

# INNOVAR EL DERECHO ADMINISTRATIVO

BASES PARA LA MEJORA DEL SISTEMA REGULATORIO Y LA CALIDAD  
DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN ARGENTINA

*Ignacio Boulin, Enrique Cadenas*



UNIVERSIDAD  
**AUSTRAL**

ESCUELA  
DE GOBIERNO



**Alfonso Santiago**

Director General del Proyecto

Abogado (UBA)

Doctor en Derecho (UBA)

Miembro de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas

Director de la Escuela de Gobierno (Universidad Austral)

**Ignacio Boulin**

Abogado (Universidad de Mendoza)

Magister en Derecho Administrativo (Universidad Austral)

LL.M. (Universidad de Harvard)

**Enrique Cadenas**

Abogado (Universidad Austral)

MPPA (London School of Economics & Political Science)

---

# INNOVAR EL DERECHO ADMINISTRATIVO

---

BASES PARA LA MEJORA DEL SISTEMA REGULATORIO Y LA CALIDAD  
DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN ARGENTINA

*Ignacio Boulin, Enrique Cadenas*

<b>INDICE</b>	<b>05</b>
<b>RESUMEN EJECUTIVO</b>	<b>11</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	
<b>EL DESAFÍO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL SIGLO XXI</b>	<b>13</b>
<u>CAPÍTULO 1: OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO</u>	<b>19</b>
1. El derecho administrativo y las políticas públicas: una relación necesaria.	<b>20</b>
2. El derecho está fuera de los tribunales.	<b>21</b>
3. El derecho no es solo norma.	<b>22</b>
4. La realidad no es solo derecho.	<b>23</b>
A. <i>¿El problema de la discrecionalidad?</i>	<b>23</b>
B. <i>El aporte específico del derecho: la justicia.</i>	<b>22</b>
5. El derecho se abre a las políticas públicas.	<b>25</b>
6. Los fines del derecho administrativo más allá de la protección individual.	<b>25</b>
7. Derecho administrativo e interacción democrática.	<b>26</b>
A. <i>La crisis de legitimidad democrática de la administración causada por las leyes abiertas que dan amplios márgenes de decisión.</i>	<b>28</b>
B. <i>La discusión pública como recurso que permite aumentar la legitimidad democrática de la administración pública.</i>	<b>29</b>
8. Mejores decisiones.	<b>30</b>

1. El sistema argentino actual de emisión de regulaciones.	33	
2. El modelo de emisión de regulaciones y políticas públicas de OCDE.	34	
A. <i>Estándares de Calidad Regulatoria</i>	34	C. <i>OIRA en Estados Unidos.</i> 43
B. <i>Regulación de Calidad en el Modelo OCDE.</i>	35	I. <i>La coordinación de las acciones regulatorias y el estudio de conveniencia de la medida.</i>
C. <i>“Checklist” de Calidad Regulatoria</i>	38	II. <i>Tres funciones de OIRA.</i>
3. La elaboración de regulaciones administrativas en Estados Unidos	39	III. <i>El comienzo de OIRA (1981)</i>
A. <i>La elaboración de regulaciones a través en la Administrative Procedure Act.</i>	40	IV. <i>El funcionamiento de OIRA según la orden ejecutiva 12.866 de 1993 del presidente Clinton.</i>
B. <i>Informal rulemaking.</i>	41	V. <i>La Administración Obama y la OIRA.</i>
I. <i>El procedimiento de informal rulemaking.</i>		D. <i>La visión de un administrador de OIRA.</i> 50
		E. <i>Conclusiones.</i> 51

1. El derecho administrativo puede ayudar a la administración a simplificar y mejorar las interacciones con los ciudadanos para ganar legitimidad democrática.	53		
A. Los beneficios de la deliberación previa	54		
B. Interacción, tecnología y cómo llegar a quien queremos escuchar	56	3. Medios no tradicionales de regulación: el <i>behavioural economics</i> .	65
C. Una arquitectura efectiva para la maximizar la participación.	57	A. Qué es el <i>behavioural economics</i> y para qué sirve.	65
I. La participación efectiva, como el diablo, está en los detalles.		B. El Nudge y la arquitectura de las decisiones.	67
2. Herramientas y buenas prácticas para incorporar en la gestión administrativa	58	C. Experiencias en UK: EL BIT. Un caso exitoso en el armado de unidad de <i>Behavioural Economics</i> .	68
A. La Evaluación de Impacto Regulatorio (EIR).	58	D. Técnicas de <i>Behavioural Economics</i> : la herramienta "EAST".	70
B. Los controles regulatorios <i>ex post</i> .	62	I. EASY (Fácil).	
I. Enfoque de "control de stock" orientado a mantener las buenas prácticas regulatorias.		E. Implementación de EAST.	77
II. Enfoque de revisiones programadas.		I. Definir el resultado deseado.	
III. Revisiones especiales y <i>ad hoc</i> .		II. Entender el contexto.	
		III. Diseñar la intervención.	
		IV. Probar, aprender, adaptar ( <i>test, learn, adapt</i> ).	

CAPÍTULO 4: REDISEÑOS DE LA ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

80

1. Generar un compromiso  
político de la más alta  
autoridad

81

2. Repensar el procedimiento  
administrativo argentino  
buscando la incorporación de  
espacios para la interacción  
entre la administración y los  
sujetos interesados.

82

3. Impulsar la adopción de  
políticas públicas basadas en  
la evidencia

84

4. Asunción del rol de  
coordinación y mejora  
regulatoria por la Secretaría  
Legal y Técnica

84

EPÍLOGO: UN CAMINO QUE COMIENZA

86







## Resumen ejecutivo

- Mejorar la calidad regulatoria requiere orientar el rol del derecho administrativo más allá del clásico control de la arbitrariedad, para que pueda convertirse en un facilitador de decisiones públicas eficientes, justas y razonadas: un derecho administrativo innovador, realista y capaz de funcionar en base a la evidencia.
- El derecho administrativo debe abrir espacios reales para lograr una participación ciudadana efectiva e influyente en el diseño e implementación de las políticas públicas.
- La experiencia práctica de la OCDE y de Estados Unidos sugiere la utilidad de contar con: (i) sistemas u organismos que faciliten coordinación de las regulaciones; (ii) procedimientos de elaboración que mejoren la calidad regulatoria; (iii) procedimientos de mejora continua.
- Existen herramientas regulatorias como la evaluación de impacto regulatorio, la revisión *ex post*, las agendas regulatorias, el análisis costo – beneficio, que se usan con provecho en diversos países y podrían ser empleadas en Argentina.
- Las técnicas de *behavioural economics* están siendo utilizadas exitosamente en el Reino Unido, Estados Unidos y países de la OCDE. Argentina podría utilizarlas con mucho beneficio.
- Para que una reforma regulatoria sea exitosa se requiere un alto compromiso político y un trabajo intenso en el cambio cultural del ambiente regulatorio, pero no existe una única manera de lograrlo. El derecho administrativo argentino podría, a través de pequeños cambios normativos, impulsar también esta mejora.



INTRODUCCIÓN

EL DESAFÍO DEL  
DERECHO ADMINISTRATIVO  
EN EL SIGLO XXI

---

Este informe trata sobre cómo el Estado, y en particular la administración pública, puede mejorar el diseño de sus regulaciones y el rol que el derecho administrativo está llamado a cumplir.

El crecimiento del rol regulador del Estado y la trascendencia que la administración pública adquiere en esa situación<sup>1</sup> exigen repensar el derecho administrativo. Ya no basta entenderlo como un derecho destinado a evitar la arbitrariedad de la administración y a la defensa de los particulares. Esto es algo, pero no lo es todo. Nuevas preguntas se plantean: ¿cómo puede ser el derecho administrativo más útil para la toma de buenas decisiones públicas? ¿Qué espacios debe abrir en los procedimientos para que exista una mayor participación pública en la adopción de regulaciones? ¿Qué tipos de intervención estatal debe propiciar?

El progreso del derecho administrativo durante el siglo XX (en buena medida vinculado con la protección de los intereses y derechos particulares)<sup>2</sup> debe continuar en el camino que tiene como destino una administración pública justa, inteligente y moderna. Es preciso rediseñar el rol y el alcance del derecho administrativo para hacerlo capaz de contribuir a:

- optimizar el proceso de diseño de políticas públicas, inspirándolas en la

---

<sup>1</sup> Puede verse esta visión, entre otros, en Cass R. Sunstein, *Simpler: The Future of Government*, Simon & Schuster, 2013, pp. 29-30, Edición de Kindle.

<sup>2</sup> Waline escribió que el derecho administrativo es “el estudio del poder discrecional de las autoridades administrativas y de su limitación en miras a la salvaguardia de los derechos de terceros (administrados o funcionarios públicos)”. Waline, *Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l’administration*, *Etudes et Documents*, publicación del *Conseil d’Etat de France*, 1956, p. 25, citado por Héctor A. Mairal, *Control judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984, Volumen 2, p. 648.

- justicia<sup>3</sup>;
- democratizar la administración pública, generando una participación real de las personas en el gobierno<sup>4</sup>;
  - facilitar el control de la administración y mejorar los sistemas de rendición de cuentas de los funcionarios públicos<sup>5</sup>;
  - buscar la mejora de las regulaciones a través del uso de evidencia en su diseño<sup>6</sup>;
  - en breve, poner a la administración a pensar<sup>7</sup>.

Alcanzar estos objetivos demanda salir de esquemas mentales en los cuales las distintas ciencias ocupan espacios estancos, para entrar en una visión realista: la tarea del administrador público, en cuanto diseñador e implementador de políticas públicas integra el derecho y la economía, la psicología y otras ciencias.

Esta investigación explica los pilares teóricos que fundamentan el camino que proponemos recorrer. Para esto, analiza las falencias democráticas del derecho administrativo y la administración pública. Muestra las necesidades imperiosas de mejorar la relación de la administración y el público, a fin de obtener decisiones con mejor nivel de acatamiento. También estudia nuevas prácticas regulatorias que se utilizan en el ámbito de OCDE y de Estados Unidos, utilizando técnicas propias de la economía del comportamiento.

A la vez, propone lineamientos para mejorar las formas en la cual se emiten regulaciones de alcance general. Siguiendo los lineamientos de OCDE – y a la vez, evitando un trasplante institucional que no toma en cuenta la cultura jurídica de un país - se sugiere adoptar un modelo que impulse la participación ciudadana previo a la toma de decisión y que obligue a justificar la regulación de forma exhaustiva y con base en la evidencia.

Por último, se plantea que la Secretaría Legal y Técnica de Presidencia asuma

---

<sup>3</sup> Cfr. Juli Ponce Solé, Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 11, enero-junio, 2014, pp. 18-37 Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, España. Disponible en <http://www.aigob.org/ciencia-politica-y-derecho-publico-en-pos-del-buen-gobierno-y-la-buena-administracion/>

<sup>4</sup> Cfr. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 8, Teoría general del derecho administrativo, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013, prólogo, disponible en [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo8/03prologo.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/03prologo.pdf). También ver Cass R. Sunstein, Adrian Vermeule, *The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law* (July 16, 2015). Supreme Court Review, Forthcoming; Harvard Public Law Working Paper No. 16-23. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2631873>, p. 3.

<sup>5</sup> Sunstein, Vermeule, *The New Coke*, op. cit. p. 3.

<sup>6</sup> Sunstein, Simpler, op. cit., p. 2.

<sup>7</sup> Ídem, p. 27.

la tarea de ser la cabina de comando, el centro neurálgico del estado regulatorio, capaz de dar unidad de funcionamiento y visión a la administración pública.

\*\*\*\*

**Antes de comenzar, una excursión a terra incognita: la inexplorada relación entre la administración pública y el estado de derecho.** El estado de derecho ha sido definido como “un principio de gobernanza en el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal”<sup>8</sup>.

Este modelo es, en definitiva, sostenido por un sistema democrático – con elecciones –, por un poder dividido y por la vigencia de derechos. Con una democracia débil y con una endeble división de poderes, el estado de derecho empeora.

Es sobre todo el derecho constitucional la disciplina que ha teorizado sobre el estado de derecho. Y lo ha hecho pensando las instituciones desde el punto de vista clásico de la teoría constitucional, estudiando de manera primordial el rol de los poderes constituyentes, las legislaturas, el poder ejecutivo y el judicial<sup>9</sup>. Sin embargo, hoy en día, los gobiernos son esencialmente burocracias. Y la teoría constitucional clásica ha dicho poco sobre las burocracias – las administraciones públicas – tal como las vemos funcionar hoy<sup>10</sup>.

Esta carencia afecta el desarrollo de la gestión pública por parte de la administración, que es el sujeto más poderoso del sistema político. Es un dato de la realidad: por la cantidad de poder que acumula e impacto que tiene es la administración pública la que para el común de las personas marca la presencia o ausencia de un gobierno de leyes y no de hombres<sup>11</sup>. La vida cotidiana se encuentra empapada, para bien o para mal, por el obrar administrativo: el servicio de electricidad que permite tanto la vida doméstica como la producción de bienes

---

<sup>8</sup> Secretario General de las Naciones Unidas, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, informe presentado ante el Consejo de Seguridad, S/2004/616, disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>.

<sup>9</sup> Adrian Vermeule, Optimal Abuse of Power (April 15, 2014), p. 676, Northwestern University Law Review, 673, 2014-2015, citando a Jon Elster, Secutirites against misrule: juries, assemblies, elections (2013).

<sup>10</sup> Ídem.

<sup>11</sup> La biblioteca de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard tiene en el frente de su entrada principal la frase que Edward Coke atribuye a Bracton: “NON SUV HOMINE SED SUB DEO ET LEGE”, disponible en <http://hls.harvard.edu/library/about-the-library/history-of-the-harvard-law-school-library/quotations-in-the-langdell-reading-room/>.

y servicios, el estado de los caminos, la atención en los hospitales, la seguridad pública, la escuela pública, el cobro de impuestos, la regulación del comercio exterior<sup>12</sup>. La administración acompaña al ciudadano “de la cuna a la sepultura”<sup>13</sup>.

Sin embargo, a la hora de pensar el estado de derecho en relación a la administración, se trabaja usualmente en el control judicial de la administración pública o en el procedimiento administrativo recursivo<sup>14</sup>. Se deja de lado en buena medida el análisis de cómo funciona una administración pública cooptada por un partido de gobierno, o cómo funcionan los agentes públicos que no suelen tener estabilidad, sino que dependen de la venia del superior para permanecer en sus cargos.

Por lo dicho, sin perjuicio de mantener el estudio del control judicial de la administración, es preciso profundizar en los rasgos del derecho administrativo que muestran sus virtudes a la hora de la elaboración de las decisiones públicas<sup>15</sup>.

Ciertamente, los dos aspectos no son contrapuestos sino complementarios; se reclaman el uno al otro. Pero no puede desconocerse que la función del derecho administrativo como herramienta de control judicial ha sido la preferida en la consideración doctrinaria. Tanta relevancia tiene sus razones, pues el control judicial es realmente importante, pero el derecho administrativo no se encuentra tanto en la jurisprudencia o en el boletín oficial, como en la gestión administrativa cotidiana<sup>16</sup>. El control jurisdiccional es realmente necesario, pues facilita la consecución de una buena administración, pero, a decir verdad, su contribución es indirecta y limitada<sup>17</sup>. Es indirecta pues opera frente a los abusos más evidentes, frente a las peores decisiones. Evita daños futuros, pero a través del castigo a los comportamientos antijurídicos ya ocurridos. Y es limitada porque la mayoría de los casos que llegan a los tribunales son pretensiones individuales, que posibilitan mejoras concretas en casos particulares, pero no cambios

---

<sup>12</sup> Rodolfo C. Barra, “Democracia y Administración Pública”, en AA.VV., Rodolfo L. Vigo (Coord.), *En torno a la democracia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990, p. 12.

<sup>13</sup> Cfr. Eduardo García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, España, 159 – 205, disponible en <http://www.cepc.es/>, p. 161.

<sup>14</sup> Cfr. Héctor A. Mairal, *Control judicial de la Administración Pública*, cit., volumen 2, p. 648.

<sup>15</sup> Se ha dicho en este sentido que “[p]artiendo de la base de que el Derecho Administrativo debe ser una herramienta útil para guiar a la sociedad, el énfasis en la doctrina debe moverse desde la ciencia de la interpretación basada en una orientación hacia la aplicación del Derecho hacia una ciencia de la elaboración de las decisiones públicas”. Cfr. Juli Ponce Solé, “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración”, *JA* 2008-IV-1289. Disponible *online* en Lexis N° 0003/014141, I, a).

<sup>16</sup> Cfr. Alejandro Nieto, “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, publicado en *Revista de Administración Pública*, España, n° 76, 1975, p. 15, disponible *on line* en <http://www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=1&IDN=76&IDA=22868> .

<sup>17</sup> Cfr. Ponce Solé, “Procedimiento administrativo, globalización...”, cit. I, a).

estructurales<sup>18</sup>. Como el Quijote, el control judicial deshace algunos entuertos, pero, usualmente, no los puede prevenir.

Si el siglo XX fue el del control judicial<sup>19</sup>, con su predominante esquema decisorio de soluciones concretas para casos individuales<sup>20</sup>, el siglo XXI debe ser el de la buena administración, que brinda la posibilidad de responder globalmente a los problemas generales.

El derecho administrativo del siglo XXI debe abrir espacios, mejorar la calidad y el diseño institucional, obligar a la administración a pensar. Todo esto se traducirá en mejores regulaciones y en un diseño institucional que se acerque a las necesidades de los ciudadanos y permita un mayor escrutinio.

---

<sup>18</sup> Sobre la posibilidad de lograr cambios estructurales a través del litigio, puede verse con provecho Mark Tushnet, "Some Legacies of *Brown v. Board of Education*", 90 *Virginia Law Review*, 1693, p. 1693 (2004).

<sup>19</sup> Cfr. Mairal, Volumen 2, p. 648.

<sup>20</sup> Sin perjuicio de que se han ido desarrollando técnicas complejas que buscan resolver situaciones estructurales, utilizando el cauce de los procesos colectivos.

## CAPÍTULO 1

### OPORTUNIDADES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El rol de las administraciones públicas es cada vez más amplio. Funcionan como árbitros de conflictos, promotores de ideas, recopiladores de información, ordenadores de la vida social. La idea de un Estado que solo se encarga de la salubridad, moralidad y seguridad está enterrada hace tiempo<sup>21</sup>.

En sistemas presidencialistas como el argentino los órganos legislativos han abdicado en buena medida de su rol regulador<sup>22</sup> - por falta de capacidad, presupuesto, o por la razón que sea: lo cierto es que el Poder Ejecutivo, último responsable de la administración<sup>23</sup>, tiene una neta preponderancia sobre el Congreso.

La conducción política que ejerce el Ejecutivo deja al Congreso como un “visador” de aquellas construcciones administrativas que requieren el sello de la legalidad formal<sup>24</sup>. Es en la administración donde se diseñan las leyes centrales que luego se debaten en el Congreso.

Más aún, es significativa la cantidad de casos en que las legislaturas, en vez de dictar leyes con mandatos concretos, se limitan a emitir normas que delegan en el órgano administrativo la función de completar la ley, con una amplitud tal que dificulta en extremo conocer la línea a seguir en el ejercicio de las facultades

---

<sup>21</sup> Ver, CSJN, “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw”, Fallos, 136:161 (1922), Cine Callao, Fallos: 247:121, 1960, o CSJN Q. 64. XLVI RECURSO DE HECHO, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la ciudad de Buenos Aires s/amparo”.

<sup>22</sup> Cfr. Adrian Vermeule, *Law’s Abnegation*, Harvard University Press, 2016, Edición de Kindle, (Posición en Kindle 175-176).

<sup>23</sup> Constitución Nacional, art. 99.1.

<sup>24</sup> Cfr. Fernando García Pullés, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, T.II, p. 680.

delegadas<sup>25</sup>.

De esta forma, al proliferar leyes que establecen una amplia atribución de poderes a la administración<sup>26</sup>, ésta pasa a ser el factor regulador por excelencia de la vida social<sup>27</sup>.

Los jueces, por su parte, restringen muchas veces su poder de revisión. Ante la complejidad técnica, los jueces se cuidan de extralimitarse, practicando un control deferente sobre la administración, reservándose únicamente la facultad de bloquear regulaciones arbitrarias o deficientes en relación sus procedimientos formales o reglados<sup>28</sup>.

Por todo esto, la manera en la cual se diseñe el funcionamiento de la maquinaria administrativa es crucial. Creer que es posible alcanzar un grado aceptable de desarrollo sin una administración pública capaz es utópico.

Debe insistirse, por eso, en repensar el derecho administrativo. Deben buscarse en el derecho administrativo sus capacidades para desnudar al poder, para dejarlo en estado puro. El derecho administrativo debe transparentar el proceso decisorio que recorre quien detenta el poder, sin sustraer del ámbito político la elección, pero evidenciando la verdadera intención del decisor y las expectativas que piensa satisfacer y las que no, funcionando así como un facilitador de buenas decisiones.

## 1. El derecho administrativo y las políticas públicas: una relación necesaria

Durante largos años fueron los abogados quienes hicieron funcionar la maquinaria estatal<sup>29</sup>. Era lógico: un estado que funcionaba alrededor de normas tenía sus propios operadores expertos. Eran los abogados - que conocían el derecho constitucional y administrativo - quienes podían resolver los problemas. Para esta visión, “el ordenamiento jurídico se bastaría siempre y en todo caso a sí mismo, sin necesidad de tener en cuenta elementos no jurídicos en su aplicación”<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. *idem*.

<sup>26</sup> Cfr. Daniel Sarmiento Ramírez – Escudero, *El Control de la Proporcionalidad de la Actividad Administrativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 178. También, Sunstein, Simpler, cit. p. 29.

<sup>27</sup> En USA, ver Sunstein: “In short, Congress sets out the basic framework, but a lot of the most important action comes in implementation, as agencies decide on the content of regulations”. Sunstein, Cass R.. Simpler: The Future of Government (p. 30). Simon & Schuster. Edición de Kindle.

<sup>28</sup> Julio C. Rivera (h.), “¿Cómo debe ejercerse el control de razonabilidad de leyes que incursionan en materia socio-económica?”, *La Ley*, 2002-D, 1116-1137.

<sup>29</sup> Cfr. Yves Dezalay y Brian Garth, *La internacionalización de las luchas por el poder: la competencia entre abogados y economistas por transformar el estado latinoamericano*, ILSA / Universidad Nacional Autónoma de México, prólogo de César A. Rodríguez Garavito, 2005, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1656/2.pdf> .

<sup>30</sup> Julí Ponce Sole, *Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública...*, cit.

Esta idea generó un triple problema, pues, en primer lugar, los abogados han sido educados para ejercer el derecho en los tribunales, pero no suelen estar formados en la administración. En segundo lugar, los abogados han sido educados a través de una visión normativista del derecho. En tercer lugar, la realidad contiene elementos propios del derecho, pero no es sólo jurídica.

## 2. El derecho está fuera de los tribunales

En nuestros días el derecho administrativo es pensado mayormente desde el punto de vista del control judicial — puede tomarse como un indicador de la corrección de esta afirmación la comparación entre la cantidad de fallos que se estudian en los cursos de Derecho Administrativo y la cantidad de procedimientos y normas administrativas, en sentido lato, que se analizan para evaluar cómo se tomó la decisión. Usualmente, en las Facultades de Derecho se fomenta una visión parcial (y patológica) del derecho administrativo, que enfatiza la importancia del remedio judicial ante el comportamiento antijurídico de la administración<sup>31</sup>, sin prestar, tal vez, demasiada atención a su prevención.

Sin embargo, al menos desde una óptica temporal, el objeto del derecho administrativo parece consistir más en la regulación del ejercicio de la función administrativa — a fin de posibilitar su correcto desempeño — que en el control judicial de la administración, el cual se revela como un remedio tardío ante el fracaso de la gestión. En este sentido, conviene recordar que la revisión judicial no es el fin al que se dirige la actividad administrativa, sino un medio a través del cual se la fiscaliza<sup>32</sup>.

El derecho “ocurre” la mayoría de las veces fuera de los estrados. Y el derecho administrativo ocurre, por ejemplo, cuando se organiza un servicio público y se prioriza llegar con las cloacas a una zona y no a otra; cuando se permite o se rechaza un servicio innovador; cuando se facilita la realización de un trámite o cuando se piensan las preguntas de un cuestionario de aduanas.

### **El derecho administrativo trabajando “en vivo”**

Todos los que han salido del país han llenado un formulario de aduanas, han interactuado con agentes de aduanas. Sin embargo, son muy pocos quienes han estado dentro de un procedimiento administrativo - y menos un

<sup>31</sup> Cfr. Nieto, “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, cit.

<sup>32</sup> Cfr. Guido Santiago Tawil, *Administración y Justicia, Alcance del Control Judicial de la Actividad Administrativa*, prólogo de Julio R. Comadira, Depalma, Buenos Aires, 1993, T. I, p. 351.

proceso judicial - acusados de una infracción aduanera.

Cada vez que se paga un impuesto – porque llega una carta, o un aviso o una intimación de la agencia tributaria; cuando se requiere sacar la basura a una hora determinada; cuando se permite o se prohíbe un tipo de construcción en una zona específica; en todas esas oportunidades existen interacciones previstas por el derecho administrativo que no se producen en un procedimiento administrativo recursivo o en un proceso judicial posterior.

Es que las interacciones de las personas con la administración – reguladas en vivo por el derecho administrativo - se dan en un porcentaje mayoritario fuera del ámbito propio que se estudia en las facultades de Derecho.

¿Qué puede hacer el derecho administrativo en estas situaciones?  
¿Cómo puede el derecho administrativo mejorar la interacción ciudadano-administración?

### 3. El derecho no es solo norma

Los abogados valoran enormemente la norma, pues da certeza y seguridad. Pero puede olvidarse a veces que las normas son productos de negociaciones políticas, transacciones entre fuerzas de distinto nivel, resultados de concesiones<sup>33</sup>. Como sostiene López Medina, “el normativismo tiene la tendencia a olvidar esta fase de políticas públicas: las instituciones administrativas quedan así separadas de los diagnósticos que animaron su reforma, con lo que se inicia una nueva etapa de formalismo puro en el campo del análisis jurídico. La omisión de esta faceta política de las normas resulta, finalmente, en un empobrecimiento del conocimiento que tienen los abogados cuando se les confían tareas de aplicación, interpretación o rediseño de la estructura del Estado”<sup>34</sup>.

Pensar el derecho administrativo desde el punto de vista de la norma – sin considerar cómo se aplica, la cultura de la norma y de las personas que la viven – peca de irreal.

---

<sup>33</sup> En uno de los casos fundacionales sobre la APA en Estados Unidos, el voto de Justice Robert Jackson explicó que la APA es el resultado del compromiso del Congreso, y que la multiplicación de agencias federales no estaba suficientemente resguardada de la arbitrariedad del poder administrativo. *USSC, Wong Yang Sung v. McGrath*, 339 U.S. 33, 70.

<sup>34</sup> Diego López Medina, “El sueño weberiano: claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del Estado colombiano”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, junio de 2006, (19), pp. 5.

#### 4. La realidad no es solo derecho

Así como el derecho no es únicamente norma, la realidad de la gestión administrativa resiste ser encasillada como “puro derecho”. Para tener un entendimiento global de los problemas, es fundamental aproximarse a ellos desde una perspectiva multidisciplinaria, tomando los aportes que pueden hacerse desde las distintas ciencias.

El derecho administrativo prevé la manera de incorporar estos aportes. Es a través de los mandatos discrecionales que quienes deben tomar una decisión tienen un margen de actuación para optar la decisión que mejor se acomoda al caso.

Sin embargo, la flexibilidad propia de la discrecionalidad ha sido combatida en muchas oportunidades.

##### A. ¿El problema de la discrecionalidad?

El freno de la discrecionalidad fue uno de los temas predilectos del derecho administrativo del siglo pasado. Se llegó a decir que “el derecho administrativo no es más que el esfuerzo del jurista contemporáneo por la reducción de la discrecionalidad”<sup>35</sup>.

Estos arrestos por recortar el ámbito de la discrecionalidad tuvieron como fin fiscalizar la política. Debido a que frecuentemente la discrecionalidad cobija las opciones políticas de quien gobierna<sup>36</sup> se la quiso limitar<sup>37</sup>.

Ahora bien, la realidad se encarga de mostrar que no es posible una planificación perfecta y exhaustiva de la vida en comunidad. La actuación administrativa está informada, necesariamente, por la discrecionalidad, pues escapa a lo humano la facultad de prever o reglamentar todas las complejas, múltiples y variables relaciones jurídicas que se dan en la sociedad<sup>38</sup>. Así, resulta ingenua una comprensión del derecho que entienda que el ordenamiento legal positivo es capaz de ofrecer una

---

<sup>35</sup> Sarmiento Ramírez – Escudero, cit., p. 263.

<sup>36</sup> Cfr. Eduardo García de Enterría– Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Cuarta Ed., Civitas, Madrid, T. I., p. 424, citado por Tawil, T.I, p. 393.

<sup>37</sup> Podría preguntarse si el problema no fue que tratando de domar a la política, el Derecho Administrativo terminó domesticando a la discrecionalidad, impidiendo que diera los frutos de los que es capaz. Se ha dicho, críticamente, que “el esquema conceptual moderno lleva a entender la racionalización de lo político como sometimiento de lo político a la racionalidad de lo no político. Racionalizar lo político significa, por lo tanto, despolitizarlo”. Y por ello, lo jurídico ha sido extendido hasta cubrir con el todo lo que versa sobre la ordenación de la vida colectiva, dejando así el término “político” casi vacío de contenido: al menos, de contenido racional. Cfr. Alfredo Cruz Prados, *Ethos y polis. Bases para la reconstrucción de una filosofía política*, 2da. ed., EUNSA, Pamplona, 2006, ps. 96 y 328.

<sup>38</sup> Cfr. Tawil, cit. T. I, p. 387.

respuesta para cada conflicto<sup>39</sup>.

Por eso, el intento de evitar los grandes males que conlleva un abusivo ejercicio de la discrecionalidad no debe conducir al error de considerar que reduciendo la discrecionalidad administrativa y aumentando la actividad reglada se producirá un progreso político<sup>40</sup>.

Por el contrario, la complejidad del mundo actual exige discrecionalidad. Cass Sunstein lo describe así:

Hay otra comprensión de la simplificación, una que también acepta las funciones actuales del gobierno. En este entendimiento, lo que necesitamos es menos reglas y más discreción. Aquí está la afirmación básica: demasiado tiempo, el gobierno le dice a la gente exactamente qué hacer y cómo hacerlo exactamente. Emite requisitos altamente prescriptivos para las escuelas, los maestros, los hospitales y los empleadores, en un nivel absurdo de detalle, en lugar de simplemente describir su objetivo general y dejar que los seres humanos utilicen su propia creatividad e iniciativa para llegar allí. En pocas palabras: menos reglas y más sentido común<sup>41</sup>.

La discrecionalidad, para Sunstein, no es necesariamente un problema, sino que es la oportunidad de colocar al derecho administrativo en posición de diálogo con otras ciencias, pues permite abrirse a resultados que no dependen de la norma<sup>42</sup>.

Pensar un derecho administrativo abierto, en definitiva, permite generar un encuentro entre derecho y otras ciencias.

## **B. El aporte específico del derecho: la justicia**

En este concierto de ciencias, el derecho tiene su toque distintivo que aportar. Pensar una gestión pública separada de la justicia o la ley es un error. Señala Ponce Sole:

Los partidarios del Management que ven en el Derecho un artefacto inútil, pasado de moda y formalista pueden estar conduciendo a una degradación paulatina de la calidad del ordenamiento jurídico y de su capacidad para defender adecuadamente los derechos de los ciudadanos y evitar la corrupción y promover la buena gestión<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Cfr. Juan Bautista Etcheberry, "Causas y naturaleza de la discrecionalidad judicial en la interpretación y aplicación del Derecho", JA, 2011-III, fascículo n° 4, ps.47-55.

<sup>40</sup> Cfr. Tawil, T. I, p. 393.

<sup>41</sup> Sunstein, Simpler, cit., p. 11.

<sup>42</sup> Sunstein es claro en que la solución no es tan simple: a veces se requiere más discrecionalidad y otras se precisa mayor reglamentación. Simpler, cit. 11.

<sup>43</sup> Julí Ponce Sole, Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública, cit.

Uno de los fines del Estado es promover el bien común, objetivo inalcanzable sino es de la mano de la justicia, del dar a cada uno lo suyo.

Pero, además, la gestión pública requiere la ley:

“es un grave error la actitud de menosprecio y marginación del Derecho manifiesta en tantos programas y “modernizadores” administrativos que viven una grave confusión: habiendo aprendido que “no se cambia la Administración por decreto” creen que es posible cambiar al margen del Derecho. Y actuando así no sólo provocan graves desajustes entre las prácticas informales y la legalidad formal, con el consiguiente desorden y riesgo de corrupción, sino que provocan también que muchos meritorios esfuerzos de cambio acaben siendo fagocitados por las instituciones formales vigentes a las que se renuncia de entrada a replantear”<sup>44</sup>.

## 5. El derecho se abre a las políticas públicas

El derecho administrativo moderno, en definitiva, debe abrirse al diálogo con otras ciencias. Se busca lo justo, y lo eficiente, y lo que funcionará. El derecho aporta lo suyo, pero no monopoliza. Se abre a que en la función administrativa - por ejemplo, en el diseño de una norma - se tenga en cuenta lo empírico, la economía, lo posible, la psicología y el diseño.

La discrecionalidad se revaloriza, pues permite simplificar la gestión y facilitar la tarea administrativa, permitiendo el ingreso de herramientas que van más allá de lo específicamente jurídico.

En un mundo cambiante las soluciones no vienen prefabricadas. El principio de legalidad no puede constreñir a la administración volviéndola incapaz. Al contrario, quien administra debe encontrar salidas innovadoras a los problemas y para ello se necesita un marco legal que, sin descuidar el control, le de plasticidad.

Como sostiene el profesor catalán Juli Ponce Solé, “es precisa una nueva Ciencia del Derecho administrativo en el siglo XXI, lo que exige innovación dogmática, con menos formalismo y más realismo, en conexión con un mayor protagonismo del empirismo”<sup>45</sup>.

## 6. Los fines del derecho administrativo más allá de la protección individual

---

<sup>44</sup> Joan Prats Catalá, De la burocracia al Management, del Management a la gobernanza, INAP, Madrid, 2005, pág. 74), citado por Ponce Solé, Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública, cit.

<sup>45</sup> Ponce Solé, Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública, cit.

Si la mayor cantidad de interacciones entre la administración y una persona se produce fuera del proceso judicial y de los procedimientos administrativos recursivos, el derecho administrativo debe encontrar su lugar en ese ancho campo del “ocurrir” administrativo<sup>46</sup>. Sería un error agotarlo en el buen arte de defender a los particulares o buscar su plenitud en la revisión judicial<sup>47</sup>.

El derecho administrativo del ejercicio del poder debe poder ir más allá en la orientación del *policy maker* que el mero límite externo que le marca el control judicial. Existe una relación costo-beneficio entre minimizar el abuso de poder por parte del Estado y maximizar otros fines que se logran a través del ejercicio legítimo del poder<sup>48</sup>, como la procura del bien común<sup>49</sup>, habilitar la participación democrática y la rendición de cuentas, y promover la racionalidad política<sup>50</sup>. Estos fines exigen que la administración ejerza poder, que el derecho administrativo encauce ese poder - y no solo que funcione como límite externo a la discrecionalidad.

El crecimiento del derecho público no es solo fruto del control judicial, sino que proviene sobre todo de las acciones estatales - muchas de ellas administrativas - destinadas a solventar algún problema procurando garantizar el interés general. El Estado regulador puede gustar o no, pero es una realidad. El derecho público, y el administrativo en particular, no puede pretender solo ocuparse de restringir desde el control judicial el abuso de poder, sino que debe dar herramientas al regulador para ejercerlo de manera inteligente y justa<sup>51</sup>.

## 7. Derecho administrativo e interacción democrática

El derecho administrativo debe facilitar que la administración pública se conduzca democráticamente: es preciso que se prevean espacios de discusión y participación en la adopción de las decisiones administrativas.

Esto tiene además dos consecuencias convenientes. En primer lugar, generar procedimientos participativos mejora la calidad de las políticas públicas porque las

---

<sup>46</sup> Nieto, p. 27, destaca: “el jurista, en cuanto técnico del Derecho, formule y ponga a disposición de la sociedad técnicas concretas que hagan viable la realización de los intereses colectivos y generales, de la misma manera que ahora existen ya para la defensa de los derechos individuales”

<sup>47</sup> Rivero (s/d), citado por Mairal, Volumen 1, Prefacio, XI. dice: “la justicia ha sido hecha para el litigante y la Administración para los administrados”

<sup>48</sup> Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist*, introducción de Cass R. Sunstein, Harvard University Press, 2009, No. 70, 461.

<sup>49</sup> Preámbulo de la Constitución Nacional.

<sup>50</sup> Cfr. Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *The New Coke*, cit.

<sup>51</sup> Adrian Vermeule, *Optimal Abuse of Power* (April 15, 2014), *Northwestern University Law Review*, 673, 2014-2015.

decisiones se benefician del conocimiento disperso que tiene el público<sup>52</sup>.

En segundo lugar, incrementa la legitimidad democrática de las decisiones administrativas. El presidente, responsable político de la administración<sup>53</sup>, tiene legitimidad democrática de origen, ya que el sufragio es necesario para su elección, aunque su nivel de legitimidad —y por ende, el de sus decisiones— puede ser reputado, comparativamente, como menor al del Congreso y sus decisiones<sup>54</sup>.

Por una cuestión de diseño institucional en el Congreso las normas son — o deberían ser — discutidas por representantes de mayorías y minorías de la población. El debate político tiene — o debería tener — un impacto trascendente en el producto final: la norma legislativa<sup>55</sup>.

El presidente, en cambio, tiene desde este ángulo una legitimación democrática más limitada, por dos motivos. El primero se encuentra en su menor representatividad de origen, pues el Poder Ejecutivo, como órgano unipersonal, ha sido electo únicamente por quienes lo votaron, a diferencia del Congreso, que, en cuanto órgano colegiado, está conformado por personas elegidas tanto por la mayoría como por la o las minorías. De hecho, puede ocurrir que una minoría sólida alcance la titularidad del Poder Ejecutivo ante el disgregamiento de la mayoría —justamente, en Argentina un candidato puede acceder a la presidencia con sólo recibir el cuarenta por ciento de los votos positivos válidamente emitidos, si consigue una diferencia superior a diez puntos porcentuales sobre los votos positivos válidamente emitidos a favor del segundo<sup>56</sup>. No obsta a esto el *ballotage*, ya que al formar artificialmente mayorías circunstanciales, las eventuales alianzas suelen desvanecerse tan pronto como la elección termina<sup>57</sup>.

El segundo motivo de esta menor legitimidad es que al ser el Poder Ejecutivo un órgano unipersonal<sup>58</sup>, su proceso de adopción de decisiones es menos deliberativo.

Puede avanzarse un paso más en esta dirección. Teniendo en cuenta que el Presidente es responsable político de la administración pública, según la interpretación clásica del artículo 99 inc. 1 de la Constitución<sup>59</sup>, y que los funcionarios

---

<sup>52</sup> Sunstein, Simpler, cit., p. 29.

<sup>53</sup> Constitución Nacional, artículo 99.1.

<sup>54</sup> En base a que hay una representación de mayorías y minorías en el Congreso.

<sup>55</sup> Aunque desde un punto de vista realista, el debate y la negociación política tiene un mundo subterráneo: cargos, poder, presupuestos, obras, intercambios)

<sup>56</sup> Cfr. Constitución Argentina, artículo 98.

<sup>57</sup> Cfr. Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, GEDISA, Madrid, 2003, 1<sup>ra</sup> reimp. p. 242.

<sup>58</sup> Cfr. Constitución Argentina, artículo 87.

<sup>59</sup> Cfr. entre otros German J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, 5ta reimp., E.D.I.A.R., Buenos Aires, 2006, T. III, 237.

y agentes administrativos no son elegidos popularmente en forma directa, sino por quien fue electo, es válido sostener que la legitimidad de los órganos administrativos es menor aún que la del Presidente, pues deriva solo secundariamente de la fuente de legitimidad originaria —la elección popular del Poder Ejecutivo.

#### **A. La crisis de legitimidad democrática de la administración causada por las leyes abiertas que dan amplios márgenes de decisión**

En el modelo clásico de división de poderes, la tarea de la administración se circunscribe a la ejecución de mandatos contenidos en leyes sancionadas por los representantes del pueblo, es otra fuente significativa de la que deriva la legitimidad de la administración<sup>60</sup>.

El problema se presenta cuando las personas comienzan a depositar mayores expectativas en el Estado<sup>61</sup>; el Congreso — órgano que antes asumía políticamente la respuesta —, se muestra incapaz de responder a tales pretensiones y renuncia a la precisión al elaborar sus normas, dejando amplios márgenes de discrecionalidad a la administración<sup>62</sup>. Como explica Sunstein, el Congreso genera un marco básico, pero buena parte de la acción más importante viene a través de la implementación, cuando la administración decide el contenido de las regulaciones<sup>63</sup>.

Este fenómeno pone en jaque, al menos parcialmente, esta fuente segunda de legitimación: la ley ya no expresa sino de modo muy vago los intereses generales y remite las concreciones en la definición de las políticas públicas a la administración, que no tiene, al menos originariamente y en la teoría, la virtud de representar todos los intereses sociales<sup>64</sup>.

Es un desafío encontrar, pues, dónde halla su legitimación quien administra si ya no es el ciego ejecutor de la ley, sino, muy por el contrario, es el libre conductor que orienta la ley hacia lo que cree conveniente.

---

<sup>60</sup> Cfr. Ponce Solé, “Procedimiento administrativo, globalización...”, punto I, b). Es frecuente confusión terminológica entre poder, funciones del poder y órganos que lo ejercen, pero por ser la más usual se ha optado por la terminología clásica. Ver sobre el punto AA. VV., Jorge Sarmiento García, Director, *Derecho Público*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 96 y ss.

<sup>61</sup> Ahora, más que nunca, la supervivencia del hombre está confiada a la integración social. El trabajo, la casa, la educación, y hasta la alimentación básica son confiados a su integración social, “es decir, a condiciones materiales y a circunstancias jurídicas y sociales de vida que van más allá de su libertad de iniciativa.” Es muy difícil que una persona, o una familia, que no está realmente integrada en la sociedad pueda por sí sola conseguir el respeto de sus derechos. Por ello, el papel del Estado es vital en este punto. Cfr. Luigi Ferrajoli, “Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización”, LL, 2005-F, 1199.

<sup>62</sup> Vermeule, *Optimal abuse of power*, cit. p. 684.

<sup>63</sup> Sunstein, *Simpler*, p. 30.

<sup>64</sup> Cfr. Ponce Solé, “Procedimiento administrativo, globalización..”, punto I, b).

## B. La discusión pública como recurso que permite aumentar la legitimidad democrática de la administración pública

Ante este panorama, resulta imprescindible que la administración se preste con consideración y diligencia al debate; que discuta públicamente en forma previa sus decisiones. Así abona su propia legitimidad.

En efecto, en lo relativo a la imprecisión de la ley, la deliberación pública de las decisiones administrativas permite a la administración abrirse a los intereses de los ciudadanos, convirtiendo el mandato legal amplio en una suerte de mandato popular concreto en la situación específica, utilizando lo que podría llamarse una discrecionalidad consensuada con la ciudadanía.

Respecto a la menor legitimidad de origen que la administración tiene en el sistema argentino, la deliberación pública, al permitir la participación del ciudadano en la adopción de la decisión administrativa, reconstruye esta vulnerada legitimidad.

Por otra parte, el proceso de discusión democrática pone al alcance del conocimiento público las cuestiones candentes a decidir, favoreciendo de este modo la imparcialidad de los decisores<sup>65</sup>, lo que aumenta la confianza de la ciudadanía en la administración y, de esta forma, contribuye a su legitimidad.

Verdaderamente, colocar sobre la mesa de debate un proyecto de decisión facilita la limpieza e imparcialidad<sup>66</sup> en su adopción, pues, por un lado, quien ejerce la función administrativa no podrá defender una hipotética medida por razones manifiestamente equivocadas, lo que ya es de por sí una restricción. Por el otro, someter a la deliberación pública una posible decisión colabora en la creación de un clima de confianza, ya que si la discusión es razonable y se arguye en ella de buena fe, es más factible que los particulares entiendan que en la decisión que finalmente se adopte, sea favorable o no a sus intereses, se habrán considerado los argumentos contrarios, rectificando —tal vez en más de un punto— la decisión o, al menos, fundando razonable y suficientemente la obstinación.

De esta manera, la deliberación, al allanar el consentimiento de los gobernados sobre las decisiones de los gobernantes, acrecienta la confianza de la ciudadanía, lo que redundará en un aumento —o, al menos, mantenimiento— de la voluble legitimidad democrática de la administración pública.

---

<sup>65</sup> “*Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman*”, Louis D. Brandeis, *Other’s people money*, Chapter V, “What publicity can do”, disponible en <http://www.law.louisville.edu/library/collections/brandeis/node/196>, última visita el 5 de febrero de 2013.

<sup>66</sup> Según la Real Academia Española, imparcialidad es la “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”. Diccionario de la Lengua Española, disponible *online* en [www.rae.es](http://www.rae.es)

## 8. Mejores decisiones

¿Puede el derecho administrativo ayudar a que quienes ejercen el poder tomen mejores decisiones, sobre todo en aquellas decisiones discrecionales? La respuesta es sí, puede, siempre y cuando el derecho asuma su rol y no abdique de su poder.

La postura opuesta - el derecho no puede ayudar a que se tomen decisiones óptimas, sino solo evitar las peores - entiende que el derecho administrativo es sólo un mecanismo de control de lo arbitrario, de lo notoriamente irrazonable. Esta posición tiene sus raíces en una concentración excesiva del análisis teórico en lo que podría llamarse el “derecho público judicial”: el derecho administrativo es el que se dedica al control judicial de la actuación administrativa. Esta faceta es, efectivamente, restrictiva. Por motivos de competencia constitucional, los jueces suelen explicar que el análisis del mérito o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos son ajenos a su función<sup>67</sup>.

Sin embargo, esta visión se trasladó a todo el derecho administrativo, especialmente a la manera de entender la discrecionalidad.

La discrecionalidad tiene como elemento característico la posibilidad de que el órgano administrativo escoja “distintos cursos de acción o inacción igualmente válidos”<sup>68</sup> para el derecho. En este esquema clásico, la “posibilidad de elección entre actuar o no y, en el primer caso, de optar entre varias alternativas válidas es, pues, la esencia, el núcleo íntimo de la decisión discrecional”<sup>69</sup>

Así, se afirma que “en el caso de facultades discrecionales, el [D]erecho deja a la administración un marco dentro del cual puede optar entre distintas alternativas, todas ellas igualmente válidas frente al ordenamiento jurídico. La selección, entonces, es neutra desde el punto de vista jurídico, aunque, obviamente, no lo será desde el punto de vista de otras disciplinas”<sup>70</sup>.

De manera similar se define a la discrecionalidad administrativa como “una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente

---

<sup>67</sup> Cine Callao, Fallos: 247:121, 1960, cons. XII.

<sup>68</sup> Tawil, T. I, p. 373, citando a Manuel María Diez, “Control de la actividad discrecional de la Administración”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, segunda época, años XVIII y XIX, n° 14, Buenos Aires, 1976, p. 222 y a René Chapus, *Droit administratif général*, Sexta Ed., Monthrestein, París, 1992, vol. I., p. 773.

<sup>69</sup> Julio R. Comadira, *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros estudios*, con prólogo de Miguel S. Marienhoff, 2da Ed. actualizada y ampliada, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 502.

<sup>70</sup> Mairal, Volumen 2, p. 652.

válidas para el derecho”<sup>71</sup>

El problema es que sostener de manera general que en el caso de facultades discrecionales el derecho deja a la administración un marco dentro del cual puede optar entre distintas alternativas, todas ellas igualmente válidas frente al ordenamiento jurídico, y que tal selección es neutra desde el punto de vista jurídico, es, por lo menos, controvertible en el caso concreto, y equivocado si se toma como regla general<sup>72</sup>.

En rigor, resulta erróneo asimilar como iguales ante el derecho opciones distintas, que pueden tener diversos efectos, o que para lograr el fin buscado recorren caminos desemejantes. Por ejemplo, si una norma posibilita la aplicación de una sanción de exoneración, cesantía o suspensión por 15 días, dejando a criterio del órgano administrativo su concreción, mal puede decirse que estas tres alternativas sean iguales frente al derecho cuando, es innegable, son tan distintas y producen efectos jurídicos tan disímiles.

Cabe insistir, aún a riesgo de decir lo evidente: si las alternativas que la administración puede utilizar son distintas, pues entonces no son iguales. Y las opciones que la administración pública está habilitada para escoger con el objeto de alcanzar un fin determinado en la actuación discrecional pueden variar en distintos aspectos. Entre otras, podrían vislumbrarse a simple vista diferencias relacionadas con: a) el grado de eficacia para conseguir el fin; b) desde el punto de vista temporal, la mayor o menor rapidez para la obtención del objetivo; c) desde el punto de vista del particular, la mayor o menor afectación a sus derechos e intereses; d) desde un enfoque probabilístico, la mayor o menor seguridad con que la medida puede alcanzar la finalidad que se propone<sup>73</sup>. Más aún, cada decisión en particular puede tener sus variables específicas.

Esta visión tiene el defecto de pensar el derecho como si el juez, con sus límites y posibilidades, fuera el único que lo aplica. Un juez aplica los principios del derecho administrativo y constitucional en el control judicial, frente a un caso concreto y con una limitada participación de terceros. Carece de la visión global que posee la administración, que permite prever las consecuencias mediatas e inmediatas, los beneficios y perjuicios, contando, además, con una participación del público más

---

<sup>71</sup> Domingo Sesín, “El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica”, discurso de incorporación del autor como miembro de número a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 26 de setiembre de 2006, p. 3, disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcontenidotutelajudicialectiva>, última visita el 24 de julio de 2011.

<sup>72</sup> Un análisis más amplio de esta idea en Ignacio Boulin, *Decisiones Razonables*, Marcial Pons, 2014.

<sup>73</sup> La idea aquí expuesta tiene su origen en ciertos parámetros que fija el examen de idoneidad del principio de proporcionalidad, según Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 718. Cabe aclarar que el citado autor no la utiliza para analizar o cuestionar el entendimiento de la discrecionalidad, sino para la evaluación judicial de la idoneidad de una medida.

amplia.

La respuesta a la pregunta de este acápite es sí: el derecho administrativo puede ayudar a que se tomen mejores decisiones si entiende su papel dentro de la misión de *policy-making* de la administración. El derecho administrativo debe ser pensado no solo para frenar la arbitrariedad, sino para tener un buen gobierno.

## CAPÍTULO 2

### ESTUDIOS COMPARADOS: HACIA DÓNDE QUEREMOS IR

#### 1. El sistema argentino actual de emisión de regulaciones

Una rápida revisión del sistema regulatorio argentino sirve para conocer la situación actual. A diferencia de los sistemas que se examinarán a continuación, Argentina tiene dos problemas. El primero es que centra la discusión en el acto de alcance individual<sup>74</sup>. El segundo es que carece de normas y cultura capaces de propiciar regulaciones inteligentes.

Las regulaciones estatales tienen un marco fundamental en la Constitución Nacional. La Constitución establece el marco republicano y federal<sup>75</sup>, prohíbe la irrazonabilidad<sup>76</sup>, y atribuye algunas competencias específicas<sup>77</sup>.

Debajo de la Constitución existen normas generales que ordenan el trabajo de la administración pública, como la ley de procedimiento administrativo, exigiendo garantías mínimas de legalidad<sup>78</sup> y argumentación<sup>79</sup>. Otras normas consagran la obligatoriedad de audiencias públicas, sobre todo en materia de servicios públicos.

---

<sup>74</sup> Cuenta Gordillo en el prólogo a la cuarta edición (1999) de su tratado, T.3, p. 50: “Estaba almorzando a fines de 1998 con Spyridon Flogaïtis, con quien me une antiguo respeto y afecto, cuando me preguntó, a modo de introducción luego de casi veinte años sin vernos: “¿Y, cómo están las cosas en la Argentina? ¿Siempre siguen centrando el derecho administrativo en torno al acto administrativo?”. Disponible en [http://gordillo.com/pdf\\_tomo3/prologos\\_anteriores.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo3/prologos_anteriores.pdf)

<sup>75</sup> Constitución Nacional, artículo 1.

<sup>76</sup> Artículo 28, según la interpretación clásica de la Constitución.

<sup>77</sup> Por ejemplo, los artículos 42 o 75 de la Constitución.

<sup>78</sup> Ley Nacional de Procedimiento Administrativo 19.549, (1972), artículo 7, inc. d.

<sup>79</sup> Ídem, artículo 7, inc. e.

El control judicial cumple un rol regulador, aunque limitado. Controla los excesos en las políticas públicas – sobre todo cuando afectan derechos<sup>80</sup> –, pero se muestra incapaz de exigir ciertos parámetros de calidad.

Por último, existen decretos como la Carta Compromiso Ciudadano<sup>81</sup>, el Decreto 1172/2003<sup>82</sup>, o los más recientes 981<sup>83</sup> y 984<sup>84</sup> del 2017, que procuran mejorar la calidad regulatoria, de distintas formas.

El marco institucional, sin embargo, tiene un problema: no existe un enfoque sistémico capaz de traducir objetivos constitucionales, legales o reglamentarios en prácticas administrativas reales y consistentes.

La realidad argentina se muestra lejos de lo que funciona en el mundo.

## 2. El modelo de emisión de regulaciones y políticas públicas de OCDE

La adecuación de los procesos regulatorios a los estándares internacionales y, en particular, la incorporación de buenas prácticas regulatorias, es un elemento indispensable para la mejora de la calidad institucional y la integración de la Argentina al mundo. La adopción de buenas prácticas regulatorias tiene un impacto inmediato y directo sobre la calidad de vida de los ciudadanos ya que le permite al estado operar en forma más eficiente, utilizando en forma más responsable el dinero de los contribuyentes, y generando un contexto de mayor cercanía, mayor previsibilidad y mayor transparencia<sup>85</sup>.

### A. Estándares de Calidad Regulatoria

Según Martin Lodge<sup>86</sup>, una regulación de calidad debe basarse en una política que (i) reduzca los efectos perversos y no queridos de la regulación, (ii) reduzca las inconsistencias, falta de previsibilidad y falta de especialidad o *expertise*, (iii) reduzca la carga regulatoria a través de la desregulación o las herramientas no tradicionales de regulación, y (iv) reduzca el “quintismo” y la falta de interacción

---

<sup>80</sup> CSJN, Verbitsky, Fallos 328:1146 (2009), cons. 25, 26, 27.

<sup>81</sup> Decreto 229/2000 (B.O. 14/3/2000).

<sup>82</sup> Decreto 1172/2003 (B.O. 4/12/2003).

<sup>83</sup> Decreto 891/2017 (B.O. 2/11/2017).

<sup>84</sup> Decreto 894/2017 (B.O. 2/11/2017).

<sup>85</sup> OCDE “Regulatory Policy, improving governance”, OCDE Publishing, Paris, 2012 disponible en <http://www.oecd.org/cleangovbiz/toolkit/49256979.pdf>

<sup>86</sup> Martin Lodge, “Trends and Challenges in Regulation and Regulatory Policy” en “Regulatory Policy in Perspective: a Reader’s Companion to the OECD Regulatory Policy Outlook 2015”, OECD Publishing, Paris, 2015.

entre distintos ámbitos institucionales que pueden aportar distintas visiones profesionales<sup>87</sup>.

En el desarrollo de un plan de reforma regulatoria, es indispensable considerar los estándares y buenas prácticas regulatorias más relevantes a nivel mundial. Estos estándares y políticas han sido recopilados por la Organización Para el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>88</sup>. La OCDE es un organismo internacional que tiene como misión coordinar las políticas económicas y sociales de los estados miembros<sup>89</sup>. Uno de sus pilares es el trabajo en calidad regulatoria, aspecto en el cual se destaca pues el Comité de Política Regulatoria tiene como mandato asistir a estados en construir y fortalecer su capacidad para alcanzar una política regulatoria de calidad<sup>90</sup>.

## B. Regulación de Calidad en el Modelo OCDE

En el denominado “modelo OCDE” se integran elementos desarrollados e implementados por distintos países. El factor unificante de estos desarrollos regulatorios es la búsqueda de políticas públicas efectivas y eficientes, que promuevan el progreso económico y permitan reducir la arbitrariedad de los gobiernos, fortaleciendo a la vez al estado de derecho a través de la calidad regulatoria.

El presupuesto de los elementos más relevantes del “modelo OCDE”<sup>91</sup> es el reconocimiento de que los procesos de emisión de regulaciones deben integrar los elementos políticos con elementos cuantitativos, y que estos últimos deben ser integrados siguiendo procedimientos preestablecidos que (i) utilicen criterios objetivos para definir los problemas y medir el impacto de las distintas posibles soluciones, y (ii) reduzcan la arbitrariedad en la emisión de regulaciones y que limiten la discrecionalidad a aquellos aspectos en donde la evidencia deba ser complementada por la prudencia del gobernante.

---

<sup>87</sup> Sobre el impacto de la multidisciplinariedad en el desarrollo de políticas públicas, ver el reporte “*Professionalizing Whitehall*” elaborado por el UK Institute for Government y disponible en <https://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publications/Prof%20Whitehall%20%28final%29.pdf>

<sup>88</sup> Los estándares OCDE de reforma regulatoria más relevantes están disponibles en <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Publications-MRP.htm>  
<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/measuring-regulatory-performance.htm>  
<http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/training-workshop-regulatory-impact-assessment-lima-may-2017.htm>

<sup>89</sup> Puede verse el sitio institucional de la OCDE, <http://www.oecd.org/about/>

<sup>90</sup> Comité de Política Regulatoria de OCDE, disponible en <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/regulatory-policy-committee.htm>

<sup>91</sup> OCDE, “OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance”, OECD Publishing, París, 2008 disponible en <http://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>

De acuerdo con los estándares de OCDE<sup>92</sup>, la buena regulación debe (i) servir a objetivos de política pública claramente definidos y ser efectiva para la consecución de estos objetivos, (ii) tener una base legal y empírica sólida, (iii) producir beneficios que justifiquen los costos, considerando la distribución de los efectos de la regulación en la sociedad y tomando en cuenta elementos económicos, ambientales y sociales, (iv) minimizar costos y evitar distorsiones de mercado, (v) promover la innovación a través de los incentivos y el foco en el cumplimiento de objetivos, (vi) ser clara, simple y práctica para los usuarios, (vii) ser consistente con otras regulaciones y políticas y (viii) ser compatible, en la medida de lo posible, con principios de respeto a la libre competencia, comercio y facilitación de inversiones tanto a nivel local como a nivel internacional.

Para lograr una regulación de calidad, es preciso que haya un compromiso amplio de los estamentos políticos, y que se logre un consenso que permita establecer objetivos claros y procesos de implementación para la reforma regulatoria. Este compromiso político de amplio espectro debe permear a todas las instancias de la administración pública intentando generar un verdadero cambio cultural orientado hacia la mejora de la calidad institucional y el progreso económico. El enfoque que debe aplicarse deberá ser dinámico y flexible, en forma tal que permita la retroalimentación y la mejora constante como consecuencia de procesos de evaluación *ex post*<sup>93</sup>.

También resulta fundamental que se evalúen en forma sistemática y con criterios empíricos, tanto las regulaciones existentes como las que están en estudio, en forma tal de asegurar que estén cumpliendo o sean efectivas para cumplir con los objetivos de políticas públicas establecidos<sup>94</sup>. Estas evaluaciones deben estar sistematizadas y ser periódicas, de modo tal de que se pueda hacer un seguimiento de la performance de las regulaciones específicas y en el caso de que sea necesario, adaptarlas o reemplazarlas por otras que resulten más efectivas.

Cass Sunstein<sup>95</sup> sostiene que esta sistematización puede darse requiriendo que (i) antes de emitir una nueva regulación, el regulador estudie las regulaciones existentes sobre el tema y explique en forma detallada porqué es necesario emitir una nueva regulación o modificar una ya existente; (ii) esta justificación tenga una base empírica; y (iii) el regulador realice un análisis empírico sobre el potencial impacto de esta regulación y evalúe si existe proporcionalidad entre el costo y el beneficio.

---

<sup>92</sup> OCDE, "OECD Recommendation on Improving the Quality of Government Regulation", OECD Publishing, París, 1995

<sup>93</sup> OCDE, OECD Guiding Principles..., cit. 2008

<sup>94</sup> Ídem.

<sup>95</sup> Sunstein, Simpler, cit. p. 147-203.

Este proceso detallado por Sunstein integra los elementos de una Evaluación de Impacto Regulatorio (EIR). De acuerdo con OCDE<sup>96</sup> el EIR puede definirse como “(...) *el proceso sistemático de identificación y cuantificación de beneficios y costos que potencialmente surgen de opciones regulatorias o no regulatorias para resolver un problema*”. Este tipo de análisis facilita sistematizar el proceso de evaluación regulatoria permitiéndole al *policymaker* contar con criterios objetivos para evaluar el desempeño o el potencial desempeño de una regulación<sup>97</sup>.

Para ser efectivos, estos procesos de evaluación deben estar reforzados por políticas activas de transparencia que aseguren que la evaluación esté siempre orientada a la satisfacción de intereses públicos. Para ello, es preciso que se implementen mecanismos de participación en los cuales se les dé voz a los distintos actores sociales que pueden verse de cualquier modo afectados por la regulación. En este proceso, no alcanza con que el Estado esté disponible para recibir esta participación, sino que la misma debe ser activamente buscada y fomentada. Del mismo modo, se debe asegurar que toda la información relevante, está disponible para el público en forma accesible<sup>98</sup>.

La accesibilidad de la información no se ve satisfecha únicamente con el requisito de la “publicidad” sino que exige ir más allá: requiere que los gobiernos se comuniquen en un lenguaje que sea comprensible y claro para la mayoría de la población, utilizando recursos didácticos que permitan aumentar la comprensión sobre los procesos regulatorios y las regulaciones en sí mismas<sup>99</sup>.

Los estándares OCDE también se orientan al otorgamiento de una protección especial al libre mercado y la libre competencia. De acuerdo con estos estándares, la atención del regulador debe concentrarse en evitar el impacto negativo de las regulaciones en la libre competencia. Ello significa que se debe realizar un esfuerzo por eliminar todas las regulaciones que resultan disruptivas del libre mercado o de la libre competencia a la vez que se debe evitar la emisión de nuevas regulaciones

---

<sup>96</sup> OCDE, “Panorama de las administraciones públicas: America Latina y el Caribe 2017, Análisis de Impacto Regulatorio”, OCDE Publishing, Paris, 2017 disponible en [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/panorama-de-las-administraciones-publicas-america-latina-y-el-caribe-2017/analisis-de-impacto-regulatorio\\_9789264266391-37-es#.WbUQ8iGPcs#page1](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/panorama-de-las-administraciones-publicas-america-latina-y-el-caribe-2017/analisis-de-impacto-regulatorio_9789264266391-37-es#.WbUQ8iGPcs#page1) Ver también OCDE, “OECD Regulatory Policy Outlook 2015”, pp. 94ss ,OECD Publishing, Paris, 2015 disponible en [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/oecd-regulatory-policy-outlook-2015\\_9789264238770-en#page94](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/oecd-regulatory-policy-outlook-2015_9789264238770-en#page94) y Deighton Smith, Erbacci, Kauffman, “Promoting inclusive growth through better regulation, the role of regulatory impact assessment”, OECD Publishing, 2016 disponible en [http://www.oecd-ilibrary.org/governance/promoting-inclusive-growth-through-better-regulation\\_5jm3tqwqplvj-en](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/promoting-inclusive-growth-through-better-regulation_5jm3tqwqplvj-en)

<sup>97</sup> En este sentido, el Reino Unido por ejemplo, pone a disposición de sus funcionarios y del público en general una matriz para hacer cálculos de impacto regulatorio. La misma puede encontrarse en <https://www.gov.uk/government/publications/impact-assessment-calculator--3>

<sup>98</sup> OCDE, OECD Regulatory Policy Outlook 2015, *cit.*, 2015

<sup>99</sup> Ídem.

o modificación de las existentes, que tengan un impacto similar.

Al mismo tiempo, estos estándares exigen que el Estado defienda fuertemente la competencia impidiendo la existencia de monopolios, abuso de posición dominante y la colusión entre otras prácticas anticompetitivas. En este mismo sentido, OCDE recomienda la eliminación, a través de los procesos regulatorios, de todas las barreras innecesarias para el comercio y la inversión, buscando fomentar la apertura económica, la eficiencia y la competitividad.

Por último, el “modelo OCDE” requiere que los reguladores identifiquen y armonicen distintos objetivos de políticas públicas, en forma tal de que las regulaciones sean la consecuencia de un proceso integral que busca maximizar la posibilidad de lograr el cumplimiento de distintos objetivos de políticas públicas.

### C. “Checklist” de Calidad Regulatoria

En el reporte “*Recommendation of the Council of the OECD on improving the quality of Government Regulation*”<sup>100</sup>, se incluyó un *checklist* que incluye diez preguntas sobre decisiones regulatorias que pueden ser aplicadas para mejorar la calidad de la regulación. Las preguntas son las siguientes:

1. ¿Está correctamente definido el problema? (el problema debe estar correctamente definido con base en la evidencia)
2. ¿Existe justificación suficiente para justificar la acción del Estado? (se debe analizar si la acción del Estado es el mecanismo más eficiente para la solución de este problema)
3. ¿Es la regulación, la herramienta más eficiente para la solución de este problema o resulta más eficiente que el Estado utilice herramientas alternativas?
4. ¿Existe una justificación legal para esta regulación? (se debe analizar si la regulación cumple con la normativa vigente)
5. ¿A qué nivel de gobierno se debe implementar esta acción? (se debe analizar si el nivel de gobierno en el que se implementa esta acción es el adecuado y si existen desafíos de coordinación con otras instancias gubernamentales)
6. ¿Existe proporcionalidad entre los costos y los beneficios de la medida? (este análisis se debe basar en cuantificaciones objetivas y empíricamente comprobables).
7. ¿La distribución de los beneficios potenciales esta medida, es transparente? (se debe velar porque la distribución de los beneficios sociales sea equitativa y transparente)

---

<sup>100</sup> Publicado por OCDE el 9 de marzo de 1995. La recomendación y su correspondiente *checklist* pueden encontrarse en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD\(95\)95&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD(95)95&doclanguage=en)

8. ¿Es la regulación clara, consistente, comprensible y accesible para los usuarios? (se debe velar por que los usuarios de la regulación sean capaces de entenderla).
9. ¿Tuvieron todas las partes interesadas, la posibilidad de presentar sus puntos de vista? (se deben buscar mecanismos de participación efectivos).
10. ¿De qué forma es posible se podrá cumplir con esta regulación? (se deben diseñar estrategias de implementación que se adapten al comportamiento real de los usuarios).

Los criterios justificatorios que son transversales al *checklist* referido deben estar insertos en los sistemas de emisión de regulaciones, de forma tal de que el análisis que resulte sea idealmente exhaustivo y tenga una base empírica que permita dotar a los procesos políticos de elementos objetivos y basados en la evidencia.

Este proceso de emisión de regulaciones debe, además, ser abierto al público y en particular debe ponerse a disposición de todos los sujetos que puedan ser afectados por la regulación, procurando integrarlos al proceso de emisión o modificación de regulaciones.

El “modelo OCDE” presenta estándares regulatorios que de ser implementados, podrían contribuir sensiblemente a la transformación del sistema argentino de emisión de regulaciones, mejorando la calidad de las decisiones y en última instancia, de las instituciones. Un proceso de transformación de esta naturaleza no puede ser el resultado de un cambio meramente normativo sino que debe resultar de un cambio cultural profundo, en el cual el Estado tiene la responsabilidad de ser el principal promotor.

### 3. La elaboración de regulaciones administrativas en Estados Unidos

El *administrative state* en Estados Unidos es cada vez más relevante: a veces parece que lo regula todo<sup>101</sup>. Esta presencia estatal no se produce por ley. El Congreso no tiene ese nivel de eficiencia y productividad. Son las agencias administrativas las que en mayor medida se ocupan de intervenir y fijar reglas a través del “*informal rulemaking*” (que se traducirá en este informe y de manera libre como emisión de regulaciones).

Uno de los clásicos libros de derecho administrativo de Estados Unidos comienza su capítulo sobre *rulemaking* explicando que si tuvieran que organizarse las normas en las que se basa el gobierno de Estados Unidos, podría hacerse de la siguiente manera:

---

<sup>101</sup> Philip Hamburger, *Is Administrative Law Unlawful?* University of Chicago Press, 2014.

Una constitución, ratificada por “el pueblo”.  
Cientos de leyes, sancionadas por un Congreso electo.  
Miles de regulaciones, adoptadas por cabezas de administraciones  
(agencias) políticamente responsables.  
Decenas de miles de interpretaciones y documentos guías, emitidas por  
agencias.  
Incontables cartas, comunicados de prensa y otro tipo de declaraciones  
generadas por agentes de la administración<sup>102</sup>.

Esta idea es precisa. Por acción y omisión de otros órganos de poder, son las agencias las que ocupan el rol central de reguladores de la vida pública.

#### A. **La elaboración de regulaciones a través en la *Administrative Procedure Act***

La *Administrative Procedure Act* (APA), sancionada en 1946, fue el producto de la negociación entre defensores del *New Deal* – que querían una administración interventora – y los conservadores, que buscaban minimizar la tarea de las agencias y mantener la regulación por vía de leyes formales<sup>103</sup>. Por ello, la APA resultó de las concesiones de los dos sectores. Por un lado, se permitía a las agencias elaborar reglas, pero por el otro se les exigía procedimientos estrictos, que funcionaban como una traba a la labor reguladora de las agencias<sup>104</sup>.

La APA preveía que las agencias podían actuar de diversas formas: emitiendo normas particulares y normas generales, y de manera formal o informal<sup>105</sup>. La práctica de las agencias decantó en la primacía del proceso informal de emisión de reglas (*informal rulemaking*) que se convirtió en el procedimiento central para la emisión de regulaciones<sup>106</sup>. Las decisiones adjudicativas individuales perdieron centralidad, y el espacio principal fue ocupado por las reglas generales<sup>107</sup>.

Las razones por las cuales el *informal rulemaking* cobró relevancia son varias. Regular de manera general presenta varios beneficios. En primer lugar, incentiva

---

<sup>102</sup> Peter Strauss, Todd D. Rakoff, Cynthia Farina, Gillian E. Metzger, Gellhorn and Byse’s *Administrative Law, Cases and Comments*, 11<sup>th</sup> edition, p. 109.

<sup>103</sup> *Wong Yang Sung v. McGrath*, 339 U.S. 33 (1950).

<sup>104</sup> Peter Strauss, Todd D. Rakoff, Cynthia Farina, Gillian E. Metzger, Gellhorn and Byse’s *Administrative Law, Cases and Comments*, 11<sup>th</sup> edition, p. 53.

<sup>105</sup> 5 U.S.C. ch. 5, subch. I § 550.

<sup>106</sup> Peter Strauss, Todd D. Rakoff, Cynthia Farina, Gillian E. Metzger, Gellhorn and Byse’s *Administrative Law*, cit., p. 110.

<sup>107</sup> Scalia, “Vermont Yankee: The APA, the D.C. Circuit, and the Supreme Court,” *The Supreme Court Review* 1978 (1978), p. 117.

la coherencia y la consistencia de la administración. En segundo lugar, eficientiza costos, ya que permite resolver de una sola vez varios problemas individuales, y permite al público participar en el proceso de emisión de las regulaciones<sup>108</sup>, algo que en el caso de decisiones individuales les estaría vedado.

## B. **Informal rulemaking**

La APA establece dos procedimientos de elaboración de reglas administrativas para el gobierno federal de Estados Unidos: el formal *rulemaking* y el informal *rulemaking*.

El procedimiento informal, que es el usual, suele llamarse también *notice and comment rulemaking* (elaboración de reglas con aviso y comentario).

Conviene entender cuales son los conceptos que se manejan en la norma. *Rule*, o regla es, básicamente, una norma de aplicabilidad general. Según la definición de la APA “regla” significa la totalidad o una parte de una declaración de la agencia de aplicabilidad general o particular y efecto futuro diseñada para implementar, interpretar o prescribir una ley o política o describir los requisitos de organización, procedimiento o práctica de una agencia e incluye la aprobación o prescripción para el futuro de tasas, salarios, estructuras corporativas o financieras o reorganizaciones de los mismos, precios, instalaciones, electrodomésticos, servicios o asignaciones, por lo tanto, o de valuaciones, costos o contabilidad, o prácticas relacionadas con cualquiera de los anteriores<sup>109</sup>.

*Rulemaking* es la elaboración de reglas, el proceso de agencia para formular, enmendar o derogar una regla<sup>110</sup>.

### i. **El procedimiento de informal rulemaking**

Dentro de la complejidad propia, el procedimiento informal de elaboración de regulaciones tiene una faceta notable y distintiva: los proyectos de regulaciones son publicadas en una versión borrador, que permite a cada interesado comentarla; estos comentarios deben ser considerados por las agencias al tomar la decisión<sup>111</sup>. Así se genera un espacio suficiente para la intervención del público<sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> Alan Morrison, *The Administrative Procedure Act: A Living and Responsive Law*, 72 *Virginia Law Review*, 253 (1986), p. 117.

<sup>109</sup> APA § 551, (4)

<sup>110</sup> APA § 551, (5)

<sup>111</sup> La noticia de las reglas propuestas aparece en el boletín oficial de Estados Unidos y también en de las páginas de la agencia y [www.regulations.gov](http://www.regulations.gov).

<sup>112</sup> *Vermont Yankee Nuclear Power Corp v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (1978), 435 U.S. 519.

La elaboración de las regulaciones cuenta, por tanto, con una especie de frontón público. Las ideas se piensan, las comenta el público, se toma una decisión, se envía a la OIRA<sup>113</sup>, y si se aprueba, se publica y se convierte en una norma válida.

La jurisprudencia norteamericana ha ayudado a delinear la práctica administrativa, afinando los conceptos y precisando las exigencias. Ciertos puntos deben ser especialmente considerados:

- En lo relativo a procedimiento, las agencias están obligadas a lo que el Congreso les imponga, pero salvo raras excepciones los tribunales no pueden imponerles requisitos suplementarios<sup>114</sup>.
- Todo procedimiento informal de elaboración de reglas debe contar con cierta participación pública<sup>115</sup>.
- Las agencias deben responder de manera adecuada a los comentarios hechos por el público<sup>116</sup>.

### **El rol de los jueces y la deferencia sobre la administración**

El rol institucional de las agencias administrativas puso a los jueces en una disyuntiva. ¿Cuál es el control que deben ejercer sobre la actividad de las agencias? ¿Quién tiene la última palabra sobre las leyes que imponen procedimientos a las agencias: los jueces o la propia agencia?

La dificultad se vio agravada por la complejidad de la labor administrativa. ¿Puede un juez tener la decisión final en temas que van desde cambio climático a seguridad en las autopistas?

La cuestión ha sido resuelta con bastante consistencia por Corte Suprema de Estados Unidos. En primer lugar, con relación a los procedimientos, la Corte sostuvo que en la APA “el Congreso estableció los máximos requisitos que un tribunal puede imponer a una agencia al llevar a cabo procedimientos de reglamentación. Las agencias son libres de otorgar derechos procedimentales adicionales a su discreción, pero los tribunales revisores generalmente no son libres de imponerlos si las agencias no han decidido otorgarlos”<sup>117</sup>.

En segundo lugar, en cuanto a la interpretación de los términos de la

<sup>113</sup> Ver el acápite siguiente sobre la OIRA.

<sup>114</sup> Ídem.

<sup>115</sup> Ídem.

<sup>116</sup> Courts of Appeals, Second Circuit, *US v. Nova Scotia Food Product Food Product Corp.* 1977

<sup>117</sup> *Vermont Yankee Nuclear Power Corp v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (1978), 435 U.S. 519.

norma que atribuye competencia a la agencia, la Corte también muestra una deferencia hacia la labor administrativa: “Hace mucho tiempo que hemos reconocido que se debe otorgar un peso considerable a la interpretación que hace un departamento ejecutivo del esquema estatutario que se le encomienda administrar, y el principio de deferencia a las interpretaciones administrativas”<sup>118</sup>.

Conciliar el rol ejecutivo con el control judicial nunca ha sido tarea fácil. La tarea revisora de la justicia puede interferir con la ejecución de una política pública. Mejorar la calidad regulatoria es una de las formas a través de las cuales quien administra puede evitar trabas por parte de los jueces, que funcionan como un control deferente si el administrador puede demostrar que siguió los procedimientos adecuados y una interpretación razonable de la norma.

### C. OIRA en Estados Unidos

El procedimiento administrativo en USA tiene un componente fundamental en la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (OIRA es la sigla en inglés<sup>119</sup>), una agencia federal muy poderosa, de la cual, ha dicho Elena Kagan, casi nadie ha oído hablar<sup>120</sup>. Buena parte del *administrative state*<sup>121</sup> descansa allí.

OIRA surge como una necesidad política. El incremento de organismos y agencias en Estados Unidos con capacidad de dictar regulaciones generales<sup>122</sup> planteó un dilema: ¿Cómo coordinar acciones entre las distintas agencias, en primer lugar, y cómo legitimar democráticamente esas decisiones, en segundo lugar?

La respuesta vino por un mismo lado: ubicar bajo el paraguas democrático del

---

<sup>118</sup> Chevron USA., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984)

<sup>119</sup> Office of Information and Regulatory Affairs. El sitio web de esta oficina es [http://www.whitehouse.gov/omb/infoereg\\_default](http://www.whitehouse.gov/omb/infoereg_default)

<sup>120</sup> Cfr. Note. OIRA avoidance. 124 *Harvard Law Review*. 994-1015 (2011), p. 994, citando a Martha Minow, Dean, Harvard Law School. Disponible en [http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol124\\_%20OIRA%20avoidance.pdf](http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol124_%20OIRA%20avoidance.pdf)

<sup>121</sup> Cfr. Dwight Waldo, *The Administrative State*, disponible online en <http://archive.org/stream/administrativest030066mbp#page/n11/mode/2up>, última visita el 12 de febrero de 2013.

<sup>122</sup> Según Richard Epstein, el ascenso del estado administrativo tuvo lugar en los cincuenta años que van desde la fundación de la Comisión de Comercio Interestatal (1887) y el triunfo de la visión del New Deal sobre la Constitución. Cfr. Richard Epstein, “*Why the modern administrative state is inconsistent with the rule of law*”, *NYU Journal of Law & Liberty*, Vol. 3, 491, 491. Disponible online en [http://www.law.nyu.edu/ecm\\_dlv3/groups/public/@nyu\\_law\\_website\\_journals\\_journal\\_of\\_law\\_and\\_liberty/documents/documents/ecm\\_pro\\_060974.pdf](http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv3/groups/public/@nyu_law_website_journals_journal_of_law_and_liberty/documents/documents/ecm_pro_060974.pdf). Última visita el 20 de abril de 2013.

presidente una oficina capaz de coordinar y racionalizar las políticas regulatorias<sup>123</sup>.

Así, OIRA fue comisionada en 1980 para supervisar la regulación federal<sup>124</sup>. Sus principales tareas le fueron otorgadas a través de una sucesión de órdenes ejecutivas promulgadas tanto por presidentes demócratas como republicanos: desde la orden 12.191 de Reagan, en febrero de 1981<sup>125</sup>, hasta la 13.563 de Obama, de enero de 2011<sup>126</sup>. Estas órdenes, si bien varían en detalles, han seguido, en esencia, las mismas políticas y procedimientos<sup>127</sup>. El camino de la revisión centralizada comenzado por Carter y seguido por Reagan ha sido profundizado por los posteriores presidentes<sup>128</sup>. El presidente Trump ha requerido por orden ejecutiva que cada agencia revise si está cumpliendo con las directivas de Obama, Clinton y Reagan<sup>129</sup>.

La idea medular que inspira estas órdenes ejecutivas es que los beneficios de una regulación deben exceder sus costos, y el margen de beneficios sobre los costos debe ser el más grande entre todas las alternativas consideradas<sup>130</sup>.

#### i. **La coordinación de las acciones regulatorias y el estudio de conveniencia de la medida**

La OIRA nace en los 80 de Reagan y Thatcher con el fin propio del espíritu de su época: reducir las cargas estatales existentes, mejorar los procesos de rendición de cuentas de las agencias por las acciones regulatorias que llevaban a cabo, aumentar el control presidencial del proceso regulatorio, minimizar la duplicidad y el conflicto de regulaciones y asegurar regulaciones razonadas<sup>131</sup>. Cuando el presidente Ronald Reagan diseñó OIRA instituyó un mecanismo centralizado de revisión de los proyectos de normas de las agencias sin precedentes en su escala y

---

<sup>123</sup> Richard J. Pierce, Jr., “Introduction to the OIRA 30th Anniversary Conference” *Administrative Law Review*, Vol. 63, Special Edition, p. 2.

<sup>124</sup> El nombre oficial de la ley es “Paperwork Reduction Act”. Disponible en <http://www.archives.gov/federal-register/laws/paperwork-reduction/> .

<sup>125</sup> Disponible en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=43424> .

<sup>126</sup> Disponible en <https://www.federalregister.gov/articles/2011/01/21/2011-1385/improving-regulation-and-regulatory-review> .

<sup>127</sup> Christopher DeMuth, “Oira at Thirty”, *Administrative Law Review* 63, *Administrative Law Review*, Vol. 63, Special Edition, p. 15.

<sup>128</sup> Cfr. Susan E. Dudley, “Observations on OIRA’s thirtieth anniversary”, *Administrative Law Review*, Vol. 63, Special Edition, p. 129.

<sup>129</sup> Executive Order 13777 of February 24, 2017, Enforcing the Regulatory Reform Agenda, disponible en <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2017-03-01/pdf/2017-04107.pdf>

<sup>130</sup> Cfr. Christopher DeMuth, “Oira at Thirty”, cit., p. 15.

<sup>131</sup> Cfr. la orden ejecutiva 12.291.

en su ambición<sup>132</sup>.

El mecanismo exige a las agencias el envío de las regulaciones propuestas para revisión y aprobación de OIRA antes de su emisión. La revisión centralizada, en este esquema, sirve para lograr consistencia entre las órdenes del Ejecutivo y sus orientaciones políticas<sup>133</sup>, pues OIRA revisa y aprueba – o no – las propuestas de las agencias<sup>134</sup>.

El sistema impuesto por Reagan prescribía pasos para un análisis profundo de las reglas a emitir, a través de una especie de checklist, con una consideración cuidadosa de los costos y beneficios<sup>135</sup>. Se buscaba tanto evitar la sobreabundancia normativa, como asegurar que las regulaciones sean, al decir de Sunstein, más inteligentes<sup>136</sup>.

## ii. Tres funciones de OIRA

**OIRA como agregador de información.** Una de las funciones principales de OIRA es ser un canal que recolecta información y la pone a disposición de las agencias reguladoras. En un gobierno hay múltiples fuentes de información, y distintas reparticiones – y el público en general – pueden tener visiones y datos sobre un tema. Parte de la misión de OIRA es asegurar que quienes dictan una norma cuenten con la información especializada que tienen otros expertos dentro del gobierno. Lo mismo ocurre con los gobiernos estatales o municipales. Por eso, se entiende que Sunstein describa a OIRA como un “agregador de información”<sup>137</sup>.

**OIRA como coordinadora de agencias.** Al depender directamente del presidente, OIRA facilita la coordinación entre agencias. No lo hace necesariamente imponiendo, sino en forma de garante de un proceso de

<sup>132</sup> Cfr. Elena Kagan, “*Presidential Administration*”, 114 *Harvard Law Review*, 2245, 2277 (2001). Disponible online en [http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol114\\_kagan.pdf](http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol114_kagan.pdf).

<sup>133</sup> Cfr. Christopher DeMuth, “*Oira at Thirty*”, cit. p. 16. También se ha dicho que la “teoría económica sugiere y la evidencia es persuasiva, que las agencias regulatorias tienen a moldear sus decisiones de manera tal de acomodarlas al interés de los grupos que serán mayormente afectadas por ellas. Más aún, cada departamento o agencia se comporta como si su misión fuera la más importante para el país y tienen una visión de túnel, de manera tal que muchas veces regular imponiendo altos costos sin alcanzar beneficios”. Susan E. Dudley, “*Observations on OIRA’s thirtieth anniversary*”, p. 115.

<sup>134</sup> Cass R. Sunstein, *The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities*, 126 *Harvard Law Review*.

<sup>135</sup> Ídem, p. 1839.

<sup>136</sup> Cass Sunstein, *Administrative Law Review*, Vol. 63, Special Edition, “*Smarter Regulations: Remarks from Cass Sunstein*”.

<sup>137</sup> Cass R. Sunstein, *The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities*, 126 *Harvard Law Review*, p. 1840.

diálogo entre agencias. Un problema de energía puede afectar cuestiones relacionadas con el trabajo, el medio ambiente y los derechos humanos. OIRA funciona como un mecanismo que permite ajustar y coordinar el trabajo entre las distintas reparticiones<sup>138</sup>.

**OIRA como socializador.** Como se vio, el procedimiento de emisión de normas administrativas de alcance general en el gobierno federal contiene una etapa de comentario público. OIRA tiene también como misión asegurar que este proceso funcione correctamente, impulsando la participación de los estados y gobiernos locales, pequeñas y grandes empresas y grupos de interés público. Además, OIRA busca que las reglas trabajen para contestar los puntos debatidos, y cuando corresponda, torcer la visión original del regulador<sup>139</sup>.

### iii. **El comienzo de OIRA (1981)**

La orden ejecutiva 12.191 de 1981, emitida por Reagan se aplicaba a aquellas declaraciones de efectos generales y futuros destinadas a implementar, interpretar o prescribir una ley o política, como así también a las que describen un procedimiento o los requisitos prácticos en la actuación de una agencia<sup>140</sup>.

A fin de cumplirla, las agencias, al diseñar las propuestas de regulaciones, debían respetar ciertos parámetros.

1. En primer lugar, debían basar las decisiones administrativas en información adecuada en cuanto a la necesidad y consecuencias de la acción gubernamental propuesta.

2. Precisaban, además, elaborar un análisis de costo-beneficio. Las acciones regulatorias no serían encaradas a menos que los potenciales beneficios para la sociedad derivados de la regulación sobrepasaran sus costos posibles (también en relación con la sociedad).

2. Por otra parte, se establecía que los objetivos regulatorios serían escogidos para maximizar los beneficios netos para la sociedad.

4. Entre las alternativas para encarar un objetivo regulatorio, las agencias debían elegir aquella opción que fuera menos costosa para la sociedad.

5. Las agencias debían establecer prioridades regulatorias con el objetivo de maximizar los beneficios netos para la sociedad, tomando en consideración la condición de la economía nacional y otras acciones regulatorias contempladas para

---

<sup>138</sup> Ídem, p. 1849.

<sup>139</sup> Ídem, p. 1855.

<sup>140</sup> Orden ejecutiva 12.291, sección 1.

el futuro<sup>141</sup>.

Distintos puntos merecen ser analizados. Resulta a todas luces positivo poner a la administración —esto es, a las personas que la componen— a pensar. El ejercicio de discurrir conduce a resultados valiosos. Exigir alternativas, análisis de costo-beneficio, es, en este sentido, un aspecto resaltable.

Se destaca, además, la pretensión de evitar que la actividad regulatoria pierda de vista la sociedad en su conjunto. Enfocarse exclusivamente en la actividad regulada puede resultar contraproducente para el cuerpo social. Es lo que Sally Katzen llama el problema de la visión de túnel<sup>142</sup>. OIRA tiene una visión global, mientras que las agencias tienen una visión particular, y por lo tanto puede complementar desde su posición las regulaciones concretas.

#### iv. **El funcionamiento de OIRA según la orden ejecutiva 12.866 de 1993 del presidente Clinton**

La orden ejecutiva 12.866, dictada por el presidente demócrata Clinton, profundizó el sentido de su predecesora, con el objetivo de restaurar la integridad y legitimidad de la revisión regulatoria y de hacer el proceso más accesible y abierto al público<sup>143</sup>. Así, requiere a las agencias que cuando propongan una regulación adopten varios recaudos.

Será necesario que identifiquen el problema al que la regulación debe dirigirse<sup>144</sup>.

1. Deberán examinar si regulaciones o leyes existentes han creado o contribuido a crear el problema que la nueva regulación intenta corregir, y si esas leyes o regulaciones pueden ser modificadas para alcanzar el objetivo<sup>145</sup>.

2. Identificarán y verificarán las alternativas a la regulación<sup>146</sup>.

3. Si una agencia determina que la regulación es la mejor manera disponible para alcanzar los objetivos regulatorios, diseñará sus regulaciones en la manera menos costosa para alcanzar el objetivo<sup>147</sup>.

4. Estudiarán los beneficios y los costos de la regulación propuesta —reconociendo que existen costos y beneficios de difícil medición—, y deberán proponer o adoptar una regulación sólo cuando exista una determinación razonada

---

<sup>141</sup> Cfr. orden ejecutiva 12.291, sección 2.

<sup>142</sup> Sally Katzen, A Reality Check on an Empirical Study: Comments on “Inside the Administrative State,” 105 Mich. L. Rev. 1497 (2007).

<sup>143</sup> Considerandos de la orden ejecutiva 12.866, de 30 de septiembre 1993. Dice el original: “to restore the integrity and legitimacy of regulatory review and oversight; and to make the process more accessible and open to the public”.

<sup>144</sup> Ídem, sección 1, (b) (1).

<sup>145</sup> Ídem, sección 1, (b) (2).

<sup>146</sup> Ídem, sección 1, (b) (3).

<sup>147</sup> Ídem, sección 1, (b) (5).

de que los beneficios de esta justifican sus costos<sup>148</sup>.

5. Diseñarán regulaciones que sean efectivas y que impongan el menor peso posible en la sociedad para conseguir los objetivos regulatorios<sup>149</sup>.

6. Cuando sea posible, las agencias buscarán recabar las visiones de los funcionarios estatales, locales y tribales, antes de imponer requisitos regulatorios que puedan afectar significativamente a esas entidades<sup>150</sup>.

7. Cada agencia propondrá sus regulaciones para que sean simples y fáciles de entender, a fin de minimizar el potencial de incertidumbre y/o litigiosidad<sup>151</sup>.

Los puntos mencionados muestran un hilo conductor, un norte determinado: procurar la razonabilidad de las regulaciones públicas. Dignos de consideración resultan varios aspectos.

En primer lugar, además de la obligación de precisar alternativas, es interesante que la norma reconoce que las regulaciones poco claras producen incertidumbre y generan un incremento en la litigiosidad. En este sentido, allanar el lenguaje brinda seguridad a los ciudadanos.

Un segundo punto destacable consiste en la evaluación de las medidas regulatorias anteriores. El reconocimiento de que las regulaciones pueden acumularse produciendo efectos injustos torna saludable que la propia administración revise su acción.

#### v. **La Administración Obama y la OIRA**

La elección de Barack Obama como el cuadragésimo cuarto presidente de los Estados Unidos significó un nuevo impulso para la OIRA. En efecto, en 2009 el presidente Obama propuso como administrador de OIRA a Cass Sunstein, reconocido profesor de derecho constitucional y administrativo en Estados Unidos<sup>152</sup>.

El enfoque de Obama, reflejado normativamente en la orden ejecutiva 13.563, que se reconoce como suplementaria<sup>153</sup> y reafirma los contenidos de la ya analizada orden ejecutiva 12.866, aportó nuevos perfiles a las prácticas regulatorias de su administración. Por un lado, enfatizó la participación pública “en el proceso de dictado de normas administrativas para que sean mejoradas con el conocimiento disperso del público”<sup>154</sup>. A fin de dar efectiva participación, se establece como

---

<sup>148</sup> Ídem, sección 1, (b) (6).

<sup>149</sup> Ídem, sección 1, (b) (11)

<sup>150</sup> Ídem, sección 1, (b) (9)

<sup>151</sup> Ídem, sección 1, (b) (12)

<sup>152</sup> Puede verse [http://www.whitehouse.gov/the\\_press\\_office/President-Obama-Announces-Another-Key-OMB-Post](http://www.whitehouse.gov/the_press_office/President-Obama-Announces-Another-Key-OMB-Post)

<sup>153</sup> Sección 1 (b)

<sup>154</sup> Cass Sunstein, “*Smarter Regulations: Remarks from Cass Sunstein*”, *Administrative Law Review*,

primera medida que las regulaciones serán basadas, en cuanto sea posible, “en el intercambio abierto de información y perspectivas entre los oficiales de nivel estadual, local y tribal, expertos en las disciplinas relevantes, los interesados afectados del sector privado, y el público como un todo”<sup>155</sup>.

Pero además de esta apertura a la participación genérica, las agencias deben buscar los puntos de vista de aquellos que posiblemente serán afectados, incluyendo a los que se beneficiarán y a quienes serán, de alguna manera, perjudicados por la norma<sup>156</sup>.

Por otro lado, introdujo (con términos poco usuales en la tradición norteamericana) fines y objetivos de la actividad regulatoria que resultan novedosos. Así, la orden ejecutiva señala que cuando sea posible y esté permitido por la ley, las regulaciones deberán contemplar la equidad, la dignidad humana y la justicia<sup>157</sup>.

Esta mención supone un importante reconocimiento: la actividad regulatoria está directamente relacionada con la dignidad humana, fundamento de los derechos. Y en este sentido, debe propender a la creación de una sociedad más justa.

Los principios generales dispuestos por la norma marcan una pauta concreta: la regulación debe ser inteligente. Por ello, se especifica que las agencias deberán proponer o adoptar las regulaciones según una determinación razonada de que sus beneficios justifican sus costos. Será menester, además, seleccionar, entre las alternativas regulatorias aquellos acercamientos que maximicen los beneficios, incluidos los potenciales réditos económicos, ambientales, de salud pública y seguridad, entre otras ventajas. Por otra parte, será necesario tomar en cuenta los impactos distributivos y la equidad. En la medida de lo posible, además, será pertinente delimitar los objetivos de actuación, antes que especificar la conducta o forma de cumplimiento que las entidades reguladas deben adoptar. Por demás, las agencias deberán identificar y evaluar las alternativas a la regulación directa, incluyendo la provisión de incentivos para fomentar la conducta deseada<sup>158</sup>.

Bajo Obama – y con Sunstein como administrador de OIRA – se buscó que la economía del comportamiento tomara un rol central en OIRA. Además, se intentó simplificar en todo lo relativo a la comprensión: el lenguaje debía ser lo más sencillo posible, y el formato de las regulaciones lo más amigable que se pudiera<sup>159</sup>.

---

cit. p. 11

<sup>155</sup> Sección 2 (a)

<sup>156</sup> Orden ejecutiva 13.563 del 18 de enero de 2011, sección 2, c).

<sup>157</sup> La sección 1 (c), prescribe: “Where appropriate and permitted by law, each agency may consider (and discuss qualitatively) values that are difficult or impossible to quantify, including equity, human dignity, fairness, and distributive impacts”.

<sup>158</sup> Orden ejecutiva 13.563, sección 1, b).

<sup>159</sup> Sunstein, Simpler, cit. p. 2.

En este período se procuró, también, enfatizar análisis rigurosos de costos y beneficios, para asegurar que las acciones del gobierno “se basen en hechos y evidencias, no en intuiciones, anécdotas o dogmas”<sup>160</sup>.

#### D. La visión de un administrador de OIRA

Cass Sunstein, profesor de la Universidad de Harvard, fue el administrador de OIRA durante el primer periodo de Obama. Sunstein combina conocimientos en economía del comportamiento, derecho administrativo y derecho constitucional. En su libro “Simpler” explica dos visiones del Estado regulador.

“Aquí hay un posible enfoque a cuestiones regulatorias, que puede ser tentador para algunos funcionarios del gobierno: preguntar qué grupos favorecen o se oponen a una regla propuesta, quién estaría satisfecho y quién angustiado, y si es posible elegir un enfoque particular que agrade a algunos sin desagradar a otros. Estas preguntas no son exactamente irrelevantes; los funcionarios públicos deben responderlos. Pero están lejos de ser los asuntos más importantes. En las raras ocasiones en que los miembros de mi equipo señalaron las opiniones de los grupos de interés, respondí (espero con humor, pero también con un punto): “Eso es hablar porquerías”.

Como administrador de OIRA, intenté centrarme en estas preguntas: ¿qué sabemos realmente sobre los probables efectos de las reglas propuestas? ¿Cuáles serían sus consecuencias humanas? ¿Cuáles son los costos y beneficios? ¿Cómo puede el gobierno evitar confiar en conjeturas y corazonadas? ¿Qué sabemos sobre lo que las reglas existentes que realmente están haciendo para, o contra, el pueblo estadounidense? ¿Cómo podemos hacer las cosas más simples?”<sup>161</sup>.

En la práctica, OIRA cuenta con alrededor de 50 empleados, la mayoría personal de carrera<sup>162</sup>, que trabajan cubriendo distintas áreas y agencias – por ejemplo, unos se especializan en regulaciones de transporte, otros de salud, otros de finanzas.

Cuando una agencia remite una propuesta de regulación, OIRA tiene noventa días para revisarla – plazo que es prorrogable<sup>163</sup>. Una vez que OIRA

---

<sup>160</sup> Ídem.

<sup>161</sup> Ídem, p. 4-5.

<sup>162</sup> Sunstein, *The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities*, cit., p. 1845

<sup>163</sup> Ídem, p. 1846, nota al pie 35.

concluye su revisión, la orden queda lista para publicar en el Federal Register, con o sin cambios; o puede bajar a la agencia para reconsideración a través de una carta formal<sup>164</sup>.

Entre el 21 de enero de 2009 y el 10 de agosto de 2012, OIRA revisó 2304 propuestas. De estas, 320 fueron aprobadas sin cambios (14%); 161 (7%) fueron rechazadas; 1758 (76%) fueron aprobadas con cambios –algunos mayores, otros cosméticos.

Oira no siempre debe intervenir. La orden ejecutiva requiere que solo se involucre formalmente cuando una regla es significativa.

Una “acción regulatoria significativa” es aquella que puede:

(1) Tener un efecto anual en la economía de \$ 100 millones o más o afectar adversamente de manera material la economía, un sector de la economía, la productividad, la competencia, el empleo, el medioambiente, la salud o seguridad pública o el Estado, gobiernos locales o tribales o comunidades;

(2) Crear una inconsistencia seria o interferir de otra manera con una acción tomada o planeada por otra agencia;

(3) Alterar materialmente el impacto presupuestario de los derechos, subvenciones, tarifas de usuario o programas de préstamos o los derechos y obligaciones de los destinatarios de estos; o

(4) Plantear nuevas cuestiones legales o políticas derivadas de mandatos legales, las prioridades del presidente, o los principios establecidos en el marco de OIRA.

## E. Conclusiones

La revisión que hace OIRA cuesta tiempo y dinero<sup>165</sup>, pero es parte fundamental de la calidad regulatoria de Estados Unidos. Ha sido mantenida en Estados Unidos por administraciones demócratas y republicanas, algo que evidencia que se ha alcanzado un consenso suficiente acerca de la utilidad de implementar mecanismos mejoren la calidad de las regulaciones.

El sistema de OIRA exige de quienes ejercen la función administrativa un cuidadoso diseño y planificación de sus actividades. Las ordenes ejecutivas funcionan como la constitución de la administración pública<sup>166</sup>, que todo regulador debe seguir.

OIRA está vigente, en definitiva, porque lo que se necesitan son regulaciones

<sup>164</sup> Ídem, nota al pie 39.

<sup>165</sup> La revisión de OIRA es costosa en tiempo y en dinero. Cfr. *Note. OIRA avoidance*, cit. p.994.

<sup>166</sup> Sunstein, *The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities*, cit., p. 1846.

inteligentes e innovadoras, herramientas basadas en la evidencia de lo que funciona y lo que no<sup>167</sup>.

---

<sup>167</sup> Sunstein, Simpler, p. 35

## CAPÍTULO 3

### **DEBATIR, SIMPLIFICAR, OPTIMIZAR, MEDIR: ABRIR LAS REGULACIONES A LA EVIDENCIA**

#### **1. El derecho administrativo puede ayudar a la administración a simplificar y mejorar las interacciones con los ciudadanos para ganar legitimidad democrática**

El derecho administrativo debe ser capaz de generar interacciones democráticas valiosas en el diseño de las políticas públicas y en la gestión administrativa. Por valiosas deben entenderse aquellas interacciones que agregan contenido real a la discusión pública.

La tecnología e internet generan una oportunidad única de conocer preferencias, ideas y demandas<sup>168</sup>, y facilitan el diseño de espacios de participación pública sustantiva.

Estas ideas pueden ser vinculadas con el marco teórico de la democracia deliberativa. Y si bien no hay un único concepto de democracia deliberativa, hay ciertos elementos que no pueden ser soslayados: (i) los actores de la discusión deben saber cuáles son sus intereses; (ii) deben procurar entender cómo ciertas consecuencias de las políticas adoptadas pueden impactar en sus intereses y en los de otros<sup>169</sup>; y deben participar en la discusión de manera libre, razonada, igualitaria

---

<sup>168</sup> Alissa Ardito, Social Media, Administrative Agencies, and the First Amendment, *Administrative Law Review*, 65 *Admin. L. Rev.*, 301 (Spring, 2013) disponible en <https://www.acus.gov/sites/default/files/documents/Agencies%2C%20Social%20Media%2C%20First%20Amendment.pdf>

<sup>169</sup> Cynthia R. Farina y otros, “Designing an Online Civic Engagement Platform: Balancing ‘More’ vs. ‘Better’ Participation in Complex Public Policymaking”, 5 *International Journal of E-Politics* 16 (2014), citando a Dahl, R. A. (1994). A democratic dilemma: System effectiveness versus citizen participation. *Political Science Quarterly*, 109, 23–34. doi:10.2307/2151659

y buscando consenso – aunque luego no se arribe a un acuerdo<sup>170</sup>.

Es usual pensar el funcionamiento de la democracia deliberativa en los grandes temas – los que dividen, polarizan. Sin embargo, a nivel administrativo la democracia deliberativa reclama procesos de discusión que no pretenden arribar a verdades morales absolutas, sino resolver cierto tipo de problemas públicos a través de los convenientes y variables acuerdos que rigen las relaciones de los particulares con la administración<sup>171</sup>.

La democracia exige al derecho administrativo la regulación de formas y espacios que permitan la participación en la adopción de las decisiones administrativas. Estos espacios deben ser fruto de reglas diseñadas para maximizar el valor de los procesos de discusión pública<sup>172</sup>.

La concepción democrática de la administración se basa en que ésta, en definitiva, está abierta a la discusión: quien administra no puede sostener, en cuestiones libradas por la ley a su propia determinación de conveniencia — esto es, discrecionales —, posturas predeterminadas o inmodificables. Quien administra debe poner a prueba sus convicciones y conocer las preferencias de los ciudadanos — sobre todo de los más vulnerables — antes de tomar una decisión que en ellos impacte<sup>173</sup>.

Por eso, las propuestas de la administración deben ser presentadas en forma clara, racional y argumentada, a una ciudadanía capaz de ofrecer alternativas, de cuestionar racionalmente, de contrastar argumentos. La administración, en el momento siguiente de esta discusión, debe estar dispuesta a escuchar seriamente los argumentos del ciudadano, debe comparar sus ideas con las propias y corregir el rumbo en caso de que lo vea necesario.

#### **A. Los beneficios de la deliberación previa**

La discusión pública a la que debe someter sus decisiones quien ejerce la función administrativa es un medio importante para iluminar errores de hecho o de lógica, muchas veces presentes en los razonamientos.

---

<sup>170</sup> Ídem, citando a Cohen, J. (2003). *Deliberation and democratic legitimacy*, in D. Mataves, & J. Pike (Eds.), *Debates in contemporary political philosophy: An anthology* (pp. 342–360). New York, NY: Routledge

<sup>171</sup> Se dice lo anterior haciendo la salvedad de que algunos temas del Derecho Administrativo sí pueden vincularse con cuestiones que no pueden ser dejadas de lado por decisiones mayoritarias –como son los derechos fundamentales– pero cuya regulación principal corresponde al Derecho Constitucional.

<sup>172</sup> Cfr. Nino, cit. p. 273.

<sup>173</sup> Cfr. Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Madrid, 1997, p. 161. Debe aclararse que este autor aplica estos conceptos tanto al Estado como a los particulares. La razón le asiste. También a los particulares se les exige razonabilidad en su obrar. Por ello el Código Civil prevé las instituciones que asisten a menores, insanos, etc...

Indudablemente, exhibir las convicciones propias ante otros permite que estos actúen como un tamiz externo, ayudando a reflexionar, por ejemplo, si el propio juicio tiene consecuencias que no se está dispuesto a defender, o si lo que se sostiene ahora es contradictorio con un juicio ya aceptado, o si se evidencia alguna contradicción lógica en el razonamiento<sup>174</sup>. Ciertamente, la deliberación permite revelar yerros, tal vez involuntarios. Como se ha dicho, en ocasiones “una solución propuesta es injusta no porque ella oculte motivos egoístas o porque la persona que los propone falle en representar los intereses de los demás, sino porque ignora ciertos hechos relevantes o comete alguna falacia lógica”<sup>175</sup>. No hay motivos para suponer que estos argumentos no sean aplicables a la administración, compuesta, a fin de cuentas, por humildes mortales, tan humanos como todos.

La deliberación, al permitir la ilustración del propio juicio con más información o con enfoques novedosos, resulta de gran trascendencia para la administración pública. No puede presuponerse que los daños producidos por la administración encuentran su base en la intención de perjudicar. Al contrario, frecuentemente la administración desecha opciones por mero desconocimiento de los intereses de algunos afectados, o por ignorancia acerca de la posibilidad de una solución distinta de la que propone a un problema determinado<sup>176</sup>.

Así las cosas, puede decirse que la toma de las decisiones administrativas requiere, para facilitar su corrección, un análisis profundo de las visiones, matices y críticas que presentan, desde su perspectiva, los ciudadanos. Estos enfoques enriquecen el juicio administrativo: contar con puntos de vista diversos favorece el hallazgo de soluciones integrales.

La reflexión individual, si bien es apta para llegar a soluciones valiosas, puede conducir a errores por inclinaciones subjetivas, por desconocimiento o incluso por malicia. En contraposición, la discusión pública parece constituir un procedimiento más confiable para tener acceso a las soluciones contingentes que reclaman los problemas que aborda del derecho administrativo. El intercambio de ideas y las explicaciones que la administración, en este marco, está obligada a dispensar a los ciudadanos, no sólo incrementaría los conocimientos que ella posee y detectaría defectos en su razonamiento, sino que ayudaría a satisfacer el requerimiento de prestar una atención imparcial a los derechos e intereses de todos los afectados por una determinada medida, especialmente a los de aquellos individuos o grupos con dificultades estructurales para dar sus razones y defender sus posiciones con cierta eficacia en el debate público.

---

<sup>174</sup> Cfr. ídem, p.159.

<sup>175</sup> Nino, cit. p. 174.

<sup>176</sup> Cfr. Gargarella, p.159.

## B. Interacción, tecnología y cómo llegar a quien queremos escuchar

Un ejemplo sobre cómo democratizar la elaboración de regulaciones es el de la presidencia de Obama y su uso de la tecnología. Siguiendo la tónica de su campaña<sup>177</sup>, los primeros pasos de su presidencia abrieron caminos insospechados en el uso de internet como tecnología cívica. Uno de los primeros actos de su presidencia fue estimular en todas las agencias del gobierno la apertura a la información dispersa en la sociedad y la comunicación de las actividades a través de redes sociales, blogs, páginas web o plataformas de video<sup>178</sup>. Esta participación cívica se basó en los tres pilares del gobierno abierto: transparencia, participación y colaboración<sup>179</sup>.

Estudios posteriores mostraron que, sin perjuicio de los aspectos positivos, la participación puede generar en ciertas oportunidades experiencias poco satisfactorias para los involucrados, por varios motivos<sup>180</sup>.

- La calidad de las intervenciones de los interesados en los procesos participativos no es todo lo profunda o racional que podría ser. Muchos usuarios ven su participación como una posibilidad de “desahogo moral”.
- La cantidad y complejidad de la información disponible escapa a un participante promedio<sup>181</sup>.
- Quienes participan no comprenden que en el proceso de *rulemaking* se trata de diseñar una regulación determinada, incluso en contra de una preferencia mayoritaria que se haya manifestado contraria a la regulación propuesta<sup>182</sup>.

Estos inconvenientes plantean preguntas:

- ¿Quiénes son los participantes y qué información requieren para poder participar en la deliberación sin asimetrías? Supongamos una regulación de zonificación: ¿pueden deliberar en igualdad de condiciones un grupo de vecinos, una empresa desarrolladora y una organización que defiende monumentos históricos?
- ¿Cómo puede lograrse una deliberación que no sea una mera expresión de sentimientos sino una racionalización de posiciones? ¿Puede, tal vez, a través de una moderación de la discusión llegarse a buen puerto?<sup>183</sup>

---

<sup>177</sup> Davir Carr, How Obama Tpped into Social Network’s Power, New York Times, 9 de noviembre de 2008, disponible en <http://www.nytimes.com/2008/11/10/business/media/10carr.html> .

<sup>178</sup> Cynthia R. Farina et al., Designing an Online Civic Engagement Platform, cit., p. 19.

<sup>179</sup> Ídem.

<sup>180</sup> Arditto, cit., p. 22

<sup>181</sup> Ídem.

<sup>182</sup> Ídem.

<sup>183</sup> Ídem.

### C. Una arquitectura efectiva para la maximizar la participación

La respuesta a las preguntas anteriores no es sencilla. Si el simple hecho de plantear una posición controversial a través de un post en Facebook puede generar comentarios de todo tipo, discusiones que escalan y peleas familiares, ¿por qué esperar algo distinto si quien plantea una posición controversial es la administración pública?

Ahora bien, si se diseña un espacio que provea información sobre los hechos y las políticas públicas, los tipos de participación posible, la calidad de la participación puede mejorar y facilitar el ingreso a la discusión públicas a voces excluidas del debate, a veces de modo estructural<sup>184</sup>. Estas voces enriquecen el debate y mejoran los resultados finales.

Optimizar la participación requiere sobreponerse a las dificultades explicadas. Para ello, como sostiene Cynthia Farina, profesora de derecho administrativo de la Universidad de Cornell, es conveniente:

- Brindar información sustantiva sobre lo que será discutido.
- Estructurar métodos de participación para que las personas tengan tiempo real para reflexionar.
- Contar con facilitadores capaces de promover una discusión deliberativa<sup>185</sup>.

#### i. La participación efectiva, como el diablo, está en los detalles

Suele decirse que el diablo está en los detalles. Lograr una participación efectiva en una discusión pública también. Son los pequeños gestos y acciones en la manera de diseñar la discusión lo que puede frustrar una discusión – o potenciar sus beneficios.

Un ejemplo sirve para explicar el punto. Si se pide a un participante que opine sobre un tema específico al final del texto de toda la regulación, la persona hace comentarios menos valiosos que aquellos a quienes se les solicita que coloque el comentario directamente sobre la sección específica del tema que se discute<sup>186</sup>.

Otro ejemplo. Una deliberación efectiva tiene también relación con el lenguaje que utiliza la administración. Las regulaciones o reglamentos son en muchas ocasiones complejas y largas, con lenguaje técnico. En el año 2012, Sunstein requirió que todas las regulaciones complejas o excesivamente largas

<sup>184</sup> Cynthia R. Farina et al, cit., sumario.

<sup>185</sup> Ídem, p. 30.

<sup>186</sup> Ídem, p. 28.

tuvieran un resumen ejecutivo sencillo. Según OIRA, esperar participación del público era imposible si no había un entendimiento del contenido de la regulación. Un experimento comprobó que la participación en ese tipo de regulaciones propuestas fue más alta y de mayor calidad que la participación en ordenes similares emitidas con anterioridad a 2012<sup>187</sup>.

## 2. Herramientas y buenas prácticas para incorporar en la gestión administrativa

Existen diversas herramientas que pueden ser introducidas de manera sistémica en el proceso regulatorio. El derecho administrativo debe abrir esos espacios, con realismo – evaluando qué es lo que funciona y qué no –, sin confiar tanto en el poder de la norma, y trabajando en base a la evidencia<sup>188</sup>.

### A. La Evaluación de Impacto Regulatorio (EIR).

La incorporación del uso de la evidencia en el desarrollo de políticas públicas es determinante para alcanzar una transformación regulatoria exitosa. La incorporación de la evidencia no reemplaza, por supuesto, a los procesos políticos, sino que los refuerza, dotándolos de criterios objetivos que permiten elevar el nivel del debate político. El uso de la evidencia permite lograr políticas públicas costo efectivas y eficientes, limitando la arbitrariedad en los procesos de toma de decisiones y en especial, reforzando – o contrariando – el uso de la intuición o el criterio del regulador con elementos cuantitativos que permitan evaluar el impacto de una política.

Esta aproximación científica al desarrollo de políticas públicas requiere que los gobiernos se transformen en grandes experimentadores que prueben, observen y midan el efecto de cada política de modo tal de poder implementar aquellas que sean más eficientes y efectivas<sup>189</sup>. Para lograrlo, es preciso que exista un proceso de análisis previo a la emisión de regulaciones, en el cual se deba justificar empíricamente la

---

<sup>187</sup> Farina, Cynthia R. and Newhart, Mary and Blake, Cheryl L., The Problem with Words: Plain Language and Public Participation in Rulemaking (February 12, 2015). George Washington Law Review, 2015, Forthcoming; Cornell Legal Studies Research Paper No. 15-08. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2564100>.

<sup>188</sup> Juli Ponce Sole, Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública..., cit. s/p.

<sup>189</sup> Nesta, “Towards an experimental culture in Government: reflections on and from practice”, publicado el 7 de Marzo de 2017 y disponible en <https://www.nesta.org.uk/blog/towards-experimental-culture-government-reflections-and-practice>

adopción de esa regulación en particular y el descarte de alternativas. Este proceso debe realizarse siguiendo una metodología preestablecida, que busque dotar de validez científica al análisis regulatorio.

En el “modelo OCDE”, la exigencia de la Evaluación de Impacto Regulatorio<sup>190</sup> previa a la emisión de una regulación fomenta el desarrollo de políticas públicas basadas en la evidencia. La EIR se utiliza para examinar los potenciales beneficios, costos y efectos de las nuevas regulaciones o las modificaciones a regulaciones existentes.

Si bien su uso se ha extendido por todo el mundo durante los últimos 30 años, no existe método uniforme para realizar la EIR. Cada país debe desarrollar su propio modelo, teniendo en cuenta las particularidades institucionales, sociales, culturales y legales de su contexto. Sin embargo, de acuerdo con OCDE los distintos métodos de EIR suelen integrar una serie de elementos fundamentales similares en todos los casos, que comprenden:

- (i) metodología para la definición de los problemas,
- (ii) identificación de opciones regulatorias,
- (iii) estrategia para la recolección de datos,
- (iv) evaluación de las distintas alternativas,
- (v) identificación de la opción preferida,
- (vi) metodología de monitoreo y evaluación.

De acuerdo con Renda<sup>191</sup>, los principales beneficios de la EIR son:

**i. Eficiencia:** el análisis de costo-beneficio que integra la EIR, permite elegir la más eficiente entre distintas opciones.

**ii. Transparencia:** la EIR obliga a las administraciones a justificar sus acciones con base en la evidencia.

**iii. Responsabilidad:** la EIR promueve la responsabilidad de la administración por sus decisiones.

**iv. Control de la burocracia:** la EIR permite al gobierno central ejercer un control más efectivo sobre la actividad regulatoria de otros elementos del Estado.

**v. Coherencia y eficacia:** la EIR permite alcanzar las metas del gobierno en forma efectiva.

El éxito de la implementación de la EIR<sup>192</sup> depende en gran medida del nivel de

---

<sup>190</sup> OCDE, “OECD Regulatory Policy Outlook 2015”, p. 59-67, OECD Publishing, Paris, 2015, disponible en [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/oecd-regulatory-policy-outlook-2015\\_9789264238770-en#page59](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/oecd-regulatory-policy-outlook-2015_9789264238770-en#page59)

<sup>191</sup> Renda, A, “Regulatory Impact Assessment and Regulatory Policy” en “Regulatory Policy in Perspective: a Readers Companion to the OECD Regulatory Policy Outlook 2015, OECD Publishing Paris”,

<sup>192</sup> OCDE, “OECD Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries”, OECD Publishing, Paris 1997 y “Building and Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA), Guidance for Policy Makers”, OECD Publishing, Paris, 2008 disponible en <http://www.oecd.org>

compromiso político que exista en torno al uso de EIR como parte de un plan de largo plazo para mejorar la calidad de la regulación. Este compromiso político puede reflejarse, por ejemplo, en la creación de un organismo central que monitoree la calidad de la regulación, la instauración de procesos internos que tiendan a integrar elementos de EIR y políticas activas de transparencia y acceso a la información que permitan también el control externo por parte de la sociedad civil<sup>193</sup>.

También resulta fundamental que exista una clara distribución de responsabilidades en relación con la EIR y que se dote a los funcionarios públicos encargados de hacerlo del entrenamiento adecuado para poder utilizar las herramientas técnicas necesarias para realizar EIR. La metodología técnica a utilizar debe ser consistente y flexible, y debe contar con mecanismos y estrategias definidas para la recolección de información. La EIR debe estar integrada además, con otros procesos de desarrollo de políticas públicas y el proceso de análisis debe realizarse en la primera instancia en la que sea posible hacerlo.

Los resultados de este análisis deben ser publicados en forma sistemática permitiendo y fomentando el acceso y la participación del público. Esta participación del público debe guardar proporcionalidad con el impacto de la regulación y se debe fomentar especialmente la participación de aquellos grupos que tienden a ser menos representados en los procesos de emisión de regulaciones. Las administraciones deben asegurarse de proporcionar la información necesaria, en forma clara, comprensible y sin costo, otorgando además tiempo razonable para que los miembros de la sociedad civil puedan hacer llegar sus opiniones. La administración, según el modelo OCDE, debe rendir cuentas de este proceso de participación, y explicar de qué modo las opiniones del público fueron ponderadas<sup>194</sup>.

Para optimizar la participación del público, es preciso que se fijen claramente los objetivos de las consultas populares así como también a los grupos sociales y sujetos que pueden verse especialmente interesados en participar de este proceso. Se deben desarrollar, además, estrategias para lidiar con la baja participación o participación de baja calidad técnica<sup>195</sup>.

En cuanto a la implementación de la EIR, Renda (2015)<sup>196</sup> ha identificado

---

[org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf](https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf)

<sup>193</sup> Rodrigo, D. , “*Regulatory Impact Analysis in OECD Countries: Challenges for Developing Countries*” Junio 2005, disponible en <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35258511.pdf>

<sup>194</sup> OCDE “*OECD Best Practice Principles on Stakeholder Engagement in Regulatory Policy*” disponible en <http://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/public-consultation-best-practice-principles-on-stakeholder-engagement.htm>

<sup>195</sup> Productivity Commission, “2004, Regulation and its Review 2003-04”, Annual Report Series, Canberra, 2004

<sup>196</sup> OCDE, “Regulatory Impact Assessment and Regulatory Policy” en *Regulatory Policy in*

distintas formas en las que este tipo de procesos pueden ser integrados a un marco institucional.

i. **Implementar EIR primero como una prueba piloto y luego extenderla para todas las regulaciones:** en este caso es importante capitalizar los resultados de la prueba piloto para apoyar la extensión a toda la regulación.

ii. **Comenzar utilizando la metodología de análisis menos intrusiva y luego expandir:** esto se podría lograr encomendando las mediciones a consultores externos de modo tal de no alterar, en un principio, el funcionamiento de la administración.

iii. **Comenzar con algunas instituciones específicas y luego extender:** en este caso, es conveniente elegir las unidades administrativas que tengan mayores capacidades técnicas y un campo de acción más específico.

iv. **Comenzar con EIR para regulaciones significativas y luego extender a regulaciones menores:** el criterio para considerar a una regulación como “significativa” debe ser el impacto económico, social o medioambiental que puede tener la regulación.

v. **Comenzar exigiendo EIR con regulación vinculante y luego transformarlo en una exigencia del “soft law”:** la auto regulación de las agencias que eligen la aplicación de estos estándares por motu proprio puede resultar más efectiva que el método tradicional de regulación.

vi. **Comenzar con criterios de evaluación cualitativos y gradualmente integrar análisis cuantitativo (ie. Análisis de Costo Beneficio):** este enfoque permite ir desarrollando las capacidades necesarias para la integración de elementos cuantitativos a la vez que refuerza la cultura de la evaluación mediante el análisis de elementos cualitativos.

vii. **Comenzar con un equipo concentrado de EIR y luego descomprimir y distribuir las responsabilidades de análisis entre los distintos miembros de las organizaciones:** este enfoque es especialmente útil en casos en donde la administración carece de capacidades técnicas para evaluar. De este modo, la administración puede contar con un equipo especializado o con instituciones privadas que pueden asistir en la EIR a la vez que se comienzan a construir las capacidades dentro de la propia administración.

En el caso de los países miembros de OCDE, las metodologías y los criterios de aplicación de EIR varían significativamente. A modo de ejemplo, en Australia<sup>197</sup>

---

Perspective: a Readers´ Companion to OECD Regulatory Policy Outlook 2015, OECD Publishing, Paris disponible en [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/oecd-regulatory-policy-outlook-2015\\_9789264238770](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/oecd-regulatory-policy-outlook-2015_9789264238770)

<sup>197</sup> Bell, R. “Regulatory Impact Analysis: Australia’s experience” en OECD Regulatory Reform Workshop, Estocolmo, 3 y 4 de Junio de 2013 y disponible en <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Breakout-session-2-Rosalyn%20Bell-RIA-Australia’s-experience.pdf>

se requiere para cada regulación un análisis preliminar que determina si una propuesta de regulación requiere o no EIR. La EIR es obligatoria si se estima que la regulación tendrá un impacto mensurable.

En México, se realiza una evaluación cuantitativa que permite determinar si la propuesta de regulación requiere EIR o no. La EIR solo puede ser evitada en caso de que se demuestre que la regulación no acarrea ningún tipo de costo de *compliance*. De lo contrario, se debe ejecutar la EIR que integra elementos cualitativos y cuantitativos y que cuenta con dos variantes: una EIR de alto impacto en el que se hace un análisis detallado y una de impacto moderado en el que el análisis requiere menor detalle<sup>198</sup>.

En Estados Unidos, como se vio, se realiza un análisis cuantitativo para determinar la aplicación o no de la EIR el cual requiere que para ser analizada en detalle mediante la EIR, una regulación debe tener un impacto anual en la economía de más de USD 100 millones o afectar en forma significativa la economía, la productividad, la competencia, el mercado laboral, la salud pública, el medio ambiente, la seguridad o a alguna de las distintas instancias gubernamentales<sup>199</sup>.

Existen también distintas excepciones a la aplicación de la EIR. Estas excepciones se dan generalmente en casos en los que se trata de regulación de emergencia, regulaciones consideradas como de impacto insignificante, regulaciones que implementan tratados internacionales, regulaciones que por algún motivo deben ser introducidas antes de una fecha específica o regulaciones que constituyen promesas de campaña<sup>200</sup>.

## B. Los controles regulatorios *ex post*

Las evaluaciones *ex post*<sup>201</sup> permiten cerrar el ciclo de evaluación de las políticas públicas, complementando el análisis hecho por medio de las EIR. Este tipo de evaluaciones son las menos frecuentes en el contexto de los países miembros de OCDE, y su campo de acción se concentra fundamentalmente en evaluaciones aplicadas a las áreas de gasto público, desburocratización y fomento de la competencia. Sin perjuicio de ello, las evaluaciones *ex post* resultan fundamentales para asegurar la eficacia y eficiencia de las regulaciones, en especial, teniendo

---

<sup>198</sup> Romero Fong, Eduardo Esteban “*Manifestación de Impacto Regulatorio en México*”, Taller de Capacitación para la Elaboración y Evaluación de Análisis de Impacto Regulatorio, Bogotá, Colombia, Enero de 2015, disponible en <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/MIR-en-Me%CC%81xico.pdf>

<sup>199</sup> Executive Order 12866 section 3 (f)(1) emitida por el Gobierno de los Estados Unidos de América en Sunstein, C. “Humanizing the Regulatory State”, p.21, The University of Chicago Press, Chicago, 2014

<sup>200</sup> OCDE, *Op. Cit.* 2015

<sup>201</sup> OCDE, “Proceedings from the OECD expert meeting on: Regulatory performance, ex post evaluation of regulatory policies” 22 de Septiembre de 2003, París disponible en <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/30401951.pdf>

en cuenta que la variabilidad de las condiciones objetivas y el contexto en el cual se dictan las regulaciones, la cual puede desnaturalizar el sentido y los efectos originalmente buscados por la regulación.

De acuerdo con OCDE, no se deberían emitir regulaciones sin que exista un análisis retrospectivo sobre la regulación existente. Este análisis debería unir las EIR con las evaluaciones *ex post*.

OCDE distingue la evaluación *ex post* del simple “monitoreo” señalando que este último se refiere puntualmente a la recolección sistemática de información sobre indicadores puntuales que permiten observar el grado de evolución de una política pública, mientras que la evaluación procura un enfoque más amplio que busca generar información sobre el impacto de una regulación. El principal objeto de la evaluación debe ser verificar si la misma logró alcanzar los objetivos buscados.

Al igual que con las EIR, las metodologías de evaluación *ex post* son variadas y no existe un estándar uniforme internacionalmente reconocido. Sin embargo siguiendo a Allio y Renda<sup>202</sup> OCDE sugieren los siguientes criterios de evaluación a título ejemplificativo:

i. **Relevancia:** evaluar si los objetivos de la política pública están relacionados con o incluyen a los problemas inmediatos.

ii. **Eficacia:** evaluar si la política pública contribuyó exitosamente a la solución de los problemas específicos para los que fue diseñada.

iii. **Eficiencia:** evaluar si existe proporcionalidad entre los beneficios y los costos y si no existen otros medios más eficientes para lograr los objetivos.

iv. **Utilidad:** evaluar si los resultados obtenidos por esta política pública se corresponden con los objetivos originales de la misma.

v. **Transparencia:** evaluar si la política pública tuvo un grado adecuado de publicidad y si la información fue puesta a disposición del público en forma sencilla, comprensible y con un adecuado nivel de detalle.

vi. **Legitimidad:** evaluar cómo fue la recepción de esta medida por parte de los sujetos afectados por la misma y cuales son sus niveles de acatamiento.

vii. **Equidad e inclusividad:** evaluar si hubo una distribución equitativa de los efectos de la medida.

viii. **Persistencia y sustentabilidad:** evaluar cuales son los efectos estructurales de la política pública y si existe una relación causal entre la política pública y estos efectos. Evaluar también de qué forma esta medida contribuye al progreso.

OCDE también recoge a título ejemplificativo, distintos mecanismos de

---

<sup>202</sup> OCDE, “OECD Regulatory Policy Outlook 2015”, p. 128 ss. OECD Publishing, Paris 2015 disponible en [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/oecd-regulatory-policy-outlook-2015\\_9789264238770-en#page128](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/oecd-regulatory-policy-outlook-2015_9789264238770-en#page128) ver también “Why is administrative simplification so complicated? Looking Beyond 2010”, Anexo B, OECD Publishing, Paris, 2010

implementación de este tipo de controles, elaborados por la Comisión de Productividad Australiana y publicados en el informe *Identifying and Evaluating Regulation Reform (2011)*<sup>203</sup>. La Comisión sugirió tres enfoques distintos para la realización de controles *ex post*:

i. **Enfoque de “control de stock” orientado a mantener las buenas prácticas regulatorias**

Los reguladores o las agencias encargadas de la aplicación pueden lograr sistemas efectivos de control *ex post* monitoreando aquellas regulaciones que están bajo su órbita y considerando los indicadores de performance y las quejas y problemas de cada regulación. Este monitoreo debe ser periódico y debe permitir la participación del público.

Se debe relacionar a las nuevas regulaciones con el stock regulatorio existente buscando limitar la superposición o la complejización de las regulaciones. Un ejemplo de esta estrategia es la exigencia de que por cada regulación nueva, se dejen sin efecto dos anteriores (“*one in, two out*”)<sup>204</sup>. Para lograr este tipo de control, resulta útil establecer objetivos concretos de desburocratización o de reducción de la carga administrativa.

vi. **Enfoque de revisiones programadas**

Otra forma de establecer controles *ex post* es a través del uso de previsiones que determinen la pérdida automática de vigencia de una norma transcurrido un determinado tiempo, a menos que la renovación de su vigencia sea expresamente justificada. Esta cláusula funciona como un incentivo para que se produzca la revisión de la norma.

Por medio de evaluaciones dirigidas a regulaciones que no tuvieron una EIR previa se permite asegurar que toda la regulación haya transitado al menos, una instancia de evaluación.

A través de requisitos de revisión *ex post* insertos en la nueva regulación, en los cuales se establece de qué forma se realizará la evaluación *ex post*.

vii. **Revisiones especiales y *ad hoc***

Mediante las revisiones especiales y *ad hoc*, es posible hacer controles *ex post*

---

<sup>203</sup> Disponible en <https://www.pc.gov.au/inquiries/completed/regulation-reforms/report>

<sup>204</sup> Un ejemplo de la regla “one in, two out” puede encontrarse en el “2010 to 2015 Government Policy: Business Regulation”, un informe publicado por el Gobierno del Reino Unido en el que se incita a los reguladores a aplicar esta regla en caso de regulaciones que afecten a los negocios <https://www.gov.uk/government/publications/2010-to-2015-government-policy-business-regulation/2010-to-2015-government-policy-business-regulation#appendix-4-operating-a-one-in-two-out-rule-for-business-regulation> ver también “One in, two out, statement of new regulation” disponible en <https://www.gov.uk/government/collections/one-in-two-out-statement-of-new-regulation>

dirigidos a sectores específicos. Una forma de hacerlo es a través del establecimiento de principios generales en base a los cuales se produce una revisión general de toda la regulación. Este tipo de enfoque insume recursos significativos, pero, de acuerdo con la Comisión Australiana, si la comunicación del principio y los criterios de evaluación son claros, la evaluación puede ser altamente efectiva (por ejemplo, revisar todas las normas que tengan un impacto en la libre competencia).

También es posible hacer un estudio comparativo o *benchmarking* en el que se estudian reformas exitosas aplicadas en otras jurisdicciones y se comparan con el estado actual de la regulación en el país. La clave para el éxito de este tipo de estudio es delimitar detalladamente el objeto del estudio y comprender las diferencias contextuales de las jurisdicciones que se van a comparar, de modo tal de no “importar” políticas que por cuestiones de contexto, no podrían ser implementadas en el país.

Por último, los estudios “en profundidad” suelen ser los más efectivos. Estos estudios buscan evaluar la eficacia, eficiencia y pertinencia de una regulación específica considerando el contexto amplio. Este enfoque requiere también de una instancia de participación del público, y de la publicación de un informe borrador sujeto a comentarios del público. Según la Comisión Australiana, este tipo de enfoque no sólo es efectivo, sino que tiene como consecuencia inmediata el fortalecimiento del vínculo entre reguladores y regulados, lo cual facilita la implementación de la regulación específica.

Tanto las EIR como las evaluaciones *ex post* son determinantes para la calidad de la regulación. Para lograr evaluaciones de calidad, es preciso que se construyan capacidades en la administración que permitan a los funcionarios el manejo de las herramientas técnicas que son necesarias para realizar este tipo de evaluaciones. En este proceso de construcción de capacidades, la integración de la administración pública con la academia puede tener un rol fundamental.

### **3. Medios no tradicionales de regulación: el *behavioural economics*.**

#### **A. Qué es el *behavioural economics* y para qué sirve**

El uso de herramientas desarrolladas por la disciplina del *behavioural economics* o economía del comportamiento se ha transformado en una alternativa efectiva a las formas de regulación tradicional, que permite lograr objetivos regulatorios de una manera costo efectiva, eficiente, con base en la evidencia y un enfoque incremental.

El *behavioural economics* surge de la interacción entre la economía y la psicología, y sus desarrollos se construyen sobre un fuerte cuestionamiento al paradigma de

la economía clásica que considera que el hombre es un ser puramente racional que busca maximizar sus utilidades con cada decisión.

El *behavioural economics*, en cambio, a través de ejercicios empíricos identifica cuáles son los elementos irracionales más relevantes del comportamiento humano y cómo estos se transforman en patrones de comportamiento que trascienden las diferencias socioeconómicas y culturales<sup>205</sup>.

El modelo de comportamiento humano planteado por el *behavioural economics* permite humanizar al estado, y dota, además, al regulador de herramientas que pueden resultar menos invasivas y más efectivas que los medios de regulación tradicional - ya que las mismas están diseñadas considerando el comportamiento real de los seres humanos y no el ideal.

Los desarrollos técnicos de *behavioural economics*, realizados entre otros por los psicólogos israelíes Amos Tversky y Daniel Kahneman (quien fue reconocido por estos aportes con el Premio Nobel de Economía) fueron posteriormente conectados al mundo de la regulación por el economista Richard Thaler de la Universidad de Chicago, quien, junto con el profesor Sunstein desarrolló la teoría del “Nudge”. Por sus investigaciones en este campo, Thaler fue reconocido en 2017 con el Premio Nobel de Economía.

El impacto del uso de estas herramientas en el diseño de regulaciones es tal, que países como el Reino Unido y los Estados Unidos, entre otros, han establecido unidades específicas que se dedican a aplicar este tipo de técnicas a las regulaciones. Por su parte OCDE ha recomendado en numerosas oportunidades el uso de estas técnicas a sus países miembros<sup>206</sup>.

El propósito de las técnicas de *behavioural economics* es lograr que las políticas públicas funcionen mejor y tengan un impacto positivo en el bienestar de los ciudadanos a través de enfoques que, basándose fundamentalmente en la evidencia, permiten integrar a la regulación los elementos irracionales que existen en el comportamiento humano.

---

<sup>205</sup> Kahneman, Daniel. “*Thinking, Fast and Slow*” Primera Edición, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2011.

<sup>206</sup> Lunn, Pete “Regulatory Policy and Behavioural Economics” OECD Publishing, París, 2013 disponible en [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-policy-and-behavioural-economics\\_9789264207851-en#page11](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-policy-and-behavioural-economics_9789264207851-en#page11). También ver “Behavioural insights and new approaches to policy design, the views from the field. Summary on an international Seminar” OECD Publishing, Paris 2015, disponible en <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights-summary-report-2015.pdf> Y “Behavioural Insights and Public Policy, lessons from around the world” OECD Publishing, Paris 2017 disponible en [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/behavioural-insights-and-public-policy\\_9789264270480-en#.WeCLBGhSzcs#page4](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/behavioural-insights-and-public-policy_9789264270480-en#.WeCLBGhSzcs#page4). También “Behavioural Insights in Public Policy. Key messages and summary from OECD International Events May 2017”, OECD Publishing, Paris, 2017 disponible en <http://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/OECD-events-behavioural-insights-summary-may-2017.pdf> y <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights.htm>

Al hacer diseños regulatorios que buscan ayudar a las personas a tomar mejores decisiones considerando su proclividad al error (demostrada por el *behavioural economics*), los reguladores se transforman en *Arquitectos de las Decisiones*. Esta arquitectura de las decisiones se construye sobre la base de la falibilidad humana.

En particular, el *behavioural economics* aporta tres principios que son de relevancia para tener regulaciones de calidad:

i. Las decisiones de las personas se encuentran influenciadas por el grado de complejidad con la que se presenta la información y por la cantidad de opciones disponibles.

ii. Las personas tienden a ser atraídas por aquellas opciones que perciben como más convenientes. Las opciones preestablecidas, tienen un impacto muy significativo sobre el comportamiento humano, ya que en general son percibidas como más convenientes, o lo que es igual, resulta inconveniente modificarlas. Es por eso que la mayoría de las personas tiende a mantener las opciones preestablecidas.

iii. La prominencia (*salience*) de las opciones o sus atributos, puede impactar la forma en la que estas opciones son ponderadas en los procesos de toma de decisiones.

Estas tres ideas básicas integran una variedad de principios desarrollados por el *behavioural economics* que se construyen sobre la idea de la racionalidad limitada del ser humano y sobre la demostración empírica de estos límites. Su impacto para el desarrollo de regulaciones es significativo y ésta ha sido la razón por la cual estas prácticas han pasado a ser parte de las herramientas regulatorias en los estados más modernos.

## **B. El Nudge y la arquitectura de las decisiones.**

Una de las herramientas más difundidas para la aplicación de *behavioural economics* en el diseño de regulaciones es el “*Nudge*”. Si bien no existe un concepto universal sobre el qué es el *nudge*, hay varias ideas que vale la pena resaltar. Los *nudges* tienen por objetivo alterar el comportamiento humano en una forma predecible, sin restringir la libertad de los individuos. Para contar como un *nudge* es preciso que la intervención deba poder ser evitada por las personas en forma sencilla y con costos mínimos<sup>207</sup>. David Halpern, fundador del *Behavioural Insights Team* del Reino Unido por, sostiene que el *nudge* es un medio que permite guiar o fomentar un determinado comportamiento sin necesidad de ordenar o instruir, e idealmente, sin la necesidad de recurrir a incentivos económicos o sanciones<sup>208</sup>. Finalmente, El Prof. Adam Oliver sostiene que los *nudges* tienen por objetivo explotar el conocimiento existente sobre los procesos cognitivos de modo tal de orientar el

---

<sup>207</sup> Thaler y Sunstein, “*Nudge*”, New York, Penguin, 2008, p 6.

<sup>208</sup> Halpern, D, “*Inside the nudge unit*”, WH Allen, Londres, 2016, p 22.

comportamiento humano hacia formas de decisión más apropiadas<sup>209</sup>.

El término *Nudge* se puede traducir como “pequeño empujoncito” y se enmarca en una corriente de pensamiento que sus creadores, Thaler y Sunstein, denominaron “paternalismo libertario”. En el paternalismo libertario, los *nudges* son el vehículo a través del cual se comunican las intenciones u objetivos “paternalistas” del regulador, mientras al mismo tiempo se preserva la libertad de elección de los sujetos regulados. Thaler y Sunstein sostienen que el paternalismo libertario es “(...) una forma relativamente débil, suave y no intrusiva de paternalismo” <sup>210</sup>. Sunstein a su vez, explica que la necesidad de este tipo de paternalismo libertario surge del hecho de que “(...) en ciertos contextos, las personas son susceptibles de incurrir en errores, y las intervenciones de corte paternalista podrían hacer que su bienestar mejore”<sup>211</sup>.

### C. Experiencias en UK: EL BIT. Un caso exitoso en el armado de unidad de Behavioural Economics

La aplicación de técnicas de *behavioural economics* en el ámbito gubernamental encuentra sus orígenes modernos en el Reino Unido, en donde la Unidad de Estrategia, creada por el entonces Primer Ministro Tony Blair, comenzó a explorar las implicancias de la psicología y el *behavioural economics* en el desarrollo de las políticas públicas <sup>212</sup>.

Al mismo tiempo, en los Estados Unidos la publicación del libro “Nudge” por parte de Thaler y Sunstein generó un gran impacto en el mundo de las políticas públicas, el cual fue potenciado por el nombramiento de Sunstein como jefe de OIRA, desde la cual este tipo de técnicas comenzaron a ser formalmente aplicadas.

En el año 2010, el Primer Ministro David Cameron, se interesó en el uso de estas herramientas y encomendó la creación de la primera unidad gubernamental en el mundo, dedicada específicamente al diseño y aplicación de intervenciones utilizando técnicas de *behavioural economics*. De este modo, se fundó el *Behavioural Insights Team* (BIT), dependiente directamente de la oficina del Primer Ministro. Esta unidad contó con un presupuesto inicial de medio millón de libras (el equivalente a 11 millones de pesos), y un equipo interdisciplinario de 10 personas. El BIT nació con una cláusula que determinaba que si en los primeros dos años de existencia

---

<sup>209</sup> Oliver, A. (2013). From Nudging to Budging: Using *Behavioural economics* to Inform Public Sector Policy. *J. Soc. Pol.*, 42(04), pp.685-700.

<sup>210</sup> Thaler y Sunstein, *op cit.*, p5.

<sup>211</sup> Sunstein, C, (2015), “Why Nudge? The politics of Libertarian Paternalism”, Yale University Press, New Haven, US, 2015

<sup>212</sup> Como resultado de estas investigaciones, la unidad referida publicó un trabajo titulado “*Personal responsibility and behaviour change*”, el cual recibió numerosas críticas periodísticas. Esto generó que el Primer Ministro Brown, que sucedió a Blair, se alejara de estas herramientas.

no cumplía con una serie de objetivos, la unidad sería cerrada definitivamente. Los objetivos que se establecieron fueron<sup>213</sup>:

- i. Transformar al menos, las políticas públicas de dos áreas del Estado.
- ii. Difundir el uso de las herramientas de *behavioural economics* a dentro del Gobierno Británico.
- iii. Generar ahorros o ganancias de al menos, diez veces el costo operativo de la unidad.

En el año 2012, al cumplirse los dos años desde su creación, el BIT había logrado alcanzar ahorros o ganancias por aproximadamente 22 veces su costo operativo, liderado seis proyectos de gran escala y publicado cuatro reportes. De los 10 empleados en 2010, BIT pasó a tener más de 60 para el 2016, extendiéndose no sólo a distintas áreas del Gobierno Británico, sino también a otros países, proveyendo apoyo y entrenamiento a distintos gobiernos que están intentando aplicar estas técnicas al desarrollo de políticas públicas. Hoy el BIT tiene oficinas en Londres, Manchester, Nueva York, Singapur y Sydney.

En el año 2014, y como consecuencia de la demanda internacional de sus servicios, el BIT pasó de ser una unidad enteramente propiedad de la Oficina del Primer Ministro Británico, a ser una entidad privada, cuya titularidad es un tercio del Gobierno Británico, otro tercio de NESTA<sup>214</sup> (National Endowment for Science Technology and the Arts) y el tercio restante de sus empleados.

El modelo de BIT en el Reino Unido ha sido imitado por distintos países y organismos internacionales como OCDE, el Banco Mundial, que han creado sus propias unidades específicas o integrado este conocimiento a unidades existentes.

David Halpern, el jefe de BIT, ha señalado que el éxito del BIT estuvo determinado por los siguientes elementos, que integran, en inglés, la palabra APPLES<sup>215</sup>, que funciona como una regla nemotécnica:

i. **Apoyo de la administración:** es crucial que el equipo tenga individuos que comprendan cómo funciona el gobierno. Halpern señala que en el éxito del BIT, fue clave contar con un equipo de personas que ya había trabajado en la oficina del Primer Ministro y que tenía los contactos y conocimiento necesarios para “hacer que las cosas sucedan”.

ii. **Política:** el apoyo político de los más altos niveles fue fundamental. Para lograrlo, fue necesario que los políticos comprendieran y creyeran en el potencial

---

<sup>213</sup> Nesta, “*The behavioural insights team and randomised controlled trials*”, publicado el 21 de Marzo de 2014 en <https://www.nesta.org.uk/blog/behavioural-insights-team-and-randomised-controlled-trials>

<sup>214</sup> Cfr. [www.nesta.org.uk](http://www.nesta.org.uk)

<sup>215</sup> Halpern, D. *Op. Cit*, 2016, P. 58.

de esta unidad. Es importante que la misión de la unidad sea coherente con la narrativa y los instintos del gobierno.

iii. **Personas:** Halpern señala como uno de los elementos más relevantes que la unidad tuviera total libertad para contratar a los especialistas que aportaron habilidades técnicas muy variadas a la unidad así como también contactos y *know-how* necesario para concretar los proyectos de BIT.

iv. **Locación** (*Location*): la cercanía física con los “sponsors” políticos fue tanto simbólica como funcionalmente importante. Por ello, las oficinas de BIT se encuentran muy cerca la casa del Primer Ministro así como también de los edificios relevantes del gobierno.

v. **Experimentación:** la unidad tiene un verdadero espíritu de experimentación y suele conducir pruebas piloto así como también evaluaciones, que le permiten operar con base en la evidencia.

vi. **Contacto con la academia** (*Scholarship*): así como es fundamental que la unidad tenga buenos contactos con la administración, también resulta fundamental que pueda establecer excelentes contactos con la academia. Esto permite el desarrollo y la difusión del conocimiento a la vez que también permite la integración de la academia y la unidad en el desarrollo de intervenciones<sup>216</sup>. Una alternativa para lograr esto, puede ser la creación de un comité asesor, integrado por los académicos más relevantes del rubro.

#### D. **Técnicas de *Behavioural Economics*: la herramienta “EAST”**

El BIT ha desarrollado una herramienta que comprende distintos elementos de *behavioural economics* que pueden ser aplicados al desarrollo de políticas públicas. Esta herramienta es conocida como el “EAST Framework”<sup>217</sup>. “EAST” es una regla nemotécnica que comprende los elementos más fundamentales que permiten fomentar comportamientos. No es una herramienta comprensiva de todas las formas en las que el comportamiento puede ser influenciado, pero incluye elementos más relevantes y efectivos que son a la vez sencillos de comunicar e implementar. Los elementos de “EAST”

Conocido como el “EAST Framework” la primera herramienta integra 4 elementos:

---

<sup>216</sup> Behavioural Insights Team, “The Global Spread of Behavioural Insights, Conditions for Success of a Central Unit”, 30 de Enero de 2015, disponible en <http://www.behaviouralinsights.co.uk/uncategorized/the-global-spread-of-behavioural-insights-conditions-for-success-of-a-central-unit/> y Halpern D. *Op. Cit.*

<sup>217</sup> Behavioural Insights Team “EAST, four simple ways to apply behavioural insights”, 2014, disponible en [http://www.behaviouralinsights.co.uk/wp-content/uploads/2015/07/BIT-Publication-EAST\\_FA\\_WEB.pdf](http://www.behaviouralinsights.co.uk/wp-content/uploads/2015/07/BIT-Publication-EAST_FA_WEB.pdf)

- **EASY** por fácil
- **ATTRACTIVE**, por atractivo
- **SOCIAL**
- **TIMELY**, que podría traducirse como “en el momento justo”.

#### viii. **EASY (Fácil)**

Para fomentar un determinado comportamiento, debe diseñarse la regulación o la política pública en forma tal que el comportamiento deseado sea más fácil de hacer. Para ello, la teoría del *behavioural economics* enseña que pequeños “costos friccionales” pueden tener un impacto enorme sobre el comportamiento.

- **Opciones preestablecidas o “defaults”**

Una de las formas más sencillas para aprovechar el poder de los costos friccionales es utilizar el gran impacto de las opciones preestablecidas o *defaults* en el comportamiento. El modelo realista del comportamiento humano que plantea el *behavioural economics* demuestra que las personas tienden a estar afectadas por una fuerte tendencia a mantener el *status quo*. Las implicancias prácticas de este sesgo cognitivo para el desarrollo de políticas públicas o regulaciones son muy significativas: la opción que sea diseñada como la opción preestablecida será la que tenga mayor permanencia.

#### **Dos ejemplos del poder de las opciones**

En el Reino Unido aportar para la jubilación no es obligatorio. En el año 2012, y con la finalidad de aumentar la cantidad de personas con jubilación privada, el gobierno lanzó un programa<sup>218</sup> por medio del cual las grandes empresas (250 empleados o más) comenzarían a inscribir a sus empleados en planes de jubilación en forma automática, dándoles la opción de desinscribirse. En este caso, la opción preestablecida se modificó para hacer que los empleados tuvieran un pequeño costo transaccional para actuar en una forma distinta a la deseada, sin restringir de ningún modo su libertad. El impacto de esta intervención fue muy significativo: el BIT reportó que como consecuencia de esta

<sup>218</sup> Behavioural Insights Team, “Automatic Enrolment and Pensions: a behavioural success story” publicado el 10 de Noviembre de 2015 y disponible en <http://www.behaviouralinsights.co.uk/trial-results/automatic-enrolment-and-pensions-a-behavioural-success-story>

intervención, se registró un 22% de aumento en la cantidad de personas con planes de jubilación privada. Llevado a gran escala, el impacto de esta medida es enorme, y su costo es nulo: simplemente cambiar la opción preestablecida.

El poder de las opciones preestablecidas es aún más evidente en el caso de la donación de órganos. El ejemplo de Austria y Alemania es quizás el más elocuente para demostrar de qué forma se puede utilizar este elemento. Alemania y Austria son dos países que comparten una cultura similar, condiciones socioeconómicas parejas e incluso la geografía es parecida. Sin embargo ambos países tienen políticas de donación de órganos distintas<sup>219</sup>. En el caso de Alemania, los donantes deben hacer una manifestación positiva para ser donantes, es decir, deben pagar un “costo friccional” para poder cumplir con su voluntad de ser donantes. Este sistema se conoce con el nombre de “opt in”. En Austria en cambio, la opción preestablecida es que todos se presumen donantes, pero pueden dejar de serlo a través de una manifestación positiva que confirme su voluntad de no ser donantes. El impacto es muy significativo: en Alemania la tasa de donantes de órganos es de alrededor del 11% mientras que en Austria es de un 99%. Esta diferencia de un 87% puede ser explicada en gran medida, por la presencia de costos friccionales derivados de las opciones preestablecidas.

En ambos ejemplos se pone de manifiesto el poder de las opciones preestablecidas. El reconocer su poder y efectividad implica también reconocer la necesidad de que la decisión sobre las opciones preestablecidas esté sujeta a un control democrático que permita asegurar su constitucionalidad.

- **Reducción de costos friccionales**

Cuando no es posible modificar las opciones preestablecidas, es necesario reducir los costos friccionales de forma tal que la acción deseable sea la más fácil de realizar, o al menos más fácil de hacer que las acciones que se quieren desincentivar. El impacto de la reducción de pequeños costos friccionales puede ser muy significativo tal cual lo de muestra un experimento realizado por BIT y la autoridad tributaria en el Reino Unido.

En este experimento se evaluó la efectividad de una estrategia de eliminación

---

<sup>219</sup> Behavioural Design, “Why 99% of Austrians Donate Their Organs”, publicado el 11 de Agosto de 2015 y disponible en <http://www.behaviouraldesign.com/2015/08/11/why-99-of-austrians-donate-their-organs/#sthash.vdHa9033.dpbs>

de los *clicks* necesarios para llegar a un formulario. Se comparó la efectividad (medida en formularios completados) de una carta que envió a las personas a un sitio en el que ellos debían buscar el formulario, versus el link directo al formulario que debía ser completado. La carta que dirigía a las personas a la página en la que debían buscar el formulario tuvo un 19.2% de efectividad mientras que la carta simplificada, tuvo una efectividad del 23.4%. Esta diferencia del 4.2% puede parecer pequeña, pero cuando se la confronta con los costos -diseño inteligente- es altamente costo-efectiva y eficiente <sup>220</sup>.

Una de las implicancias más importantes del hacer las cosas “fáciles” está también en asegurarse de que la información, mensajes o requerimientos sean lo más claros y sencillos de entender posible. En experimentos referidos por David Halpern en su libro “Inside the Nudge Unit”<sup>221</sup> el autor sugiere que un mensaje que es fácil de leer no solo aumenta la probabilidad de comprensión, sino que además aumenta la probabilidad de que las personas crean en la veracidad de su contenido. Este mismo experimento ha demostrado que las personas perciben que el contenido que está en **negrita** como más veraz que el que está en forma standard.

Esta simplificación tuvo un efecto clave en el caso de la recaudación de impuestos. BIT probó que una carta de cobro de impuestos redactada en lenguaje sencillo, con una indicación clara al principio de la carta, puede ser entre 200 y 300 veces más efectiva que los modelos tradicionales. La reducción del volumen de texto en emails del gobierno también probó ser entre un 40 y un 60% más efectiva en términos de *clicks*<sup>222</sup>.

De acuerdo con BIT, para simplificar las comunicaciones es preciso:

1. Presentar el mensaje central en la primera oración o en el título de la comunicación.
2. Utilizar lenguaje simple. Evitar tecnicismos cuando es posible.
3. Ser específico acerca de las acciones recomendadas o requeridas.
4. Establecer un único punto de contacto para todas las consultas.
5. Eliminar toda la información que no resulte indispensable para realizar la acción.

- **Atractivo**

---

<sup>220</sup> Behavioural Insights Team, Op. Cit, 2014

<sup>221</sup> Halpern, D. BIT Op Cit 2015, p 71

<sup>222</sup> Halpern, D. Op. Cit 2015, p. 71

El segundo elemento del “EAST Framework” realza la importancia de atraer la atención de los ciudadanos. A la hora de diseñar políticas públicas es preciso que se piense cuál es la mejor manera de captar la atención ya que el comportamiento humano se ve fuertemente influenciado por aquello que le resulta atractivo.

Un experimento australiano hecho sobre multas de tránsito demostró que incluso pequeños llamados de atención pueden tener un impacto enorme. En este caso se incluyó un cartel color rojo<sup>223</sup> al principio de la carta intimación con la leyenda “Pague ahora”. Solamente la inclusión de este cartel aumentó los pagos entre un 11 y un 17%, según reportaron los experimentadores. En otro experimento similar, la agencia de recolección de impuestos del Reino Unido cambió el color de los sobres con las boletas de impuestos e incluyó leyendas escritas a mano que decían “(NOMBRE DEL CONTRIBUYENTE), *es muy importante que abras esta carta*”. Según los experimentadores, esta medida aumento en un 4.2% la tasa de respuesta<sup>224</sup>. En otro experimento se enviaron mensajes de texto personalizados. Los mensajes que incluían el nombre del deudor al principio triplicaron los pagos realizados por los que solo recibieron una carta.

- **Social**

El comportamiento de los demás (o aquello que se percibe como el comportamiento de los demás) tiene una influencia muy significativa sobre el comportamiento individual. Esta influencia puede ser utilizada para fomentar comportamientos deseables. Las normas sociales son guías implícitas para el comportamiento<sup>225</sup> que pueden operar en forma más efectiva que los medios de legislación tradicional.

El poder de las normas sociales se ha visto reflejado en numerosos experimentos en áreas tales como la recaudación de impuestos o la reducción del consumo energético. En una intervención desarrollada por la Asociación de Gobiernos Locales del Reino Unido<sup>226</sup>, se rediseñó la carta de recaudación de impuestos a fin de incluir la leyenda “*El 96% del impuesto de ABL del condado de Medway es pagado a tiempo. Usted está dentro de la muy pequeña minoría que todavía no pagó*”.

En esta intervención se probó la carta que incluía la norma social referida, contra una versión simplificada de la carta de recaudación de impuestos. La carta

---

<sup>223</sup> Behavioural Insights Team *Op Cit* 2014

<sup>224</sup> Halpern, *Op. Cit.* 2015, P. 89

<sup>225</sup> Elster, Jon, “Social Norms and Economic Theory,” *Journal of Economic Perspectives*, 3, (4)99-117, 1989 disponible en <http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/3264/Elster.pdf>

<sup>226</sup> “Using Behavioural Insights to collect council tax collection, Medway Council” publicado el día 03 de Noviembre de 2017 y disponible en <https://www.local.gov.uk/using-behavioural-insights-collect-council-tax-collection-medway-council>

simplificada logró aumentar los pagos en un 13%, mientras que la carta que incluyó normas sociales logró aumentar los pagos en un 19%.

Esta intervención fue replicada por el BIT en Guatemala<sup>227</sup>, en donde la tasa de pago temporáneo de impuestos era del 64.5%. En este experimento, se testearon distintos mensajes<sup>228</sup> que combinaban la simplificación con la inclusión de distintos tipos de mensajes con normas sociales. El BIT reportó que la variante más efectiva de las cartas logró aumentar la recaudación en un 43%. La inversión en ambos casos fue prácticamente nula.

En la Argentina, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) desarrolló un experimento similar<sup>229</sup> que buscó evaluar la efectividad del rediseño de las facturas de impuestos municipales, utilizando entre otras herramientas, normas sociales. El rediseño de las boletas incorporando elementos de *behavioural economics* permitió aumentar un 5% la recaudación.

Las normas sociales también se han utilizado con gran éxito para reducir el consumo energético<sup>230</sup>. En dos experimentos realizados en EEUU y el Reino Unido, se buscó otorgar feedback a las personas sobre su consumo energético y mostrarles cómo era su consumo con respecto al de sus vecinos y el consumo considerado como “responsable”. La inclusión de estas normas sociales permitió, en el caso de los EEUU, lograr una reducción de un 3.1% en el consumo eléctrico mientras que en el Reino Unido, la inclusión de normas sociales junto con consejos sobre cómo reducir el consumo, logró reducir en un 9% el consumo de gas (4.5% sólo la norma social)<sup>231</sup>.

Otra forma de aprovechar el poder del elemento “Social” del comportamiento humano es a través de la creación de redes de reseñas o “reviews” en donde los usuarios pueden evaluar públicamente la calidad de los servicios públicos. En el

---

<sup>227</sup> Behavioural Insights Team, “Results from BIT tax trial in Guatemala”, publicado el día 22 de Diciembre de 2014 y disponible en <http://www.behaviouralinsights.co.uk/international/results-from-bit-tax-trial-in-guatemala/>

<sup>228</sup> Howgego, Joshua “How behavioural science could revamp development” publicado el día 22 de Diciembre de 2014 y disponible en <http://www.scidev.net/global/policy/feature/behavioural-science-development-policy-innovation.html>

<sup>229</sup> Castro y Scartascini “El diablo está en los detalles: algunas lecciones para el diseño de políticas públicas”, Banco interamericano de Desarrollo (BID) Resumen de políticas del BID, 232, 2014, disponible en <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6673/El%20problema%20est%3%A1%20en%20los%20detalles:%20Lecciones%20del%20dise%3%B1o%20de%20pol%3ADticas%20p%3BABlicas%20a%20partir%20de%20experimentos%20en%20terreno%20en%20las%20Pampas.pdf?seque>

<sup>230</sup> Marovitz Alena, “Empowering the Kilowatt Hour Using Social Norms to Reduce Energy Consumption” 27 de Abril de 2017 disponible en <https://www.amherst.edu/system/files/Alena%20Marovitz%20Thesis.pdf>

<sup>231</sup> The Guardian “Can Nudges help to cut household energy consumption?” publicado el día 27 de Enero de 2012 y disponible en <https://www.theguardian.com/sustainable-business/behaviour-change-energy-consumption>

Reino Unido existe un sistema público por medio del cual los usuarios pueden evaluar la calidad de los servicios de salud proporcionados por distintos hospitales, llamado “*NHS Choices*”<sup>232</sup>. Existe otro servicio similar en el que el estado sistematiza toda la información de evaluación de calidad de distintas instituciones educativas y *reviews*, y las publica<sup>233</sup>.

La fuerza de los compromisos sociales ha sido también efectiva en la reducción del crimen. En un experimento desarrollado en Escocia, se probó la efectividad de los “Contratos de Comportamiento Aceptable” (*acceptable behaviour contracts*)<sup>234</sup>. Estos contratos son instrumentos jurídicamente inejecutables, por medio de los cuales se les pide a jóvenes con comportamientos antisociales que se comprometen a no desarrollar este tipo de comportamientos. Estos contratos son firmados por un oficial de policía, el joven y sus padres y han demostrado su efectividad en la reducción de la reincidencia de este tipo de conductas antisociales.

- **A Tiempo (*Timely*)**

El último elemento del “EAST Framework” se centra en la importancia de identificar cuál es el momento más adecuado para una intervención específica. Ello es así ya que un mismo estímulo, presentado en momentos distintos puede tener efectos diversos. En otras palabras, el orden de los factores sí altera el producto. Este elemento suele ser el menos considerado en el diseño de políticas públicas; sin embargo la identificación de cuál es el mejor momento para actuar es crítica para el éxito de una regulación.

El *behavioural economics* sugiere que existen momentos específicos (en general aquellos en los cuales se producen grandes cambios en la vida de las personas) en donde las personas son más permeables a cambiar sus hábitos o incorporar nuevos. Las implicancias prácticas de este hecho determinan que al momento de diseñar una política pública sea necesario evaluar en qué momento será esta política más efectiva. Así por ejemplo, se puede influenciar a las empresas nacientes para que en el momento de su registración, incorporen hábitos fiscales responsables que permanezcan en el tiempo. La inversión entonces, en el acompañamiento de estas empresas en esta etapa crítica, podría ser más eficiente que un acompañamiento prolongado en el tiempo.

En una aplicación de este principio, se evaluó el impacto que tendría cambiar

---

<sup>232</sup> Cfr. <https://www.nhs.uk/pages/home.aspx>

<sup>233</sup> Cfr. <https://www.gov.uk/school-performance-tables>

<sup>234</sup> Home Office del Reino Unido, “Acceptable Behaviour Contracts and Agreements”, Agosto de 2007 disponible en <http://www.fairplayforchildren.org/pdf/1228011664.pdf>

el orden del requisito de firmar formularios para el seguro de un vehículo, del final del documento, al principio. Según los experimentadores, el hecho de que el formulario deba ser firmado<sup>235</sup> al principio y no al final, redujo la deshonestidad en los reportes en comparación con aquellos formularios que requerían la firma al final<sup>236</sup>.

En otra aplicación, esta vez realizada en Zimbabue, se intentó dilucidar cual era el momento más adecuado para proporcionar educación a jóvenes mujeres sobre la prevención del VIH. En esta campaña se identificó que el momento en el que este entrenamiento era más efectivo, era cuando las mujeres jóvenes iban a la peluquería a hacerse trenzas. Del mismo modo se identificó que las peluqueras eran consideradas como mensajeras respetadas, por lo cual se equipó a distintas peluqueras para que puedan servir como mentoras.

La importancia del tiempo se ve también reflejada en la forma en la que las personas perciben el futuro. El *behavioural economics* sugiere que la mayoría de las personas tienen su foco puesto en el presente, y por ende, actúan en general sin considerar el futuro. Esta forma de tomar decisiones puede tener consecuencias dañinas en la vida de las personas que incluyen decisiones de salud, educación, decisiones económicas, etc.

El impacto de este sesgo cognitivo puede ser reducido mediante la explicitación de los costos y beneficios de largo plazo, que no suelen ser visibles para los ciudadanos, como por ejemplo, la inclusión de costos totales anuales derivados del uso energético de un electrodoméstico o el consumo anual promedio de combustible de un automóvil.

## E. Implementación de EAST

### i. Definir el resultado deseado

El BIT sostiene que para lograr una implementación efectiva de una intervención de *behavioural economics* es preciso, en primer lugar, definir cuál es el objetivo que quiere lograrse con la intervención (*outcome*). También resultará necesario definir cual será la métrica que permitirá evaluar el impacto de la intervención así como

---

<sup>235</sup> Shu, L., Mazar N., Ariely D., Bazerman, M, “Signing at the beginning makes ethics salient and decreases dishonest self-reports in comparison to signing at the end” en Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, 15197-15200, doi. 10.1073/pnas.1209746109 disponible en <http://www.pnas.org/content/109/38/15197.abstract>

<sup>236</sup> Michigan News, “OMG! Texting ups truthfulness, new iPhone study suggests” publicado el 16 de Mayo de 2012 y disponible en <http://ns.umich.edu/new/releases/20394-omg-texting-ups-truthfulness-new-iphone-study-suggests>

también qué tipo de información se recolectará y como se hará esta recolección.

Por otra parte será necesario determinar cuál será la magnitud del efecto que haría que la intervención fuera costo-efectiva, es decir, cuál es la magnitud el efecto esperado. Al mismo tiempo será necesario determinar cuál es el tiempo en el que se deben alcanzar los resultados esperados.

## ii. **Entender el contexto**

El segundo paso para la implementación exitosa de una intervención de *behavioural economics* es tratar de comprender el contexto en el cual se va a implementar la intervención, procurando tomar la perspectiva de los usuarios. El denominado “co-diseño”, resulta altamente efectivo ya que permite integrar el conocimiento - muchas veces experto - de los usuarios a los que la intervención va a estar destinada.

## iii. **Diseñar la intervención**

Para el diseño de la intervención se puede utilizar la herramienta EAST. Tal como se ha explicado anteriormente, esta herramienta invita a considerar de qué forma se pueden hacer las cosas más fáciles (*easy*) en el diseño de regulaciones, de qué forma se puede atraer la atención de los ciudadanos para lograr una determinada acción, de qué modo se puede utilizar el impacto de las normas sociales en el comportamiento humano y por último, cual es el momento más adecuado para garantizar el máximo efecto de una intervención.

Como se ha señalado, la herramienta EAST no agota todos los elementos de *behavioural economics* que pueden utilizarse para influenciar el comportamiento, sino que captura de una forma clara algunos de los elementos más relevantes.

## iv. **Probar, aprender, adaptar (*test, learn, adapt*)**

Una vez que el resultado está establecido, que hay una acabada comprensión del contexto y que se ha diseñado una intervención, es preciso probarla en la práctica.

El BIT sugiere adoptar la práctica de “probar, aprender y adaptar”. El uso de pequeñas pruebas piloto puede permitir evaluar el impacto de una intervención y ver si funciona antes de escalarla. Esto permite aprendizajes que ayudan a determinar el ajuste de una intervención para lograr un mayor impacto. La evaluación de estas pruebas debe hacerse siguiendo una metodología rigurosa, que permita asegurar con rigor científico que el resultado observado es consecuencia de la intervención y no de factores externos. En este sentido el BIT ha recomendado la utilización de pruebas controladas aleatorizadas (*randomised controlled trials*). En este tipo de

pruebas se busca generar mediante distintos sistemas de aleatorización, grupos de control que tienen las mismas características observables e inobservables que los grupos de tratamiento. En la aleatorización, está la clave que permite luego observar que el efecto buscado se debe a la intervención y no a otros factores externos.

## CAPÍTULO 4

### **REDISEÑOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

En el año 2012 el Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria de la OCDE recomendó a los países miembros y no miembros ciertas prácticas y criterios para mejorar la calidad regulatoria<sup>237</sup>. Entre estas estaban:

- Comprometerse al más alto nivel político con una política expresa de gobierno para la calidad regulatoria, con una clara manifestación de que los beneficios deben justificar los costos de una regulación.
- Adherirse a los principios de gobierno abierto, considerando la transparencia y la participación en el proceso regulatorio, para contar con una participación ciudadana significativa, en especial de los afectados por las regulaciones. Para ello, las regulaciones deben ser claras.
- Establecer mecanismos e instituciones para supervisar activamente los procedimientos y objetivos de la política regulatoria, apoyarla e implementarla.
- Integrar la Evaluación de Impacto Regulatorio (EIR) a las primeras etapas del proceso de diseño de políticas públicas.
- Revisar en forma sistemática el inventario de regulaciones.
- Publicar de manera periódica informes acerca del desempeño de las políticas regulatorias, analizando el funcionamiento de herramientas como la Evaluación de Impacto Regulatorio, la consulta pública y las revisiones de las regulaciones existentes.
- Desarrollar una política congruente que contemple el papel y las funciones de las entidades regulatorias, para que las decisiones se tomen con criterio

---

<sup>237</sup> OECD, Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria, 2012, disponible en <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>

objetivos, imparciales y coherentes.

- Asegurar la efectividad de los sistemas para revisar la legalidad y la justicia procedimental de las regulaciones.
- Promover la coherencia y la coordinación regulatoria en los distintos niveles de gobierno, analizando también la coherencia transversal.
- Impulsar el desarrollo de capacidades en los órdenes subnacionales de gobierno.

Estas recomendaciones marcan un camino a recorrer, pues la calidad regulatoria en Argentina está lejos de ser óptima. Durante los últimos 10 años, en el ranking “Doing Business” sobre calidad regulatoria para los negocios que elabora el Banco Mundial el país se ubicó en los puestos más bajos<sup>238</sup>. Otro índice significativo es el Rule of Law Index, elaborado por el World Justice Project<sup>239</sup>. Este índice contabiliza 10 factores, en buena medida relacionados con la calidad regulatoria:

1. Límites a los poderes del gobierno.
2. Ausencia de corrupción.
3. Gobierno abierto.
4. Derechos fundamentales.
5. Seguridad y orden.
6. Aplicación de las regulaciones.
7. Justicia civil.
8. Justicia penal.
9. Justicia informal.

En este ranking Argentina se encuentra en el puesto 51 de 113, y 14 entre los 30 países de la región<sup>240</sup>.

Es evidente que hay mucho por mejorar. A continuación, presentamos cuatro recomendaciones asequibles.

## 1. Generar un compromiso político de la más alta autoridad

Tal como señala Halpern, del BIT, el apoyo de las autoridades políticas de los

---

<sup>238</sup> El valor promedio de Argentina desde 1998 al 2016 fue de -0.57 puntos. El mejor resultado sería 2,5 puntos. El peor resultado fue -1.07 puntos. Ver en [http://www.theglobaleconomy.com/Argentina/wb\\_regulatory\\_quality/](http://www.theglobaleconomy.com/Argentina/wb_regulatory_quality/) . En 2016 Argentina estuvo en el puesto 125 de 193 países. Puede verse en [http://www.theglobaleconomy.com/rankings/wb\\_regulatory\\_quality/](http://www.theglobaleconomy.com/rankings/wb_regulatory_quality/) . En el 2017 se ubicó en el puesto 117, disponible en <http://espanol.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB2018-Full-Report.pdf>

<sup>239</sup> The World Justice Project, Rule of Law Index, disponible en <http://data.worldjusticeproject.org/#/groups/ARG>

<sup>240</sup> En los aspectos específicos vinculados con la calidad regulatoria el desempeño de Argentina es mixto: 51/113 en ausencia de corrupción; 43/133 en gobierno abierto; 68/113 en aplicación de las regulaciones.

más altos niveles fue crucial para el éxito la implementación de técnicas innovadoras de regulación<sup>241</sup>. Por su parte, la primera recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria de la OCDE es que el más alto nivel del gobierno se comprometa la mejora de las políticas regulatorias<sup>242</sup>.

No hay reforma posible sin este compromiso. Por el peso político del presidente es crucial contar con este apoyo.

La mejora regulatoria es transversal en un gobierno y precisa, por ello, que la máxima autoridad pueda supervisar, alentar y controlar a toda la administración. Esfuerzos aislados son estériles para producir resultados significativos.

## **2. Repensar el procedimiento administrativo argentino buscando la incorporación de espacios para la interacción entre la administración y los sujetos interesados, e impulsando el uso de herramientas regulatorias modernas**

El procedimiento administrativo argentino debe encontrar espacios de participación significativa en la elaboración de las regulaciones.

El diseño de los procedimientos previos a la toma de la decisión administrativa posee gran importancia, pues, según como estén estructurados, serán más o menos aptos para generar buenas elecciones administrativas. Más aún en el caso de la actividad discrecional, ya que aquí el procedimiento administrativo previo deberá funcionar orientando al decisor acerca de la medida a adoptar.

Dentro de los procedimientos previos, especial trascendencia tienen aquellos que facilitan la participación pública en la discusión de la decisión.

Claramente, desde un punto de vista político, la participación atenúa la brecha muchas veces existente entre el gobierno y la sociedad<sup>243</sup>, acerca a esos dos polos, los pone en contacto y habilita el diálogo, lo que, como se dijo, aumenta la legitimidad política de la administración.

La participación ciudadana en el procedimiento administrativo sirve, además, como herramienta propiciadora de que en el ámbito administrativo se produzcan intercambios de información realmente facilitadores de adopción de decisiones justas<sup>244</sup>.

---

<sup>241</sup> Cfr. Halpern, ob. Cit

<sup>242</sup> <http://www.oecd.org/gov/regulatorypolicy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>

<sup>243</sup> Cfr. Nino, p. 215. Ponce Solé, “Procedimiento administrativo, globalización...”, I, b), destaca que la ciudadanía demanda cada vez con mayor ahínco que se la tome en cuenta en la adopción de decisiones por parte de la Administración, que se le explique los motivos de éstas, manifestándose en forma violenta cuando percibe ausencia de diálogo en decisiones de alto impacto social.

<sup>244</sup> Cfr. Juan Carlos Cassagne, “La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA”,

El objetivo final debería ser que cada regulación tenga en su etapa de elaboración un período de participación pública efectiva y que la autoridad regulatoria tenga la obligación de considerar los comentarios de los interesados.

La Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas 39/2015 de España establece un sistema en línea con la OCDE<sup>245</sup>. Es interesante el caso español pues su derecho administrativo tiene similitudes con el Argentina.

La modificación podría consistir en una reglamentación que, de manera gradual, involucre a todas las agencias en procedimientos de consulta y comentario a la hora de dictar regulaciones generales.

También pueden impulsarse de manera gradual el uso de técnicas como la EIR, el análisis costo-beneficio, las agendas regulatorias.

---

L.L. 16/05/2011, p. 4, quien cita a Javier Barnes, “Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, en el libro *La transformación del procedimiento administrativo*, dirigido por Javier Barnes, Derecho Global, Sevilla, 2008, p. 24 y ss.

<sup>245</sup> Artículo 133. Participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos.

1. Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de: a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa. b) La necesidad y oportunidad de su aprobación. c) Los objetivos de la norma. d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

2. Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá también recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

3. La consulta, audiencia e información públicas reguladas en este artículo deberán realizarse de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberán ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia.

4. Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen. Cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia, podrá omitirse la consulta pública regulada en el apartado primero. Si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una Administración prevé la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquella.

### 3. Impulsar la adopción de políticas públicas basadas en la evidencia

Las regulaciones en Argentina no cuentan con exigencias especiales de motivación. Gordillo, por ejemplo, sostiene: “es en el acto individual donde con mayor severidad cabe reclamar la debida motivación, pudiéndose admitir en cambio mayor latitud en los actos de alcance general, de suyo más difíciles, por su misma generalidad, de ser concretamente fundados en cada una de sus disposiciones”<sup>246</sup>.

Las normas que ordenan la función administrativa pueden requerir a los reguladores basar sus decisiones en la evidencia – que luego debe hacerse pública a través de la motivación. Por eso, incrementar la exigencia de motivación en las regulaciones puede ser un puente a decisiones basadas en la evidencia.

Los estándares para la evaluación de las normas, deberán ser el producto de un proceso de análisis y desarrollo que, tomando como parámetros los estándares internacionales y las experiencias de otros países (y en particular de aquellos miembros de OCDE), considere las necesidades y en especial, las posibilidades del regulador argentino, de forma tal de que, estableciendo ambiciosos objetivos de largo plazo, puedan también alcanzarse metas incrementales de corto plazo. En el proceso de mejorar la calidad regulatoria y lograr un verdadero cambio cultural, es fundamental tener un diagnóstico adecuado del “dónde está” hoy la administración y una visión clara de hacia donde se quiere llegar. La implementación de procesos extirpados de otros sistemas distintos al argentino puede tener efectos negativos si no se considera de qué forma estos procesos pueden ser asimilados por el regulador local.

El cambio cultural será exitoso en la medida que los miembros de la administración pública y la sociedad en general perciban que el uso de la evidencia es útil, tiene resultados concretos que mejoran la calidad de las políticas públicas y logran un uso más eficiente de recursos. Estos resultados tangibles deben ser debidamente comunicados, procurando hacer una verdadera difusión de las conveniencias del uso de la evidencia, basado a su vez, en la evidencia.

### 4. Asunción del rol de coordinación y mejora regulatoria por la Secretaría Legal y Técnica

Todo cambio en una estructura propensa al *status quo* necesita lo que suele llamarse un campeón<sup>247</sup> que asuma la responsabilidad y la impulse. Un simple

---

<sup>246</sup> Agustín Gordillo, Tratado, cit., T. 3, capítulo 4, p. 6, disponible en [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo3/capitulo4.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo4.pdf)

<sup>247</sup> El cambio normativo puede quedar en la nada sin un compromiso político real y sin personas e instituciones que se hagan cargo de sacarlo adelante. Tiene el riesgo de

sumirse en la irrelevancia.

Las prácticas revisadas a nivel de la OCDE muestran que casi todos los países han establecido instituciones explícitamente encargadas de diseñar, implementar y controlar las políticas regulatorias<sup>248</sup>.

Esta institución debe ser capaz de unificar la agenda regulatoria de toda la administración con la suficiente cercanía al poder del presidente que asegure el cumplimiento de la agenda de mejora regulatoria.

En su función actual, la Secretaría Legal y Técnica reúne estas condiciones y puede funcionar como organismo encargado de avanzar con la reforma regulatoria.

---

Lessons from OECD Countries, <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/49081894.pdf> , p. 250.

<sup>248</sup> Ídem, p. 240. Es por ello que en las recomendaciones de 2012 arriba citadas la OCDE sugiere establecer mecanismos e instituciones para supervisar activamente los procedimientos y objetivos de la política regulatoria, apoyarla e implementarla.

## EPÍLOGO

### UN CAMINO QUE COMIENZA

El camino que comienza en este informe se abre a un futuro que depende de la voluntad de los reguladores y de la cultura de calidad regulatoria que se promueve. El camino que comienza en este informe se abre a un futuro que depende de la voluntad de los reguladores y de la cultura de calidad regulatoria que se promueve.

Llegar a los objetivos trazados en este informe requiere de diversas tareas. Algunas son acciones normativas, capaces de imponer obligaciones a los reguladores para que ajusten su labor a parámetros de calidad regulatoria. Otras se mueven en el ámbito cultural y promueven una indispensable mejora en el ecosistema regulatorio. Una cultura de calidad regulatoria es el ambiente adecuado para que estos esfuerzos fructifiquen.

El camino a seguir supone, entonces, (i) leves modificaciones normativas; y (ii) un enorme esfuerzo en la generación de cultura de calidad en la gestión pública. Debe entrenarse a cada uno de los reguladores a nivel nacional, provincial y municipal para estar a la altura de las circunstancias.

La calidad de las regulaciones marca a fondo la vida de las personas de un país. El funcionamiento de las cárceles, la manera de contratar, la educación pública, la salud pública, la recaudación de impuestos, el respeto por la propiedad, la simplificación administrativa, la facilidad para incorporar una sociedad, la sencillez para abrir una cuenta en un banco, la posibilidad de evitar la corrupción con la ayuda social: asuntos en los que, en mayor o menor medida, se juega la dignidad de la persona.

Constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad: objetivos trazados por la Constitución cuya consecución depende de la sencilla revolución de la gestión administrativa.

