, custodiarlos, entregarlos a sus dueños o darlos en adopción, y si lo anterior no fuera posible, simplemente cuidarlos hasta su muerte. El costo anual de esta oficina asciende a 10 000 unidades. El costo de la solución es mayor al del problema. Peor aun si es que el alcalde va a descuidar otras actividades, como la instalación de semáforos en las esquinas de mayor tránsito, debido al presupuesto que asignará a la oficina de gatos. Una peor idea sería crear un tributo (arbitrio) que financie el rescate de los gatos. Podría considerar la autoridad municipal que cada establecimiento comercial debería pagar 10 unidades al año. Como hay 1500 establecimientos, la municipalidad recaudaría 15 000 unidades. Con estos ingresos el alcalde tendrá una súper oficina de gatos. Basta un elemental ACB para que estas ideas sean archivadas. A veces lo mejor es no hacer nada. Olvidarse de los gatos. Probablemente alguna iniciativa privada se haga cargo del problema.

los costos involucrados (como la partida presupuestal utilizada).

Dentro del proceso del RIA se mencionó la consulta de la regulación con la población. Este es un aspecto que debe ser destacado. Los administrados destinatarios de la regulación están muchas veces en mejores condiciones de conocer los beneficios y costos de una determinada regulación que los políticos y burócratas. Los administrados conocen los costos vinculados al aprovisionamiento de los insumos, al proceso productivo y la distribución y comercialización del producto, de modo que podrían tener mejor información respecto del impacto de una ordenanza municipal que, por ejemplo, ordena la suspensión de las actividades económicas hasta que la autoridad municipal reordene la zonificación de la ciudad. Posiblemente un mejor ordenamiento territorial y mejores reglas de zonificación requiera la ciudad, pero tampoco puede pasar desapercibido el costo de suspender el otorgamiento de licencias de funcionamiento municipal.

Veamos otro ejemplo. Si los administrados son empresas mineras y la propuesta de regulación consiste en la obtención de un estudio de impacto ambiental (EIA) como requisito para iniciar la explotación minera, dichas empresas, a través de la consulta ciudadana, pueden informar al Ministerio del Ambiente respecto del costo y el tiempo que demora obtener un EIA. En particular informarán sobre el costo que significa retrasar la explotación minera hasta la aprobación del EIA. Otros administrados, sin embargo, como organizaciones de defensa del ambiente, informarán sobre los beneficios del EIA, como la protección de las fuentes de agua (ríos, lagunas, manantiales, la napa freática) que utiliza la población para su consumo y otras actividades (agricultura, ganadería), el aire, los bosques y otros bienes ambientales. Toda esta información y la que recolecte por su cuenta el Ministerio del Ambiente

permitirá que esta entidad efectúe una adecuada ponderación de los costos y beneficios de su propuesta regulatoria.

Estos ejemplos evidencian la necesidad de efectuar consultas ciudadanas conforme al siguiente esquema:

- a) Elaboración de la propuesta regulatoria (proyecto de norma).
- b) Publicación del proyecto de norma a efectos de recibir comentarios durante un periodo razonable (por ejemplo, un mes).
- c) Análisis de los comentarios recibidos. De ser posible, reuniones con los ciudadanos o empresas que formularon observaciones al proyecto de norma.
- d) Publicación de la norma aprobada conjuntamente con su exposición de motivos, en la que deberían mencionarse los comentarios recibidos, precisando las razones por las cuales se aceptaron algunos y se rechazaron otros.

7. Las normas peruanas que promueven la aplicación del RIA⁶⁴⁴

Consulta ciudadana

⁶⁴⁴ En esta oportunidad no se abordará el Decreto Legislativo 1256 que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 8 de diciembre de 2016, debido a que en un trabajo posterior se analizará de manera integral lo relativo al control efectuado por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI. Este régimen contiene un control de legalidad y razonabilidad *ex post* de la actuación administrativa.

Con el objeto de someter a consulta pública las propuestas normativas y recibir comentarios que permitan mejorar el contenido de las normas legales, mediante Decreto Supremo 001-2009-JUS⁶⁴⁵ se aprobó el Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general⁶⁴⁶. El artículo 14º de este Reglamento dispone lo siguiente:

- a) La publicación de los proyectos de normas de carácter general en un plazo no menor de treinta días antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales. Se publica tanto el proyecto normativo como su exposición de motivos, que es la parte que describe las razones que sustentan la propuesta.
- b) La entidad que publica el proyecto normativo debe permitir que las personas interesadas formulen comentarios sobre las medidas propuestas, por lo que debe indicarse el plazo para la recepción de los comentarios.
- c) Identificar a la persona dentro de la entidad pública encargada de recibir los comentarios.

Si bien es un avance el que los proyectos normativos sean sometidos a consulta pública, consideramos que debería ser obligatorio para la entidad pública, al momento de aprobar la norma, el explicar en su exposición de motivos las razones

645 Publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de enero de 2009.

646 No procede la publicación de los proyectos de las normas y decisiones elaboradas por el Poder Legislativo y el Poder Judicial, así como los Decretos de Urgencia y los Decretos Legislativos. Tampoco cuando la entidad pública, por razones debidamente fundamentadas en el proyecto de norma, considere que la prepublicación de la norma es impracticable, innecesaria o contraría a la seguridad o al interés público.

por las cuales un comentario fue aceptado y otro rechazado. Así los ciudadanos que remitieron sus comentarios podrían conocer el resultado de su gestión. De haberse rechazado su comentario, al menos sabrían las razones de tal rechazo.

El conocimiento de las razones o fundamentos que permitieron la acogida de ciertos comentarios, así como el rechazo de otros permitirá orientar tanto a la autoridad como a los administrados destinatarios de la regulación sobre la aplicación futura de la norma, creando un clima de mayor predictibilidad y seguridad jurídica.

Sería ideal, asimismo, que también los proyectos de ley a cargo del Parlamento, como los proyectos de decreto legislativo a cargo del Poder Ejecutivo, se sometieran a un proceso similar de consulta ciudadana. Ello permitiría recoger información pertinente y directa sobre los costos y beneficios de la futura regulación.

Exposición de motivos, ACB y análisis de impacto de la propuesta normativa en la legislación nacional

Mediante Decreto Supremo 008-2006-JUS⁶⁴⁷ se aprobó el Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa. Su artículo 1º dispone que los anteproyectos de leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia y decretos supremos deben contener una exposición de motivos, el ACB y el análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional.

Su artículo 2º explica que la exposición de motivos consiste en la fundamentación jurídica de la necesidad de la propuesta normativa, con una explicación de los aspectos más relevantes

647 Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 24 de marzo de 2006.

y un resumen de los antecedentes que correspondan y, de ser el caso, de la legislación comparada y doctrina (literatura jurídica, económica, etc.) que se ha utilizado para su elaboración. La fundamentación debe incluir un análisis sobre la constitucionalidad o legalidad de la iniciativa planteada, así como sobre su coherencia con el resto de normas vigentes en el ordenamiento jurídico nacional y con las obligaciones de los tratados internacionales ratificados por el Estado.

El artículo 3º define al ACB como el método de análisis que permite conocer en términos cuantitativos los impactos y efectos que tiene una propuesta normativa sobre diversas variables que afectan a los actores, la sociedad y el bienestar general, de tal forma que se puedan cuantificar los costos y beneficios, o en su defecto posibilita apreciar analíticamente beneficios y costos no cuantificables (serían los beneficios y costos cualitativos). Agrega que la necesidad de la norma debe estar justificada dada la naturaleza de los problemas, los costos y beneficios probables y los mecanismos alternativos para solucionarlos⁶⁴⁸.

Finalmente, su artículo 4º establece que el análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional debe precisar si se trata de innovar supliendo vacíos en el ordenamiento o si se trata de una propuesta que modifica o deroga normas vigentes. En caso de tener un efecto derogatorio, este se debe precisar expresamente. El análisis debe incluir una referencia a los antecedentes, diagnóstico de la situación actual y objetivos de la propuesta. Si se modifica o deroga una norma vigente debe analizarse su idoneidad o efectividad precisando falencias, vacíos o defectos que sea necesario superar mediante una acción normativa.

648 El análisis costo beneficio es obligatorio en los anteproyectos de normas de desarrollo constitucional, leyes orgánicas o de reformas del Estado; leyes que incidan en aspectos económicos, financieros, productivos o tributarios; y leyes relacionadas con política social y ambiental.

RIA de procedimientos administrativos

Mediante Decreto Legislativo 1310⁶⁴⁹ de diciembre de 2016 se aprobaron medidas adicionales de simplificación administrativa. El artículo 2 de este decreto legislativo establece el Análisis de Calidad Regulatoria (otra forma de decir RIA) de los procedimientos administrativos. Dicho artículo fue reglamentado mediante Decreto Supremo 075-2017-PCM⁶⁵⁰.

El Análisis de Calidad Regulatoria (RIA) de los procedimientos administrativos se realiza conforme a las siguientes reglas:

a) Las entidades del Poder Ejecutivo deben realizar un Análisis de Calidad Regulatoria (RIA) de todas las disposiciones normativas de alcance general⁶⁵¹ que establezcan procedimientos administrativos con el objeto de identificar, reducir y/o eliminar aquellos que resulten innecesarios, injustificados, desproporcionados, redundantes o no se encuentren adecuados a la Ley del Procedimiento Administrativo General o a las normas con rango de ley que les sirven de sustento. El requisito también es exigible a las disposiciones que reglamenten trámites creados en leyes o normas de rango de ley.

b) Mediante el Análisis de Calidad Regulatoria (RIA) se evaluarán principios como el costo – beneficio (ACB), necesidad, efectividad y proporcionalidad (test de proporcionalidad).

c) Las entidades del Poder Ejecutivo deben preparar y remitir

649 Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 30 de diciembre de 2016.

650 Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 14 de julio de 2017.

651 Con excepción de las contenidas en leyes o normas con rango de ley y las disposiciones normativas de alcance tributario.

a una Comisión Multisectorial el RIA de los procedimientos administrativos existentes y futuros, para su evaluación. Si esta Comisión valida el RIA, el procedimiento es ratificado por decreto supremo⁶⁵², lo que significa que el procedimiento mantiene o adquiere vigencia, según corresponda.

d) Si algún procedimiento no es enviado a la Comisión Multisectorial para su evaluación, queda derogado o no entrará en vigencia. Respecto de los procedimientos enviados, quedan derogados los desaprobados por la referida Comisión.

e) Los procedimientos aprobados por la Comisión Multisectorial están sujetos a validación en un plazo no mayor de tres años. Para la validación la entidad pública correspondiente debe sustentar los beneficios y el efectivo cumplimiento de los objetivos perseguidos por el procedimiento. Si el procedimiento no es validado, queda automáticamente derogado.

Lo positivo de lo regulado en el artículo 2 del Decreto Legislativo 1013 y su reglamento no solo es la aplicación del RIA a los procedimientos administrativos vigentes y futuros, sino que, si después dichos procedimientos no son validados, su derogación es automática. Ello demuestra que el RIA es un proceso continuo o permanente. Así, en primer lugar, la entidad pública que tramita o va a tramitar el procedimiento administrativo debe sustentar su Análisis de Calidad Regulatoria, lo que conlleva acreditar que los beneficios de la existencia del procedimiento son mayores a sus costos. Segundo, una Comisión Multisectorial debe evaluar dicho análisis y solo si lo aprueba el procedimiento mantiene o adquiere vigencia. Tercero, ya ratificado, el procedimiento debe ser sometido a

⁶⁵² Norma aprobada por el Presidente de la República y uno o más Ministros.

validación en un plazo no mayor de tres años. Si no es validado, el procedimiento queda automáticamente derogado. Este tercer paso supone que, si la entidad pública interesada en mantener vigente el procedimiento no logra acreditar al cabo de tres años los beneficios y el efectivo cumplimiento de los objetivos del procedimiento, este desaparece. Es interesante ver cómo en este caso el hacedor de decisiones (la autoridad que desea que el procedimiento administrativo se mantenga vigente) es quien tiene la carga de probar, de manera continua, que su regulación (el procedimiento) es idónea, que supera el ACB y cumple con los objetivos esperados.

Lo negativo es que el Análisis de Calidad Regulatoria antes descrito no se aplica a los procedimientos administrativos creados por norma con rango de ley, ni a los de carácter tributario. Posiblemente en el futuro se supere este defecto, pues lo ideal es que todos los procedimientos administrativos se sometan a un RIA continuo.

La experiencia peruana evidencia que la regulación debe justificarse a sí misma, evidentemente mediante el RIA (y sus elementos intrínsecos: el ACB y el test de proporcionalidad), y de manera permanente. Resulta palpable la diferencia entre considerar que el Estado tiene derecho a imponer la regulación y asumir que tiene el deber de justificarla.

El reto de los políticos y burócratas de esta centuria es pasar del escenario en el cual creen que tienen derecho a imponer la regulación a los ciudadanos al escenario en el cual ellos deben justificar la regulación que van a imponerles. El segundo escenario es uno que respeta más la libre iniciativa privada, la libertad de empresa, el derecho de propiedad y la libertad de contratación. Es uno que reduce los costos de transacción, promueve la competitividad económica y con ello

el crecimiento económico, la forma más segura y sostenible de combatir la pobreza.

El escenario en el cual los políticos y burócratas deben justificar de modo permanente la regulación que quieren imponer es una victoria de la libertad. Sí, de la libertad de los ciudadanos. Hay quienes piensan que prosperidad implica intervención del Estado. Error. La prosperidad, el crecimiento económico, provienen del mercado, de la iniciativa privada. Son los particulares los dueños del mercado y quienes con su esfuerzo e innovación generan comercio, industria y puestos de trabajo. La excepción es la intervención del Estado. Esta intervención debe ser limitada a lo estrictamente necesario. Y el RIA es una herramienta idónea para delimitar esa intervención estatal. El RIA justifica que la regulación se dé y que se mantenga, y el mismo RIA debe ser el juez que decida luego si la regulación se modifica o desaparece.

El RIA le da más oportunidades a la inversión al eliminar las barreras burocráticas que generan sobrecostos a las empresas. El RIA amplía el ámbito de libertad del sector privado al detener cualquier traba burocrática que, de modo no razonable, busca limitar o prohibir dicha libertad.

Con el RIA no son los privados los que tienen que justificar su libertad de acción en el mercado y los negocios, sino las entidades públicas las que tienen que justificar la necesidad de limitar dicha libertad mediante una buena regulación.

8. Conclusiones

El Análisis de Impacto Regulatorio (RIA) permite un adecuado equilibrio entre la regulación y la libertad económica.

Una buena regulación es aquella que resuelve un problema social al menor costo posible y el RIA es la herramienta conceptual que facilita a los hacedores de decisiones (políticos y burócratas) proponer y mantener una buena regulación. Dos herramientas intrínsecas al RIA, que la nutren, que le dan forma, son el Análisis Costo-Beneficio (ACB) y el test de proporcionalidad. Mediante el ACB se identifican todos los costos y beneficios (cuantitativos y cualitativos, directos e indirectos, de corto, mediano y largo plazo) de la propuesta de regulación, a todos sus destinatarios (ganadores y perdedores). La evaluación final consiste en seleccionar la opción regulatoria más eficiente, aquella que logra el beneficio esperado al menor costo. El test de proporcionalidad, por su parte, sigue una lógica similar; busca que la regulación sea idónea para resolver el problema, que sea la opción menos gravosa y que el beneficio alcanzado sea mayor al costo asumido.

La metodología del RIA consiste en identificar el problema y las opciones regulatorias que podrían resolver ese problema; verificar la legalidad de dichas opciones y aplicar el ACB a las que superen el examen de legalidad; escoger la opción menos gravosa y someterla a consulta ciudadana; implementar la regulación y verificar si resolvió o no el problema identificado. Si en cualquier escenario el costo es mayor al beneficio, la opción debería ser no regular.

La normativa peruana que promueve el RIA evidencia que la regulación debe justificarse a sí misma. El RIA debe sustentar la dación de la regulación, su permanencia y su desaparición; expresa un proceso de evaluación continua. Desde una óptica de defensa de la libertad económica, el Estado no tiene derecho a imponer la regulación, tiene el deber de justificarla. Al buscar que la regulación sea buena, el RIA elimina las barreras burocráticas no razonables, los procedimientos y

requisitos innecesarios, los sobrecostos que afectan la competitividad económica. Restringe la injerencia del Estado en el mercado, limita su capacidad de prohibir, amplía los espacios de actuación de las empresas. El RIA se constituye así en un instrumento de defensa de la libertad económica.

9. Referencias Bibliográficas

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; y LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. Segunda edición, Oxford University Press, New York, 2012.

MEJÍA TRUJILLO, Gianfranco. *Análisis Costo-Beneficio de las Normas. Su aplicación mediante la metodología cualitativa en la elaboración de políticas públicas por parte del Estado*. Editorial Académica Española (LAP LAMBERT Academic Publishing GmbH & Co. KG), Berlín, 2011.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Guía sobre la calidad normativa y publicación de proyectos normativos. Guía para asesores jurídicos del Estado*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, primera edición, Lima, agosto de 2016. Descargado de: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/08/MINJUS-DGDOJ-Guia-sobre-la-calidad-normativa-y-publicacion-de-proyectos-normativos.pdf> (Consultado el 12 de marzo de 2018).

ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel y GUERRA-GARCÍA, Gustavo. *Análisis Costo Beneficio de las Normas*. Instituto Apoyo – USAID, Lima, 1998.

Regulatory Policy Division (Delia Rodrigo, Administrator) – Directorate for Public Governance and Territorial Development. *Regulatory Impact Analysis in OECD Countries – Challenges for developing countries*. Organisation for Economic Co-operation and Development, Dhaka – Bangladesh, Junio, 2005, p. 5. Descargado de: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35258511.pdf> (Consultado el 12 de marzo de 2018).

Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. *Toolkit sobre Estudio de Impacto Regulatorio*. SENPLADES, Quito, 2014.

SÚMAR ALBUJAR, Óscar. *Protección de libertades económicas por el Tribunal Constitucional del Perú: un análisis estadístico y econométrico*. En: “Revista Peruana de Derecho Constitucional – Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social”. Tribunal Constitucional del Perú, Nueva Época – Edición Especial, N° 5, Lima, 2012.