

¿Cómo asegurar calidad regulatoria?

BERNARDO CARVAJAL SÁNCHEZ¹

RESUMEN

La atención de la doctrina administrativista colombiana se ha volcado a dos temas en materia de regulación económica: la noción jurídica de regulación y el órgano regulador. Se descuida así un aspecto central del Derecho contemporáneo de la regulación: la necesidad de asegurar la *calidad* de la función administrativa de regulación y de las medidas regulatorias actuales y futuras. Este objetivo puede fundarse en razones jurídicas y económicas que exigen la alineación o encuadre del Derecho nacional (duro y blando) con la realidad estatal, empresarial y social. Se hace entonces indispensable reflexionar, por un lado, sobre la necesidad de adoptar una *política* y un *modelo* regulatorios, basándose en una serie de *principios* que garanticen tanto la calidad del proceso de expedición como la calidad de la medida adoptada. De otro lado, debe considerarse la necesidad de organizar la gestión de la *mejora* de la regulación vigente. Este segundo aspecto corresponde a la *administración* de la *reforma* y de la *evaluación* regulatorias, y a la búsqueda del *engranaje* de esta actividad con las demás políticas y agendas estatales. Cualquier debate teórico y práctico sobre la noción de regulación o sobre el órgano regulador debería inscribirse dentro de esta reflexión transversal, pues ella determina, en últimas, su contexto cognitivo.

Palabras clave: Regulación, Calidad regulatoria, Evaluación regulatoria, Gestión regulatoria, Mejora regulatoria, Política regulatoria, Reforma regulatoria.

1 Doctor en Derecho público de la Escuela Doctoral de la Sorbona (Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne), docente-investigador del Departamento de Derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia, abogado litigante, asesor y consultor en temas de Derecho constitucional, administrativo y económico. Correo-e: bernardo.carvajal@uexternado.edu.co.

ABSTRACT

The Colombian's doctrine of administrative law has usually turned towards two issues in economic regulation: the legal notion of regulation and the regulatory agencies. The need to ensure the quality of regulation and administrative function of current and future regulatory measures, a central aspect of contemporary administrative public law, has been neglected. The need for further analyses could be justified on legal and economic reasons, which requires the adjustment of national law (hard and soft) to the real conditions of national markets and social exigencies. Therefore it becomes essential to think, on the one hand, about the adoption of an adequate policy and regulatory scheme based on a set of principles that ensure both, the quality of the rule-making and policy making procedures, as well as the quality of their enforcement. On the other hand, any effort aimed in this direction must include analysis of proper administration of regulation in order to increase its efficacy. Any theoretical and practical debate on the notion of regulation or on the regulatory agencies should be addressed from this perspective, as it determines their cognitive context.

Keywords: Regulation, Regulatory Quality, Regulatory Analysis, Regulatory Management, Regulatory Improvement, Regulatory Policy, Regulatory Reform.

INTRODUCCIÓN

En el Derecho Administrativo colombiano de la regulación económica se comenta, se enseña, se estudia y a veces debate doctrinalmente sobre dos ejes temáticos que se resumen en dos preguntas: *¿qué es la regulación económica?* y *¿quién debe regular?* Ello incide no solo en la forma de determinar el objeto del Derecho de la regulación económica, sino también en la forma como se valora y critica la práctica regulatoria de las autoridades. Las discusiones teóricas y empíricas, desde lo jurídico, tienden entonces a limitarse a verificar, de un lado, si lo expedido y adoptado es o no es regulación, como si se tratara de una categoría normativa muy especial y, de otro lado, si el órgano regulador es idóneo para hacer la tarea desde el punto de vista de su composición, estructura y funciones, a la luz de los criterios de autonomía, independencia y conocimiento técnico especializado.

En tal contexto, la pregunta sobre *¿cómo se debe regular?*, o más específicamente *¿cómo garantizar una regulación de calidad?* suele ignorarse por los juristas y parece excluida del objeto y de la práctica del Derecho de la regulación en nuestro país. Existen, sin embargo, dos buenas razones –una jurídico-normativa y otra político-económica– para darle a esta tercera problemática la mayor atención posible.

Desde el punto de vista jurídico-normativo, insertar la calidad como un criterio que debe orientar al regulador durante el ejercicio de su actividad administrativa de regulación y como un objetivo a alcanzar en cada regulación, puede fundarse en los principios de eficacia, economía y celeridad. Estos tres principios de las actuaciones y procedimientos administrativos, reconocidos tanto en la Constitución como en los numerales 11, 12 y 13 del artículo 3 del CPACA, abandonan definitivamente su rol de principios de segunda clase y salen fortalecidos bajo el prisma de la calidad regulatoria.

Ello obedece a que, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que el objetivo administrativo de la calidad regulatoria va más allá de la garantía de la *validez* de las medidas adoptadas y apunta sobretudo a garantizar mayor *eficacia* en cuanto al cumplimiento efectivo de la regulación vigente y la consecución en la práctica de resultados acordes con las finalidades para las cuales ha sido adoptada cada medida regulatoria. La regulación económica es tal vez el campo más pragmático del Derecho administrativo y no es por eso casualidad que aquí el llamado "Derecho blando" sea tan o más usado que el "Derecho duro" y que la cooperación, la negociación o la consulta sean tan o más seguidas que el unilateralismo para la toma de decisiones regulatorias². Esta nueva sub-disciplina se caracteriza entonces por la coexistencia de una gama de instrumentos de acción³ y porque ante la actividad de regulación no solo se prohíbe el exceso

2 De este fenómeno del Derecho público contemporáneo dan cuenta autores europeos como JACQUES CHEVALLIER (2011: 246-247) y EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN (2003: 36 y ss.), y norteamericanos, como PHILIP J. HARTER (1982 y 2006: 133 y ss.).

3 Además de los instrumentos informales o blandos, como las estrategias de información o los acuerdos informales, se encuentran instrumentos formales como la reglamentación (*rule making*), el seguimiento permanente (*monitoring*), la asignación de derechos (adjudication) y la resolución de conflictos (dispute resolution): cfr. J. CHEVALLIER (Ob. cit.). Por su parte, la Corte Constitucional ha también reconocido que la función de regulación puede cobijar esas distintas facultades e instrumentos: "En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas

de poder sino también el defecto de poder, esto es, cuando la administración se queda corta para alcanzar eficaz y eficientemente sus objetivos⁴.

En segundo lugar, la actividad de regulación busca alcanzar mayor *economía* en el sentido de lograr una regulación *eficiente* en términos económicos y sociales, optimizando el uso de los recursos del Estado y de los destinatarios de la regulación y creando un ambiente favorable al ejercicio de las actividades de la administración y al ejercicio de los derechos y libertades de los particulares. Por cierto, el num. 12 del art. 3 del CPACA ordena expresamente emplear "el más alto nivel de *calidad* en sus actuaciones y la protección de los *derechos* de las personas" y ello encuentra un ámbito privilegiado de aplicación en el Derecho de la regulación. En tercer lugar, con base en la *celeridad*, la actividad de regulación debe así conducirse y conducir a la vez a medidas de regulación cuya aplicación implique mayor diligencia, agilidad, eliminando cargas excesivas y costosas en dinero y tiempos, apoyándose, en la medida de lo posible, en sistemas basados en las TIC.

Desde el punto de vista político-económico, la globalización ha puesto a competir a los Estados para atraer recursos e inversiones extranjeros, de modo que su competitividad y seriedad en el manejo de los asuntos transnacionales pasan en cierta medida al día de hoy por la calidad de sus procesos regulatorios y de sus medidas regulatorias, o por su pertenencia a grupos de países con estándares y buenas prácticas regulatorias. Es por ello que mediciones internacionales sobre competitividad, como las lideradas por el Banco Mundial (reporte Doing Business⁵) u otras instancias, como el Foro Económico Mundial (WEF⁶), son frecuentemente empleadas como fuentes de mejoras regulatorias coyunturales⁷. Del mismo modo, los gobiernos buscan mantenerse o subir en los *rankings* establecidos con base en esos indicadores e igualmente

respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin" (Sentencia C-150 de 2003).

- 4 "En suma, pues, el Derecho administrativo ha de satisfacer una doble finalidad: la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la eficacia y efectividad de la acción administrativa. Ello obliga, entre otras consecuencias, no sólo a utilizar el canon de la prohibición de exceso (principio de proporcionalidad), sino también el de la prohibición de defecto. Y es que en un derecho administrativo enmarcado en una Constitución de las libertades habrá de tener también su sitio la idea de la eficacia, de la funcionalidad, de la capacidad de actuación efectiva" (SCHMIDT-ASSMANN, Ob. cit.: 26).
- 5 Sobre estas mediciones puede consultarse la siguiente página en internet: <http://espanol.doingbusiness.org/>. Nótese cómo el último reporte tiene como temática sustancial principal la llamada *SMART regulation*, acrónimo de regulaciones inteligentes que deben caracterizarse por ser simplificadas, mensurables, adaptables, relevantes y transparentes: cfr. Banco Mundial, *Doing Business 2013*.
- 6 Sobre los indicadores e informe de competitividad global puede consultarse la siguiente página en internet: <http://www.weforum.org/issues/global-competitiveness>
- 7 Sobre la presión que la globalización ejerce sobre el Derecho, cfr. J-B. AUBRY (2010: 34 y ss.).

ocurre que dentro de la agenda gubernamental se vuelve importante pertenecer a organismos como la OCDE, cuyos miembros son países que aseguran la calidad regulatoria a partir de una estrategia más estructural que coyuntural⁸.

De hecho, la calidad regulatoria es uno de los seis indicadores que usa el Banco Mundial para medir el nivel de *gobernanza* nacional⁹. Ahora bien, la definición de calidad regulatoria seguida por el Banco Mundial no necesariamente da cuenta de todo el campo de aplicación y de los efectos de la regulación, pues la circunscribe a la habilidad de un Estado para formular e implementar medidas que promuevan el desarrollo del sector privado. A esa visión abiertamente neoliberal del Derecho habría que agregarle, teniendo en cuenta los fundamentos jurídicos previamente citados, que, en el orden económico constitucional colombiano, una regulación de calidad, además de garantizar un entorno amigable de negocios para la empresa privada, debe imprimir eficacia, eficiencia, coordinación y transparencia a la actuación de las autoridades y debe garantizar efectivamente los derechos de los administrados.

Este *descuadre*¹⁰ entre lo que algunos actores de la globalización –como el Banco Mundial (que privilegia el estímulo al sector privado) y la OCDE (que integra además la mejora del aparato estatal como productor de normas y en su relación con la ciudadanía)– entienden por calidad regulatoria no es el único. A este primer descuadre subyace otro más profundo referido al *objeto* de la regulación. En efecto, mientras para el primero de los actores señalados la regulación debe únicamente mejorar el clima de negocios, para el segundo la regulación exige mejorar las relaciones entre administración y administrados; mientras que, en el Derecho nacional, la regulación ha tendido a comprenderse como una actividad más específica que busca promover condiciones de mercado en competencia dentro de ciertos sectores de la economía que presentan fallas naturales o estructurales de mercado y que, en consecuencia, requieren de una intervención especial permanente que se preferirá denominar *regulación sectorial*¹¹. Es por ello que algunos autores prefieren hablar de la regu-

8 La calidad regulatoria es un requisito indispensable para ser incorporado a la OCDE. En el seno de esta organización se ha producido toda una doctrina regulatoria común adicional a los desarrollos y modelos regulatorios que se han dado y puesto en funcionamiento los países miembros. Sobre el particular, cfr. entre otros documentos, OECD (2012 y 2005), descargables desde la página www.oecd.org.

9 Sobre la medición de la gobernanza a lo largo del mundo, consúltese la siguiente página de internet: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/faq.htm>.

10 Hablamos de *descuadre* pensando en el problema del *encuadre* expuesto por CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO (2011: 70-77), quien a su vez se había inspirado del criterio del *misframing* empleado por la politóloga NANCY FRASER.

11 Este fenómeno corresponde en gran medida al Derecho duro y blando producido por las autoridades especializadas en regulación por sectores, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional: "la función estatal de regulación socio-económica ha venido adquiriendo un contenido que la diferencia de las demás funciones de intervención estatal en la

lación económica como una actividad administrativa cuyo objeto se define en círculos concéntricos que implican al menos tres niveles de definición: *stricto sensu*, *lato sensu* y *latissimo sensu*¹².

Ante estos descuadres, cada Estado debe asumir una estrategia de *encuadre* de la realidad jurídica y económica nacional con la reflejada por el movimiento globalizador. En lo que concierne a la actividad de regulación económica, el Estado colombiano estaría pues ante la necesidad de darse una *política regulatoria*. Se trata de una política transversal, para cualquiera de los tipos o niveles de regulación que quieran alcanzarse, donde se fijen el alcance y los límites de los mercados a instituir o reconocer y donde, eventualmente, se determine el uso del análisis económico de la regulación en situaciones de no mercado (como la garantía institucional de derechos sociales fundamentales, por ejemplo). Esta política regulatoria deberá fijar unos fines y unos métodos relativos a la calidad regulatoria, a los actores de la regulación y a los instrumentos regulatorios. Tal labor deberá necesariamente complementarse con un *modelo estandarizado* de expedición y seguimiento de reformas regulatorias, modelo que pretende asegurar la *coherencia* frente a la política regulatoria, dentro de un contexto institucional y normativo caracterizado por la heterogeneidad y la dispersión.

Ahora bien, constatando que nuestro país no cuenta con una política ni con un modelo regulatorios, las preguntas más urgentes que pueden interesar desde el punto de vista del Derecho Administrativo y de la ciencia administrativa son, de una parte, ¿cómo suplir la ausencia de dicha política y de dicho modelo? (I) y, de otra parte, ¿cómo concebir la gestión de la mejora regulatoria? (II).

I. ¿CÓMO SUPLIR LA AUSENCIA DE UNA POLÍTICA Y DE UN MODELO REGULATORIOS?

A falta de una política regulatoria y de un modelo que incorporen actores, proceso tipo, finalidades, niveles, metodología y alcance de la regulación, en el marco de la economía nacional o sectorial, confiando en que en un futuro las autoridades competentes formalicen este tipo de instrumentos normativos bajo el impulso del gobierno nacional¹³ (Presidencia de la República;

economía. Así la función estatal de regulación está segmentada por sectores de actividad económica o social, de tal manera que la regulación de un sector pueda responder a las especificidades del mismo" (Sentencia C-186 de 2011).

12 Cfr. D. TRUCHET (2008: 359).

13 Desde el año 2003, el DNP había elaborado un documento sobre el marco institucional de la regulación empresarial y su control, titulado "Marco conceptual para reformar y consolidar el esquema institucional de regulación y control de la actividad empresarial", pero al día de hoy no se ha consolidado una política específica para la regulación. Sin embargo, podría pensarse que el tema vuelve a ser prioritario para el alto gobierno teniendo en cuenta que el comité de política regulatoria de la OCDE, en su diagnóstico sobre Colombia del

Alta Consejería para la Gestión Pública y Privada; Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; Departamento Nacional de Planeación; Departamento Administrativo de la Función Pública)¹⁴ y eventualmente a través del Congreso de la República si se optara por la vía del Derecho duro, se impone en todo caso el reconocimiento de unos principios que, desde ya, orienten el ciclo de cualquier tipo de regulación con impacto específico en la economía y los derechos y deberes de los empresarios, usuarios y ciudadanos.

La propuesta de estos principios puede organizarse en dos grupos: de un lado, se requiere reconocer la existencia, validez y eficacia de unos de mayor talante sustancial (A); de otro lado, se requiere el reconocimiento de otros con funciones más instrumentales que materiales (B).

A. POR UNOS PRINCIPIOS MATERIALES DE LA REGULACIÓN

Los procesos de expedición, reforma, seguimiento, evaluación y mejora de toda regulación económica deberían ajustarse, como mínimo, a la observancia de tres principios sustanciales que se esbozan como sigue:

1) Principio de necesidad

En virtud de este principio se debe racionalizar el uso de la regulación como forma particular de intervención del Estado, pues la regla general sobre el comportamiento de las empresas, de los usuarios y ciudadanos sigue siendo el reconocimiento y respeto de su libertad, autonomía y demás derechos individuales económicos en la mayor medida posible. En concreto, de acuerdo con este principio, el Estado solo puede adoptar y conservar regulaciones para aquellos asuntos y situaciones donde se demuestre que las medidas regulatorias –de Derecho duro o blando– resultan realmente necesarias a la luz de otros intereses jurídicos amparados tanto objetiva como subjetivamente¹⁵. De ahí que para el Estado surja la carga de *justificar* expresamente por qué tiene pro-

pasado 22 de abril de 2013 (*Reviews of Regulatory Reform: Colombia*), recomendó el diseño de una política explícita de mejora regulatoria.

14 Estas autoridades tienen a su cargo la política de mejoramiento de la competitividad del país, en el marco del Sistema Nacional de Competitividad e Innovación – SNCEI (cfr. Ley 1253 de 2008, Decreto 1500 de 2012), y cada una por separado tiene competencias relacionadas con la internacionalización de la economía, la mejora del clima de negocios y la racionalización de trámites y regulaciones empresariales (cfr. Plan Nacional de Desarrollo – Cap. III Crecimiento sostenible y competitividad, Ley 1450 de 2011, Decreto 1832 de 2012, Decreto 3445 de 2010, Documento Conpes 3527 de 2008, Decreto 210 de 1003, Resolución DAFP 989 de 2011).

15 En efecto, la actividad de regulación debe ser entendida como “garantía alternativa de los intereses generales” y como oportunidad de “recomposición de los principios éticos” de los servicios de interés general (cfr. ESTEVE PARDO, 2012: 459).

yectado regular antes de adoptar una nueva medida regulatoria o reformar las existentes. Esta carga implica igualmente evaluar, antes de regular, la suficiencia o insuficiencia de un escenario de *autorregulación*, así como las posibilidades de *desregulación* en ciertos asuntos.

Con este principio se promueve la *eficacia* como categoría normativa, pues no basta con que la regulación sea válida desde lo jurídico-normativo, sino que también debe ser *útil* desde lo jurídico-práctico. Por tal razón, el principio de necesidad es también un gran aliado de la lucha contra la *inflación normativa* y el exceso de regulaciones ineficaces, irracionales o superfluas. Retomando esta última idea, el num. 2º del art. 52 de la Ley 1450 de 2011 (ley del Plan de Desarrollo Económico 2010-2014) dispuso que el Departamento Administrativo de la Función Pública, en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación y la Alta Consejería Presidencial para la Gestión Pública y Privada, debía proponer a todas las instituciones del Estado la reforma o supresión de las normas que refieren no solo a trámites sino también a *regulaciones empresariales injustificados*.

No es tampoco casualidad que otros Estados hayan incluido dentro de sus políticas y modelos regulatorios el inventario permanente de regulaciones abiertamente innecesarias, las cuales deben ser suprimidas del ordenamiento jurídico. Ello se observa en países iberoamericanos miembros de la OCDE, como España, a través de la Dirección General de Modernización Administrativa, procedimientos e impulso de la administración electrónica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas; o como México, mediante la Secretaría de la Función Pública, la Secretaría de Economía y la Comisión Federal de Mejora Regulatoria – COFEMER. En otros países igualmente miembros de la OCDE, como Australia, se va incluso más lejos, pues tienen como principio la desregulación y para ello han modificado el entorno institucional con autoridades como el Ministerio de Finanzas y de la Desregulación¹⁶.

2) Principio del efecto económico y conductista

Proponer este principio significa afirmar que la regulación económica se explica ciertamente a través de la ciencia del Derecho, mas no únicamente, ya que las ciencias económicas la explican y justifican igualmente¹⁷. Este principio nos señala entonces, en primer lugar, que la finalidad de una medida regulatoria no se agota con la expedición de normas de Derecho duro o blando, o con el ejercicio de la actividad contenciosa de la administración¹⁸ en el sector real

16 Cfr. OECD (2010).

17 Cfr. ESTEVE PARDO (2007: 93 y ss.) y CUEVAS (2002: 189-195).

18 Sobre la definición de actividad contenciosa de la administración y la fundamentación de esta actividad como función administrativa, cfr. OSPINA GARZÓN (2012).

de la economía o en los mercados regulados. Las medidas regulatorias son además herramientas que tienen *un objeto y/o un efecto económico*.

Siendo la regulación económica un lugar de encuentro privilegiado del Derecho y la economía, se requiere en segundo lugar destacar la necesidad de escoger los fundamentos teóricos y metodológicos más adecuados para el diseño de medidas regulatorias cuyo objeto sea directamente económico, así como para el análisis de los efectos económicos que necesariamente toda regulación supone. Es por ello que el Derecho de la regulación económica confluye en virtud de este principio con los trabajos provenientes de varias tendencias y tradiciones, como la escuela del Análisis Económico del Derecho – AED (*Law and Economics*) con todas sus variantes internas¹⁹, la escuela del conductismo o "*Behavioral Law and Economics*"²⁰, la escuela de los "*Critical Legal Studies*"²¹.

Debe recordarse que al interior de la primera de las escuelas citadas surgieron los estudios de referencia en temas típicamente relacionados con la regulación de impacto regulatorio, tales como *costos de transacción* y *externalidades* (negativas y positivas)²², *barreras de acceso*, análisis económico de *situaciones de no mercado*²³ o aplicación de la *teoría de juegos* dentro del análisis económico de las normas²⁴. A su vez, debe indicarse que dentro del conductismo económico el análisis supera el mito del *homo economicus* como maximizador de riquezas absolutamente racional y egoísta, pues reconoce que en la vida real el comportamiento de los sujetos de Derecho no siempre sigue dicha definición restrictiva de racionalidad, de tal modo que una regla jurídico-económica no siempre tiene el efecto idealmente esperado en abstracto, pues la conducta humana y de las instituciones humanas puede variar en determinados contextos²⁵. Igualmente, debe señalarse que para la tercera de las precitadas escuelas

19 Para una presentación general de esta escuela, cf. ROEMER (1994). Véase igualmente POSNER (2007).

20 Cfr. C. SUNSTEIN (2000) y JOLLS, SUNSTEIN y THALER (s.f.: 1.471).

21 Cfr. M. KELMAN (1987) y UNGER (1983).

22 Por ejemplo, el punto de partida en materia de costos de transacción, externalidades y regulación son dos artículos clásicos de RONALD COASE titulados "*The Nature of the Firm*" (1937: 386-405) y "*The Problem of Social Cost*" (1960: 1-44).

23 Aquí el punto de partida son los artículos de GARY BECKER titulados "*An Economic Analysis of Fertility*" (1960) y "*Crime and Punishment: An Economic Approach*" (1968: 169-217).

24 Cfr. COOTER y ULEN (2004); PALACIOS LLERAS (2009).

25 En el Derecho administrativo colombiano es posible constatar la emergencia de instrumentos de derecho blando basados en el conductismo: cfr. H. SANTAELLA QUINTERO, "*Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa*", in *Revista digital de derecho administrativo* (U. Externado de Colombia), n° 5, 2011, p. 87-105. Para un ejemplo bastante ilustrativo sobre el uso del conductismo por las autoridades de regulación norteamericanas, cfr. C. SUNSTEIN (s.f.: 1.349-1.429).

resulta indispensable el estudio del medio político, social y cultural del cual provienen las medidas regulatorias²⁶.

En tercer lugar, la adopción de un principio del efecto económico y conductista de la regulación debe conducir a instaurar una buena práctica consistente en anticipar, predecir o simular con anterioridad a la expedición de la regulación cuáles serían los efectos económicos (macroeconómicos, microeconómicos y estímulos –positivos y negativos– en la conducta de los sujetos sobre quienes recaerá la medida prevista), de manera que el regulador pueda sopesar *ex ante* los “pro y contra” de su decisión. Así mismo, el análisis económico y de impacto en la conducta sugeridos deberá ser considerado y aplicado como instrumento de evaluación *ex post* de la regulación, esto es, para reflejar los efectos reales obtenidos con las medidas adoptadas, en vista de su monitoreo, ajuste y reforma.

Sin lugar a dudas, este principio sustancial va de la mano del principio de *economía* y de su sub-principio de *eficiencia* dentro de las actividades administrativas.

3) Principio de coherencia jurídico-normativa

Según este principio, regulador y regulación deben minimizar los riesgos propiamente jurídicos en que se incurre al formalizar en algún tipo de instrumento normativo una determinada medida regulatoria. En términos generales, la apuesta por este principio moviliza la idea de *razonabilidad jurídica* de la regulación.

Dicha razonabilidad se aprecia cuando la regulación adoptada se ajusta al *bloque de legalidad-constitucionalidad* y cuando a lo largo del proceso de expedición de la medida regulatoria se respeta el principio del *debido proceso*. De esta forma se garantiza la *seguridad jurídica*, además del principio elemental del Estado de Derecho. Adicionalmente, toda regulación adoptada debería, en virtud de este principio, guardar la debida *coherencia* en relación con las regulaciones y políticas que se producen desde los ámbitos internacional y sub-nacional (territorial). Esta primera faceta del principio aquí propuesto se ve en ocasiones amenazada por la tendencia a expedir medidas regulatorias por motivos estrictamente coyunturales, como respuesta estatal inmediata para “apagar incendios” sobrevenidos. La premura en la expedición de este tipo de medidas suele afectar negativamente la coherencia jurídico-normativa de la regulación y perjudica, por supuesto, su calidad desde este punto de vista.

Del mismo modo, la idea de razonabilidad y coherencia jurídico-normativa propone una cierta *proporcionalidad* de la regulación. Concretamente, todo proyecto regulatorio debe tener en consideración el entorno normativo dentro del cual deberá ser aplicada la regulación, y debe consultar las posibilidades

26 Cfr. D. LÓPEZ MEDINA (2007).

de aplicación, materialización y exigibilidad desde el punto de vista fáctico, social o económico. En particular, se pretende evitar regulaciones que resulten desproporcionadas tanto por exceso (medidas excesivas que pueden ser juzgadas como exageradamente regresivas o restrictivas), como por defecto (medidas insuficientes que pueden ser juzgadas ineficaces o inútiles por su alcance demasiado corto, encogido o reducido).

Por último, puede considerarse que el principio en mención requiere tener siempre presente cuáles son el régimen político, el contexto institucional y la cultura jurídica nacional relativos al asunto que será objeto de regulación. En efecto, la eficacia de algunas regulaciones se ve en ocasiones afectada por el *trasplante* de instituciones jurídicas²⁷ provenientes de tradiciones jurídicas disímiles, las cuales, al no estar aún arraigadas en el país, requieren una verificación de su adaptabilidad y una labor previa de "preparación del terreno jurídico", con el fin de hacer más compatible la nueva figura con el entorno normativo que le precede y circunda.

B. POR UNOS PRINCIPIOS INSTRUMENTALES DE LA REGULACIÓN

Además de los principios de índole sustancial o material, se proponen igualmente otros tres que como mínimo deberían acompañar al proceso de expedición de medidas de regulación económica, en los términos indicados a continuación.

1) Principio de coordinación

La idea subyacente que determina la razón de ser de este principio es la necesidad de asegurar el carácter *interinstitucional* a lo largo de toda la actividad reguladora de la administración. La inter-institucionalidad de la actividad administrativa de regulación supone al menos tres esfuerzos. El primero exige tener previa y plenamente identificados los sujetos, órganos, instancias, entidades y actores que tengan –de mayor a menor grado– competencia regulatoria, así como las instituciones –públicas y privadas– que deban intervenir en la discusión, aprobación, revisión o evaluación de una determinada medida regulatoria.

Esta tarea no está exenta de complejidad, pues dado el sentido amplio del concepto de regulación de impacto económico, el "mapa de actores" no se restringe a órganos especializados en regulación sectorial, pues necesariamente deberá incluir al legislador y a los entes –nacionales y territoriales– que tienen potestad reglamentaria, que determinan las políticas y aquellos que tienen carácter consultivo, obligatorio o facultativo. Esta identificación de los actores de la regulación deberá por supuesto tener presente los entes privados autorreguladores y las empresas privadas que autónomamente fijan una especie

27 Sobre los trasplantes jurídicos, cfr. D. BONILLA (2009) y MILLER (2003: 839-885).

de "regulación privada" aplicable a sus relaciones jurídico-económicas con terceros, principalmente proveedores, competidores y, sobretodo, usuarios y consumidores²⁸.

El segundo esfuerzo para lograr una adecuada articulación interinstitucional consiste en actuar de manera *coordinada* y *armónica* con los agentes de la regulación que se han detectado. En ocasiones, la ley puede fijar herramientas para lograr este cometido, como en el caso de la "abogacía de la competencia" conferida a la Superintendencia de Industria y Comercio en virtud del art. 7 de la Ley 1340 de 2009. El objetivo de este mecanismo, de inspiración probablemente norteamericana²⁹, es que la SIC pueda "rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados", para lo cual todas "las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir"³⁰.

Sin embargo, la mayoría de las veces, la inter-institucionalidad no está enmarcada expresamente en dispositivos normativos, siendo más una carga de diligencia regulatoria en cabeza de quien tenga la iniciativa para regular. Ahora bien, la ausencia de un modelo general de regulación económica para Colombia no impide de ninguna manera que al interior de nuestro *Estado policéntrico*, de *niveles imbricados* o *multinivel*, se diseñen modelos de alcance específico o se acuerden sistemas complejos (y no solo procedimientos administrativos) de expedición, deliberación, discusión, monitoreo, evaluación y reforma regulatorios para asuntos determinados. Esta forma de ver la coordinación permitiría en últimas ampliar el campo de visión de los reguladores, presupuesto de una regulación de calidad.

2) Principio de transparencia

Varios deberes surgen en aras de maximizar la transparencia dentro de la actividad administrativa de regulación. El primero es la necesidad de dar *claridad*

28 Esta regulación privada es ciertamente de Derecho privado pero con alcance público, especialmente con respecto a empresas que venden masivamente bienes y servicios. La expresión aquí usada tiene un sentido más amplio que el empleado por otros autores que, circunscritos al campo de aplicación del Derecho administrativo, lo asocian al ejercicio de la función pública de regulación por particulares: cfr. J. ESTEVE PARDO (Ob. cit.: 469).

29 Al interior del modelo regulatorio de los Estados Unidos de América existe, por ejemplo, la figura de la *Advocacy* ejercida por la *Small Business Administration*, como función ejercida en nombre de las MIPYMES ante las agencias de regulación. Sobre el particular, cfr. <http://www.sba.gov/advocacy>

30 El citado artículo prevé igualmente que "el concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta".

a los procedimientos que cubren las etapas de iniciativa, discusión, adopción, implementación, seguimiento y reforma. Con esto se da también más *previsibilidad* a la suerte de una medida regulatoria en cualquiera de esos escenarios. Nadie puede, en efecto, sentirse sorprendido en cuanto a la forma como los reguladores toman las decisiones. Adicionalmente, se estima que habrá mayor transparencia a medida que se abandona la improvisación o la adopción intempestiva o caprichosa de medidas regulatorias y, por supuesto, cuando se avanza en la disminución de los índices de corrupción.

El segundo deber ligado a la transparencia corresponde a la necesidad de asegurar la *inteligibilidad* de las medidas regulatorias. Ello obedece a que la regulación también se llena de opacidad cuando el contenido de la regulación resulta confuso o ambiguo, pues la claridad y transparencia regulatoria se aprecian igualmente con una comprensión y facilidad de conocimiento por parte de todos los destinatarios de la regulación³¹.

Existe, por último, un tercer deber de transparencia que se materializa en la *participación* que debe garantizarse tanto a los sujetos directamente regulados como al público en general. Se requiere entonces asegurar diferentes mecanismos que, más allá de los casos específicos de consulta obligatoria a que se refiere escuetamente el art. 46 del CPACA³², permitan la publicación de proyectos regulatorios, la recepción de comentarios, o el diálogo e intercambio de opiniones, sin excluir en ciertos casos el escenario de las regulaciones concertadas.

3) Principio de progresividad

De acuerdo con este principio, no se puede retroceder cuando la regulación ha conseguido los objetivos que se ha propuesto alcanzar. En consecuencia, la gestión de la reforma regulatoria debe pretender la *mejora* y el *avance* o, cuando menos, la conservación de los avances realizados. La progresividad en la gestión de los ciclos regulatorios implica entonces la *prohibición de la regresión* en cuanto a los resultados reales de las medidas regulatorias de cara a su impacto jurídico y económico, pero también en la vida social y política.

Lo anterior significa que en la práctica de la producción regulatoria no deben desmontarse aquellas medidas que implican logros adquiridos debidamente probados. Ahora bien, a pesar de esta protección reforzada a las medidas exitosas, puede ocurrir que la administración demuestre justificada

31 Este es justamente uno de los criterios de la regulación SMART promovida en los reportes *Doing Business* impulsados por el Banco Mundial (Cfr. Banco Mundial, Ob. cit.).

32 Ley 1437 de 2011, art. 46. "Consulta obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar".

y suficientemente la necesidad de reemplazar, modificar o abandonar una medida regulatoria exitosa. En estos eventos, el principio de progresividad se vería relativizado, pero no abandonado, pues la administración o el regulador conservan la carga de encontrar, proponer, impulsar y adoptar una *regulación alternativa* o un paquete de medidas que sirvan de reemplazo eficaz y eficiente a la medida saliente. A la luz del principio de progresividad, la regulación alternativa deberá entonces permitir la obtención de iguales o mayores beneficios que los que aseguraba la medida modificada o desmontada.

En el mismo sentido, la progresividad exige a la administración el uso constante y permanente de esquemas de seguimiento y monitoreo a la regulación en marcha, los cuales se erigen en requisito *sine qua non* de una mejora regulatoria gradual y progresiva.

II. ¿CÓMO CONCEBIR LA GESTIÓN DE LA MEJORA REGULATORIA?

La calidad de la regulación económica pasa por la *mejora continua* de la forma como se regula y de los instrumentos y medidas de tipo regulatorio con los que se interviene en los mercados. La función reguladora contemporánea no puede ni debe limitarse a la producción lineal de regulaciones, como si se tratase de procesos aislados y descontextualizados que comienzan de cero. Hablando en términos de Derecho *prospectivo*, el Derecho de la regulación económica debería incluir como objetivo ineludible la administración de la evaluación y de la reforma de la regulación que se produce (A). El futuro próximo del Derecho colombiano de la regulación debería, en consecuencia, dar cabida a una discusión con miras a la adopción de una política regulatoria en tanto que política pública permanente al interior de la administración pública en todos sus niveles. Esta política propendería por la calidad y mejora regulatoria en el marco de un modelo regulatorio estandarizado. Ahora bien, con o sin modelo, cada tentativa de mejora regulatoria deberá saber engranarse con las demás políticas estatales que pretenden optimizar el ambiente económico y de negocios, el funcionamiento de la administración y los derechos y libertades económicos de los administrados (B).

A. LA NECESIDAD DE ADMINISTRAR LA EVALUACIÓN Y LA REFORMA REGULATORIAS

La calidad regulatoria implica que la función de regulación incluya las actividades de evaluación y reforma de las medidas, sectoriales o transversales, que adopte cualquiera de los agentes reguladores. En aquellos países donde la actividad de regulación se enmarca en una política regulatoria, la gestión de los ciclos regulatorios (planeación, discusión, adopción, seguimiento, eva-

luación, reforma) se desarrolla como un verdadero sistema de administración. La existencia y operación de dichos sistemas puede constatarse y conocerse a través de algunas de las más significativas experiencias que pueden encontrarse en el Derecho extranjero, en particular, en los Estados miembros de la OECD.

1) Experiencias en Derecho extranjero

En el plano internacional se destacan los sistemas de administración regulatoria de países como Australia, Corea, Estados Unidos y Canadá, que salen bien calificados frente al cumplimiento de los *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance* de la OECD³³. En el caso de Australia³⁴, además de la estructura organizacional prevista, la regulación se genera tanto a nivel federal (gobierno del *Commonwealth*) como a nivel estatal y territorial. Este país cuenta con entidades e instancias técnicas e independientes que vigilan la calidad de la regulación y adoptó una metodología de *Regulatory Impact Analysis* (RIA) o Evaluación de Impacto Regulatorio (EIR) que se aplica a las nuevas regulaciones para la medición de sus beneficios. En Australia, la principal tarea del sistema de administración regulatoria es la reforma de las regulaciones existentes o su sustitución por otras medidas. Además se pretende reducir las cargas regulatorias para las empresas, las organizaciones sin ánimo de lucro y los consumidores, regulando únicamente en nombre del interés general, desregulando en los demás casos.

En el caso de Corea³⁵, este Estado no solo busca reducir la regulación sino racionalizarla desde un punto de vista cualitativo y no cuantitativo. Su estrategia de reforma regulatoria se basa en los siguientes tres elementos: a) La regulación no está orientada al regulador sino al usuario; b) Se evitan las regulaciones emitidas por un solo organismo y se privilegia la colaboración con varios ministerios; c) La regulación es un esfuerzo del sector público y del sector privado. Adicionalmente, en Corea se adoptó el *Basic Act on Administrative Regulations* (BAAR) que incluye los acuerdos básicos para la realización de Evaluación de Impacto Regulatorio (EIR o RIA).

En cuanto a la experiencia en los Estados Unidos de América³⁶, la política regulatoria tiene en cuenta dos tendencias diferentes: de un lado, desmontar

33 Cfr. OECD (Ob. cit.).

34 Mucha información al respecto puede encontrarse en internet: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44529857.pdf>; <http://www.finance.gov.au>; <http://www.pc.gov.au/about-us/quick-guide>; <https://wa.liberal.org.au/small-business/small-business-coalition-deregulation-taskforce>

35 Cfr. OCDE (2007).

36 Cfr. OECD, *Regulatory Reform in the United States, Government Capacity to Assure high Quality Regulation*: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2478900.pdf>; Office of Management and Budget: <http://www.whitehouse.gov/omb>; Office of Information and Regulatory Affairs: http://www.whitehouse.gov/omb/infoereg_default

controles económicos innecesarios para las empresas y ciudadanos y, de otro lado, establecer estándares de calidad regulatoria y mejores procesos para crear nuevas regulaciones. La administración de la regulación sigue la lógica de los *Checks and Balances* del sistema político americano y establece responsabilidad política en los niveles más altos, pues es el presidente quien fija directamente el marco de la política de reforma regulatoria³⁷. En el nivel federal se han diseñado principios de "buena regulación" o buenas prácticas regulatorias para guiar la reforma de las regulaciones, estableciendo estándares de calidad regulatoria que deben cumplir las múltiples agencias reguladoras americanas.

En particular, en los EUA se propone un enfoque "minimalista" de regulación, según la cual los reguladores deben: a) Identificar el problema y sopesar su importancia; b) Identificar y evaluar alternativas distintas a la regulación directa, incluyendo incentivos económicos; c) Identificar las prioridades considerando el grado y la naturaleza de los riesgos en juego; d) Si la regulación es el mejor método, debe diseñarse a partir de mejor rendimiento en términos de costo-beneficio; e) Regular solo si tienen una certeza razonable que se generan beneficios superiores a sus costos; f) Basar sus decisiones en la mejor información que pueda obtenerse sobre la necesidad de la regulación; g) Evitar las regulaciones que son inconsistentes o que duplican una regulación ya existente, y h) Realizar regulaciones simples y fáciles de entender.

Por su parte, Canadá³⁸ ha expedido, a través del *Treasury Board of Canada Secretariat*, una norma de Derecho blando denominada *Cabinet Directive on Regulatory Management* que, en la práctica, se ha vuelto de obligatorio cumplimiento para la creación e implementación de la regulación. El gobierno canadiense adoptó un modelo de ciclo de vida de la regulación (*Life Cycle Approach*) que establece que la atención no debe centrarse exclusivamente en el desarrollo y el análisis de la regulación sino también en su implementación, evaluación y revisión. Adicionalmente, se ha expandido el uso constante del EIR o RIA, exigiendo a los reguladores la medición del impacto potencial de los proyectos de regulación, como requisito de su aprobación.

La evaluación de impacto regulatorio tiene en cuenta varios parámetros, de los cuales se resaltan: a) Análisis de costos o beneficios que genera la regulación para los empresarios, y sobre cómo ésta puede eventualmente mejorar la economía y la competitividad del país; b) El impacto potencial de la regulación

37 Prueba de ello es la Executive Order 13563 de 2011: "Our regulatory system (...) must measure, and seek to improve, the actual results of regulatory requirements. (...) each agency shall identify and consider regulatory approaches that reduce burdens and maintain flexibility and freedom of choice for the public. These approaches include warnings, appropriate default rules, and disclosure requirements as well as provision of information to the public in a form that is clear and intelligible". Cfr. *Executive Order 13563* §§ 1, 4, 76 Fed Reg 3821, 3821-22 (2011).

38 Cfr. *Treasury Board of Canada Secretariat*: <http://www.tbs-sct.gc.ca/rtrap-parfa/cdrm-dcgr/cdrm-dcgr01-eng.asp#cha5>.

en otros departamentos federales y agencias, o en los gobiernos estatales y en la política exterior canadiense; c) El grado de interés, la opinión y el apoyo de las partes afectadas por la regulación y de la población en general; d) El impacto esperado, haciendo énfasis en la proporcionalidad, pues al elaborar la EIR las agencias o departamentos deben señalar cuál es el impacto esperado (leve, medio o alto) que se fija la misma regulación; e) La EIR debe publicarse en la *Canada Gazette* para permitir su conocimiento por parte de todas las instancias del gobierno y de los ciudadanos; f) El gobierno debe indicar cuáles son los objetivos e identificar una forma de medir su cumplimiento. Además, debe señalar cuáles son los resultados esperados y elaborar siempre indicadores; g) El gobierno debe identificar las instituciones y las partes que deben estar presentes para la implementación de la regulación, distinguiendo herramientas formales e informales, y h) Los departamentos y agencias encargadas de elaborar la regulación deben asegurarse de que ésta sea conforme a la Constitución y la ley y que pueda operar con las normas aplicables al tema que se va a regular.

De manera general, los países de la OCDE coinciden en algunos aspectos sobre su política regulatoria, tales como: 1) Todos los países estudiados han implementado la utilización de EIR para evaluar el cumplimiento de los resultados que se espera que la regulación genere; 2) La regulación de estos países busca generar enfoques diferenciales que beneficien sujetos especialmente protegidos, como la pequeña y mediana empresa, permitiéndoles participar en la creación de la regulación o simplemente teniéndolos en cuenta al momento de formularla; 3) Los países han implementado el análisis costo-beneficio para señalar los posibles costos de la implementación de una regulación e identificar su proporcionalidad con respecto a los beneficios obtenidos; 4) La mayoría de regulaciones tienen *sunset clauses* o cláusulas que obligan la revisión de la regulación en un tiempo determinado para evitar que pierda vigencia, lo que fuerza a las entidades regulatorias a actualizar la regulación constantemente; 5) Se exige a las entidades regulatorias que controlen y procuren reducir la cantidad de regulaciones y la existencia de cargas administrativas para empresarios y ciudadanos, y 6) Todos los países tienen una autoridad que dirige coordinadamente la política regulatoria.

2) Por un sistema administrativo regulatorio en Colombia

Se ha señalado que la actividad de regulación debería darse un marco general y estandarizado bajo la forma de una política pública regulatoria que sea transversal y permanente. En ese contexto hipotético, o aun en ausencia del mismo, la exigencia interna e internacional de calidad regulatoria debe conducir a importantes y significativos ajustes en la administración, no solo en su forma de operar, sino también en su estructura. En efecto, la complejidad de la gestión del ciclo regulatorio supone que al interior de la administración se garantice la debida *orientación* y una sólida *coordinación*.

Si se retoma la Ley 489 de 1998, puede afirmarse que en los términos de su art. 41 la orientación general de la reforma regulatoria estaría directamente en cabeza del presidente de la República, que la orientación sectorial de la misma estaría en cabeza de los ministros y directores de departamentos administrativos y que la orientación en el plano territorial corresponde a gobernadores y alcaldes. Y en lo concerniente a la coordinación, el art. 43 contempla la posibilidad de crear *sistemas administrativos*. En efecto, dada la complejidad institucional y procedimental que la mejora regulatoria implica, "el Gobierno Nacional podrá organizar sistemas administrativos nacionales con el fin de coordinar las actividades estatales y de los particulares". Mediante la creación de un sistema administrativo para la reforma regulatoria, el gobierno podría establecer cuáles serían "los órganos o entidades a los cuales corresponde desarrollar las actividades de dirección, programación, ejecución y evaluación" en estos asuntos.

La anterior posibilidad tiene un interesante antecedente en el vecino tema de la política de competitividad, pues debe recordarse que el Decreto 2828 de 2006 organizó el Sistema Administrativo Nacional de Competitividad, actualmente denominado Sistema Administrativo Nacional de Competitividad e Innovación a partir del Decreto 1500 de 2012. Nada impide entonces concebir un modelo regulatorio orientado a la calidad regulatoria contenida en una determinada política que se debe coordinar y monitorear en el marco de un nuevo sistema administrativo de calidad regulatoria.

B. LA NECESIDAD DE ENGRANAR LA MEJORA REGULATORIA CON LAS POLÍTICAS, PLANES Y PROGRAMAS AFINES

En ausencia o en presencia de un sistema de administración de la mejora regulatoria, con o sin política regulatoria explícita, las grandes transformaciones que se requieren para alcanzar estándares adecuados de calidad regulatoria no son solo institucionales en un sentido formal, sino también material, pues la orientación y coordinación antes aludidas deben reflejarse igualmente en el buen engranaje de la actividad de reforma regulatoria con las demás políticas, planes y programas de impacto económico que lidera y promueven el gobierno nacional y los gobiernos locales.

Entre esas políticas vecinas de la actividad de regulación se resaltan la política de competitividad, competencia y protección de usuarios y consumidores; la política de formalización empresarial y laboral; la política de las tecnologías de la información y comunicación TIC y de innovación; la política anti-corrupción; la política de descongestión judicial, y *last but not least*, la política de racionalización y simplificación de trámites.

Este último ejemplo de política vecina permite mostrar con relativa facilidad sus vínculos con la actividad regulatoria pues, en una gran medida, la adopción de medidas regulatorias conduce a crear, modificar o extinguir trámites que el

sujeto regulado deberá surtir esencialmente ante la administración. Es tal la afinidad entre ambos ámbitos de acción de la administración que en la práctica resulta difícil separar el objetivo de calidad regulatoria del objetivo de trámites cada vez más simples y más racionales en términos jurídicos y económicos.

A la luz de los ajustes operados por el Decreto-ley 19 de 2012, podría incluso pensarse en la política de simplificación y racionalización como un requisito ciertamente indispensable al respeto de los derechos del administrado ante la administración, tales como los consagrados en el CPACA (Ley 1437 de 2011), pero igualmente indispensable a la garantía de la calidad de un número relevante de medidas regulatorias.

Así las cosas, el debate sobre una política regulatoria para Colombia debe tener presentes las formas de engranaje con la política de racionalización de trámites que al día de hoy está tímidamente a cargo del Departamento Administrativo de la Función Pública, con el apoyo directo del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. De otro lado, mirando más al detalle, el art. 38 del precitado decreto-ley reconoce unos principios de simplificación, estandarización, eliminación, optimización, automatización, participación ciudadana y transparencia, acceso, confiabilidad, eficacia, eficiencia y seguridad jurídica, que no son en nada ajenos a la lógica de la mejora de la calidad regulatoria.

Por otra parte, en el art. 39 del Decreto 19 de 2012, que modifica parcialmente el art. 1 de la Ley 962 de 2005, se encuentra una innovación –al estilo de la abogacía de la competencia ejercida por la SIC– para asegurar la estandarización³⁹, coherencia y complejidad institucional que se requiere dentro del procedimiento para establecer los trámites autorizados por la ley. En efecto, esta disposición exige que antes de fijarse normativamente un trámite, el regulador deberá *“previamente someterlo a consideración del Departamento Administrativo de la Función Pública adjuntando la manifestación del impacto regulatorio, con la cual se acreditará su justificación, eficacia, eficiencia y los costos de implementación para los obligados a cumplirlo, (...). En caso de encontrarlo razonable y adecuado con la política de simplificación, racionalización y estandarización de trámites, el Departamento Administrativo de la Función Pública autorizará su adopción e implementación”* (cursivas y subrayas fuera del texto).

39 El art. 41 dispone adicionalmente que el DAFP “velará por la permanente estandarización de los trámites dentro de la Administración Pública y verificará su cumplimiento cuando se inscriban los mismos en el Sistema Único de Información de Trámites, SUIT. Los trámites que no cumplan con esta condición serán devueltos para hacer los ajustes pertinentes. Se entiende por estandarización el deber de la administración de establecer trámites equivalentes frente a pretensiones equivalentes o similares que pueda presentar una persona ante diferentes autoridades”.

Además del dispositivo procesal y sustancial anterior, el mismo artículo incluye unas garantías de la inter-institucionalidad, transparencia⁴⁰ y carácter multinivel de la racionalización, pues dispone que, en ejercicio de estas funciones, el DAFP "contará con el apoyo de los Comités Sectoriales e Intersectoriales creados para tal efecto" y "podrá establecer mecanismos de participación ciudadana a fin de que los interesados manifiesten sus observaciones". En el mismo sentido se prevé que el director del DAFP "rendirá, al inicio de cada período de sesiones ordinarias, informe a las Comisiones Primeras de cada Cámara sobre la expedición de los nuevos trámites que se hayan adoptado".

Ante la anterior tendencia, que supone en el papel un avance en el estado de la cuestión en nuestro país, se asiste a una nueva oportunidad de avanzar en la calidad de las actuaciones administrativas complejas, la cual, más allá de la racionalidad jurídico-normativa, queda naturalmente supeditada a la voluntad política y capacidad de buen gobierno y buena administración por parte de nuestras autoridades, pues todo régimen democrático reposa en últimas sobre la verdad de la *palabra dada* al pueblo por sus representantes.

CONCLUSIONES

Lo que aquí se ha intentado plantear busca entonces situar en lo más alto del debate académico relativo al Derecho de la regulación la necesidad de asegurar calidad en las medidas regulatorias y en el ciclo de gestión de la llamada reforma regulatoria. Tal ha sido el objetivo que explícitamente se ha perseguido. Ahora bien, este ejercicio doctrinal supone a su vez otro de mayor envergadura que no hace parte de los objetivos inmediatos del presente escrito: volver a los debates tradicionales sobre la naturaleza y estructura del regulador y sobre el concepto mismo de regulación y sobre los alcances y límites del Derecho Administrativo ante dicho fenómeno jurídico-económico. En efecto, si se retoma la tesis del contexto cognitivo que, a juicio de autores como JOHN SEARLE (1995: 173-179), tiene cualquier institución de la realidad social, la identificación del fenómeno "regulación" y la explicación de sus funciones dentro de la realidad del Derecho, son a su vez determinadas por el contexto consistente en la necesidad real y práctica (*intencionalidad colectiva*) de asegurar calidad regulatoria. Dicho de otro modo, el recorrido propositivo por un programa serio y profundo de regulación en el Derecho Administrativo

40 Para asegurar mayor información y transparencia, el art. 40 dispone que, además de las exigencias generales de publicidad de los actos administrativos, "para que un trámite o requisito sea oponible y exigible al particular, deberá encontrarse inscrito en el Sistema Único de Información de Trámites y Procedimientos –SUIT– del Departamento Administrativo de la Función Pública, entidad que verificará que el mismo cuente con el respetivo soporte legal".

colombiano permitiría replantear o recomfortar, *par ricochet*, algunas de las tesis que sobre regulación y regulador se han venido sosteniendo últimamente.

BIBLIOGRAFÍA

- AUBY, JEAN-BERNARD (2010). *La globalisation, le droit et l'État*. Paris: LGDJ.
- Banco Mundial (2013). *Doing Business 2013*. Disponible en línea en el sitio web http://espanol.doingbusiness.org/~/_/media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/Foreign/DB13-Spanish.pdf.
- BECKER, GARY (1960). "An Economic Analysis of Fertility", en *Demographic and Economic Change in Developed Countries*. Princeton University Press.
- BECKER, GARY (1968). "Crime and Punishment: An Economic Approach", en *The Journal of Political Economy*, 76.
- BONILLA, DANIEL (ed.) (2009). *Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Universidad de Los Andes-Siglo del Hombre.
- COOTER y T. ULEN (2004). *Law and Economics*. Pearson Publishing.
- CUEVAS, HOMERO (2002). "Teoría económica del Estado", en AA.VV., *Teorías jurídicas y económicas del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CHEVALLIER, JACQUES (2011). *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ (2012). *Lecciones de Derecho administrativo*, 2.^a ed. Madrid: Marcial Pons.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ (2007). "La regulación de la economía desde el Estado garante", en AA.VV., *La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales*. Navarra: Thompson Aranzadi.
- HARTER, PHILIP J. (1982). "Negotiating Regulations: A Cure for Malaise", en *Georgetown Law Journal*, vol. 71.
- HARTER, PHILIP J. (2006). "Negotiating government policy: better decisions through democratic synergy", en M. LOMBARD (ed.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz.
- JOLLS, CH.; SUNSTEIN, C. y THALER, R. (s.f.). "A Behavioral Approach to Law and Economics", en *Stanford Law Review*, vol. 50.
- KELMAN, M. (1983). *A Guide to Critical Legal Studies*. Harvard University Press.

- MILLER, J. (2003). "A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process", en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 51, n.º 4.
- OECD (1999). *Regulatory Reform in the United States, Government Capacity to Assure high Quality Regulation*.
- OECD (2005). *OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*.
- OECD (2007). *Review of Regulatory Reforms*. Korea.
- OECD (2012). *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*.
- OSPINA GARZÓN, A. (2012). *L'activité contentieuse de l'administration en droit français et colombien (Thèse)*. Paris: Université Panthéon Assas Paris 2-Universidad Externado de Colombia.
- PALACIOS LLERAS, A. (2009). "Introducción al análisis económico del derecho administrativo", en *Revista de Derecho Público*, n.º 22. Bogotá: Universidad de Los Andes.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (2011). "Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del Derecho en América Latina", en C. RODRÍGUEZ GARAVITO. *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Bogotá: Siglo XXI Editores.
- SANTAELLA QUINTERO, H. (2011). "Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa", en *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 5. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD (2003). *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*. Madrid: INAP – Marcial Pons.
- SUNSTEIN, CASS (ed.) (2000). *Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SUNSTEIN, CASS (s.f.). "Empirically Informed Regulation", en *The University of Chicago Law Review*, vol. 78, pp. 1349-1429.
- TRUCHET, DIDIER (2008). *Droit administratif*. Paris: PUF.
- UNGER, R. (1983). *The Critical Legal Studies Movement*. Harvard University Press.