



PERÚ

Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos



Guía sobre el análisis de impacto regulatorio: Introducción a la evaluación post regulatoria.

Guías para asesores jurídicos del Estado

ENRIQUE JAVIER MENDOZA RAMÍREZ

Ministro de Justicia y Derechos Humanos

JUAN TEODORO FALCONI GÁLVEZ

Viceministro de Justicia

JOSÉ MANUEL COLOMA MARQUINA

Viceministro (e) de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia

FERNANDO NOBLECILLA ZÚÑIGA

Secretario General

MIRIAM ISABEL PEÑA NIÑO

Directora General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria

ANA MARÍA VALENCIA CATUNTA

Directora de Desarrollo Jurídico y Calidad Regulatoria

**CATHERINE MARGARET NAVARRO ACOSTA DE
HERRERA**

Abogada de la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad
Regulatoria

Responsable de la revisión

OSCAR AUGUSTO SUMAR ALBUJAR

Consultor

Derechos Reservados

Decreto Legislativo N° 822

***Guía sobre el Análisis de Impacto Regulatorio: Introducción a la Evaluación
Post Regulatoria***

2017 - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria
Calle Scipión Llona 350, Miraflores, Lima 18

DISTRIBUCIÓN GRATUITA



Resolución Directoral

N° 004-2017-JUS/DGDNCR

Lima, 13 de diciembre de 2017

CONSIDERANDO:

Que, el literal b) del artículo 7 de la Ley N° 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos señala que este Ministerio tiene como función específica promover la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico nacional;

Que, de conformidad con lo establecido en los literales b), c) e i) del artículo 54 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2017-JUS, la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria es competente para promover la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico nacional, brindar asesoría jurídica a las entidades de la Administración Pública, así como coordinar las actividades funcionales de las Oficinas de Asesoría Jurídica o Gerencias Legales de las entidades del Sector Público con la finalidad de mantener la coherencia del ordenamiento jurídico;

Que, el análisis de calidad regulatoria *ex post* es una herramienta a través de la cual se revisa la regulación vigente con el objeto de determinar el logro de sus objetivos en política pública, así como su eficiencia, eficacia, impacto y permanencia;

Que, en ese sentido, resulta conveniente proveer a las entidades de la Administración Pública de una "Guía práctica sobre *sobre el análisis de impacto regulatorio: Introducción a la evaluación post regulatoria*", que contiene una descripción didáctica de la doctrina y experiencia comparada más relevantes referida a casos vinculados a la revisión de normas vigentes;



De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2017-JUS;

SE RESUELVE:

Artículo Único. Aprobación

Aprobar la primera edición de la "Guía sobre el análisis de impacto regulatorio: Introducción a la evaluación post regulatoria".

Regístrese y comuníquese.



Miriam Isabel Peña Niño

Directora General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	7-8
CAPÍTULO I: TEORÍAS Y APROXIMACIONES AL ANÁLISIS DE CALIDAD REGULATORIA	9
1. Teorías y aproximaciones al análisis de calidad regulatoria	9
CAPÍTULO II: TEORÍAS DE LA REGULACIÓN	12
2. Teoría de la Regulación	12
2.1. ¿Qué es la regulación económica?	13
2.2. Justificaciones de la regulación: fallas de mercado y justificaciones extra Económicas	14
2.3. Explicaciones de la regulación	16
2.4. ¿Qué es la “buena regulación”?	18
CAPÍTULO III: FALLAS Y RIESGOS DE LA REGULACIÓN	20
3. Fallas y riesgos de la regulación	20
3.1. Fallas en la justificación de la regulación	20
3.2. Fallas en la evaluación de efectos y costos	21
3.3. Presión de grupos de interés	24
3.4. Fallas cognitivas de los reguladores	24
CAPÍTULO IV: MIDIENDO EL IMPACTO DE LA REGULACIÓN	26
4. Midiendo el impacto de la Regulación	26
4.1. Diferencias entre análisis ex ante y ex post	28
4.2. Análisis de impacto regulatorio (RIA)	28
4.3. Análisis costo-beneficio	31
4.4. Variaciones del ACB	32
4.5. Test de proporcionalidad	34
4.6. Seguimiento ex post	35
4.7. Aproximación pragmática a la regulación	36
CAPÍTULO V: PROCESOS LEGALES Y REGULACIÓN	40
5. Procesos legales y regulación	40
CAPÍTULO VI: EXPERIENCIA COMPARADA EN EL ANÁLISIS DE REGULACIÓN	42
6. Experiencia comparada en el análisis de regulación	42

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	47
ANEXO I: Sección de preguntas y respuestas	48
ANEXO II: Ejemplo de aplicación del test de proporcionalidad	51
ANEXO III: De la obligación de hacer ACB en los Congresos del mundo	53
BIBLIOGRAFÍA	55

INTRODUCCIÓN

El tema “calidad regulatoria” es relevante dentro de una política general de Estado que busque mejorar la gobernabilidad y contribuir al bienestar social. La mejora regulatoria implica un proceso en el que las acciones del gobierno, sus fines y medios, se hacen más transparentes para los ciudadanos y son evaluadas con métodos racionales. El objetivo último es lograr que la regulación logre sus objetivos a costos razonables.

La regulación puede generar costos que se miden en cientos de millones de dólares, si se le acumula en periodos de decenas de años. El reconocido Mercatus Center de la George Mason University realizó un estudio usando una base de datos de 22 industrias en el periodo entre 1977 y 2012, en el cual cuantificó el costo de la regulación para dichas industrias. Encontraron, por ejemplo, que la economía americana era 4 trillones de dólares más pequeña por el incremento de regulación desde 1980¹.

Estos costos pueden ser evitados si tenemos métodos para evaluar y mejorar la calidad de nuestra regulación. En ese sentido, esta guía busca mostrar conceptos básicos acerca de lo que significa “regulación”; las teorías actuales que la estudian; las justificaciones para la intervención del Estado en la Economía; las fallas típicas de la regulación; y, los métodos para evaluar la regulación, a fin de contribuir al objetivo de que nuestros funcionarios públicos emitan normas que sean racionales.

En esta guía se utilizará tanto terminología legal como económica, pues el tema "calidad regulatoria" es uno donde existe una indisoluble unión entre ambas disciplinas. Varios de los más importantes estudiosos del tema son -o han sido- economistas.

Por otro lado, se mostrará la experiencia internacional y se recurrirá a doctrina producida preminentemente en países y universidades anglosajonas. Son los profesores de Estados Unidos y el Reino Unido, sobre todo, los que han desarrollado los conceptos como "Análisis Costo-Beneficio (ACB)" que están en el corazón de cualquier metodología de evaluación de normas.

1 COFFEY, Bentley; MCLAUGHLIN, Patrick A. y Pietro PERETTO. The Cumulative Cost of Regulations. Mercatus Working Paper. 2016.

Esperamos que esta guía pueda contribuir a mejorar el entendimiento y la práctica de creación de normas en Perú, sobre todo tomando en cuenta que históricamente hemos fallado en la justificación de proyectos normativos, tanto a nivel legislativo² como a nivel de organismos reguladores³. Esta guía contribuirá a que las normas estén mejor justificadas y que sus costos no excedan a sus beneficios.

Diciembre 2017

-
- 2 ARIAS-SCHREIBER, Félix; VALDIVIESO, Luis y Antonio, PEÑA. Balance y perspectivas de la aplicación del análisis costo beneficio ACB en los proyectos de ley del Congreso de la República del Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2014.
- 3 QUINTANA, Eduardo. “Análisis de Impacto Regulatorio en la Regulación Peruana de Servicios Públicos”. En: Derecho y Sociedad No. 36. Lima, pp. 15-29.

CAPÍTULO I

Teorías y aproximaciones al análisis de calidad regulatoria

Cuando el 17 de febrero de 1981 el Presidente Ronald Reagan emitió la Executive Order (E.O.) 12291 -que volvía obligatorio el uso del Regulatory Impact Assessment-RIA (cuya base es el ACB) en las "agencias regulatorias"- generó un amplio debate tanto económico, como político e incluso filosófico acerca de la pertinencia de su uso.

Tal como se señaló en un artículo publicado el 7 de noviembre de 1981 en The New York Times, "(...) al hacer que la cuantificación de los pros y contras de los actos administrativos sea un elemento central de la política pública, el Presidente ha tocado un intenso tema de debate económico, político y filosófico"⁴.

El debate se extiende, por lo menos, a tres preguntas centrales:

- (i) ¿Son las herramientas económicas las mejores para medir la calidad de la regulación?
- (ii) ¿El fin de un proceso de "análisis de calidad regulatoria" es la desregulación o mejorar la regulación?
- (iii) ¿La regulación responde al interés público o a intereses creados?

En el fondo, todas las preguntas tienen una misma base: si tener una aproximación economicista o mas bien integral hacia el proceso regulatorio. Los críticos a la aproximación economicista -o basada en la eficiencia económica- habitualmente esgrimen los siguientes puntos⁵, entre otros:

- (i) No sería ético cuantificar todos los aspectos de la vida.
- (ii) El ACB puede ser manipulado políticamente⁶.

4 SHABECOFF, Philip. "Reagan Order on Cost-Benefit Analysis Stirs Economic and Political Debate". En: The New York Times. Publicado el 7 de noviembre de 1981.

5 Para una discusión detallada de estos puntos, recomendamos revisar: FRANK, Robert. "Why is Cost-Benefit Analysis So Controversial?". En: ADLER, Matthew y POSNER, Eric. Cost-Benefit Analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives. The University of Chicago Press. 2001. pp. 77-94.

6 BOARDMAN, Anthony; GREENBERG, David; VINING, Aidan y WEIMER, David. Cost-Benefit Analysis. Concepts and Practice. Pearson. 2011. p. 15

(iii) Existen muchos bienes más allá de la eficiencia que deberían ser considerados⁷.

(iv) Existen mejores -más flexibles- método de evaluación de normas.

En realidad, todas estas objeciones pueden ser contestadas, salvo la última, por lo cual se han desarrollado métodos alternativos de evaluación, destacando el RIA-Pragmático, que desarrollaremos más adelante⁸. Entonces, si bien no hay una oposición frontal hacia la utilización del RIA, se tiende a relativizar su importancia.

Por otro lado, el fin de un proceso de calidad regulatoria varía dependiendo del país o de la época que se mire. En Latinoamérica hemos sido objeto de las idas y venidas de la política en Estados Unidos y sus cambios de orientación durante décadas acerca del rol del Estado en la Economía.

Esto último ha sido descrito por el profesor Álvaro Santos al referirse a "The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development". En una primera etapa, el énfasis estuvo en el Rule of Law. En esta etapa no importaba el contenido de las normas, sino que éstas sean cumplidas. Se inspira en el trabajo de Max Weber.

La segunda etapa es la que llamamos "El Consenso de Washington", que si se identifica -al menos superficialmente- con la desregulación y el libre mercado. Esta etapa se inspira en el trabajo de Hayek.

La tercera etapa, donde estamos ahora, es la llamada "Human Capabilities", en la que se combina la estabilidad económica -y respeto a grandes rasgos del libre mercado- con la búsqueda por mejorar las condiciones de vida de las personas. Esta tercera etapa se inspira en el trabajo de Amartya Sen⁹.

Las ideas desregulatorias -o neoliberales- y su impacto en Latinoamérica fue ambiguo y no duró mucho tiempo. La retórica de Washington hizo coexistir en muchos puntos las tres aproximaciones descritas en el párrafo anterior. El resultado es que ni siquiera en el Estados Unidos de Reagan se tuvo una tendencia clara hacia la desregulación¹⁰. De manera similar, las ideas sobre el objetivo del análisis de calidad regulatoria dieron un vuelco; empezando

7 Ibidem p. 44.

8 Ver sección 4.7 de esta guía.

9 SANTOS, Alvaro. The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. 2006.

10 MEINERS, Roger y YANDLE, Bruce. "Regulatory Lessons from the Reagan Era: Introduction". En: MEINERS, Roger y YANDLE, Bruce (editores). Regulation and the Reagan Era. Politics, Bureaucracy and the Public Interest. The Independent Institute. 1989. p. 3.

como ideas desregulatorias para convertirse en ideas sobre cómo hacer "better regulation" (mejor regulación)¹¹.

La visión economicista del proceso también ha sido moderada, pues ahora se admite que el ACB es sólo informativo; que existen otros métodos o aspectos que evaluar; y, que los costos y beneficios sean cualitativos, antes que cuantitativos. Incluso se puede sostener que "el ACB tiene una influencia modesta en el proceso de creación de políticas públicas"¹².

Sin perjuicio de lo anterior, tal como desarrollaremos en las siguientes secciones, la Economía tiene un rol central en la explicación de por qué existe regulación en primer lugar y la respuesta a la pregunta sobre cuáles son -formalmente- las justificaciones para regular.

11 BALDWIN, Robert, CAVE, Martin y LODGE Martin. *Understanding Regulation Theory, Strategy, and Practice*. Oxford University Press, New York, 2012, p. 317 "mejor (en oposición a menos)". Traducción libre de: "(...) better (as opposed to less)". En Estados Unidos, Obama contrató a Cass Sunstein como "zar Regulatorio" (director de la Office of Information and Regulatory Affairs, OIRA). Siendo Sunstein un proponente del "paternalismo libertario", se puede vislumbrar cómo la aproximación hacia el proceso regulatorio ha dado un vuelco en dicho país también.

12 BOARDMAN et al (2011) p. 41.

CAPÍTULO II

TEORÍAS DE LA REGULACION

El tema de la “calidad regulatoria” ha sido estudiado sobre todo desde la Economía. Por tanto, la historia sobre la definición de lo que es una buena norma y el estudio de la regulación económica están muy ligados.

El estudio de las justificaciones de la regulación ha pasado por diversas etapas: desde la teoría del “interés público”, luego formalizada en la teoría sobre fallas de mercado; pasando por la teoría de la captura, para llegar a la teoría actual: la Teoría Económica de la Regulación (TDR) o Escuela de Chicago¹³.

La TDR entiende que el proceso político responde a los mismos incentivos y puede ser estudiado utilizando conceptos semejantes a los de cualquier mercado: bien, oferta, demanda, precio y utilidad. Utilizando estos conceptos y sus formalizaciones, podemos intentar predecir qué mercados serán regulados, en qué medida lo serán y a quién beneficiará dicha regulación.

Una variante de la TDR es la Public Choice (Escuela de Virginia)¹⁴. La Public Choice no solo intenta predecir el resultado de la regulación, sino que incluso va un paso más allá para proponer formas de intervenir en el proceso político para asegurar que el resultado sea más acorde con el interés público. Habitualmente esos cambios se realizarán al nivel constitucional, haciendo la salvedad de que su definición de “constitucional” no es la misma que manejamos en términos legales, sino que se refiere a los fundamentos del proceso político, estén escritos o no en una constitución.

Desde una visión más tradicional o dogmática del Derecho, nosotros estudiamos la forma en que una norma debe ser interpretada o si es compatible con el sistema jurídico. Desde la visión económica, por el contrario, nuestro interés está centrado en los efectos de la regulación¹⁵.

13 VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON Jr, Joseph E. y VERNON, John M. *Economics of Regulations and Antitrust*. The MIT Press. London, 2005, pp. 375 a 389.

14 Para una revisión de las distintas escuelas de Public Choice, recomendamos revisar: MITCHELL, William. "The old and new public choice: Chicago versus Virginia". En: SHUGHART, William y Laura RAZZOLINI (editores). *The Elgar Companion to Public Choice*. Edward Elgar. 2001. pp. 3-32.

15 CALABRESI, Guido. "Una introducción al pensamiento legal: cuatro aproximaciones al derecho y la disposición de partes del cuerpo". En: *Ius Et Veritas* No. 32, 2006, pp 26-54/ COHEN, Félix S. *El método funcional en el Derecho*. Abeledo Perrot. S.A., 1962, Buenos Aires.

2.1. ¿Qué es la regulación económica?

Existen diversas definiciones sobre lo que es “regulación económica”. De acuerdo a Viscusi, Harrington y Vernon, lo que caracteriza a la regulación económica es que ésta resta poder de decisión a los agentes económicos sobre aspectos de los productos como la calidad o el precio.

“(...) el recurso clave del gobierno es su poder de coerción. La regulación es el uso de ese poder para el propósito de restringir las decisiones de los agentes económicos. (...). Regulación económica típicamente se refiere a las restricciones impuestas por el gobierno sobre el precio, la cantidad [de productos], y barreras de entrada o salida [al mercado]”¹⁶.

Los autores, así, distinguen a la regulación económica de otras formas de intervención del gobierno, como a través de impuestos. Esta distinción lleva - a su vez - a distinguir entre regulación y “alternativas” a la regulación.

De acuerdo a Breyer, existe una regulación tradicional que incluye la regulación de tarifas y los estándares de calidad, y otra alternativa que incluye los deberes de revelar información y la responsabilidad civil¹⁷.

Cuadro 1. Regulación clásica versus alternativas

Regulación clásica	Alternativas
Fijación de precios (tarifas)	Responsabilidad civil
Fijación de estándares	Deberes de revelar información
Prohibiciones	Incentivos tributarios

En el cuadro precedente, se detallan algunos ejemplos de regulación alternativa que puede ser usada en lugar de la regulación clásica, al tener en algunos casos los mismos efectos, pero distorsionando menos el libre mercado.

Desde otra perspectiva, regulación económica es la que intenta disminuir el precio de los productos, lo cual, la diferencia de la regulación medio ambiental o relacionada a la salud que -por el contrario- busca internalizar

16 VISCUSI, op. cit. p 357. “(...) the key resource of government is the power of coerce. Regulation is the use of this power for the purpose of restricting the decisions of economics agents. (...) Economic regulation typically refers to government-imposed restrictions on firm decisions over price, quantity, and entry and exit”.

17 BREYER, Stephen. Regulation and Its Reform. Harvard University Press. 1982.

los costos sociales que generan ciertas actividades económicas y que tendrá -muchas veces- el efecto de incrementar los precios¹⁸.

A pesar de las distinciones teóricas, desde una visión moderna de la economía¹⁹, casi cualquier actividad humana puede ser estudiada y analizada bajo las reglas de un mercado y por lo tanto cualquier norma puede ser vista bajo los mismos principios de la regulación económica²⁰.

2.2. Justificaciones de la regulación: fallas de mercado y justificaciones extra económicas

Como ya indicamos, en la Teoría de la Regulación se admite que la explicación de la regulación es la operación del proceso regulatorio como un mercado, donde ganará el mejor “postor”; pero -desde el punto de vista normativo, en oposición al positivo²¹- se entiende que la justificación de la regulación deberían ser las fallas de mercado. A continuación, describiremos cuáles son las típicas fallas de mercado²²:

Monopolios naturales

Es la situación donde lo más eficiente es que haya un solo productor porque el costo marginal de producir un bien es decreciente (los costos hundidos son altos). Al aceptar e incluso promover un monopolio, el Estado admite la posibilidad de que la empresa monopólica cobre “precios monopólicos”, por lo que la regulación se hace necesaria.

El concepto de monopolio natural ha sido discutido, en el sentido en que si bien algo puede ser un monopolio hoy, nada impide que mañana pueda dejar de serlo debido a cambios en la tecnología que son -en principio- impredecibles o muy difíciles de calcular.

18 ASHFORD, Nicholas A. “Alternatives to cost-benefit analysis in Regulatory Decisions”. En: *Annals of the New York Academy of Sciences*. New York Academy of Sciences, 1981, New York, p. 129.

19 BECKER, Gary S. "A Theory of Social Interactions." *Journal of Political Economy*, Vol. 82, No. 6, 1974, pp. 1063-1093 y "A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence". *Quarterly Journal of Economics* 98, 1983, pp 371-400.

20 POSNER, Richard A. "Theories of Economic Regulation," 5 *Bell Journal of Economics and Management Science* Vol. 5, No. 2., 1974, pp. 335-358.

21 Una teoría es “positiva” cuando describe la realidad y es “normativa” cuando recomienda como debería ser. Hoy en día no se entiende que las fallas de mercado describan la realidad de porqué se dicta la regulación, sino que se dice que idealmente debería regularse cuando hay fallas si lo que se busca es la eficiencia económica.

22 KHAN, Alfred. *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*. MIT Press. 1988.

Un ejemplo de un mercado que fue catalogado como un “monopolio natural” en Perú es el de la telefonía. En 1995 se le concedió un monopolio legal a Telefónica del Perú S.A.A. bajo la excusa de que ésta era un monopolio natural. Sin embargo, años después ha quedado ampliamente demostrado que la competencia en el mercado de las telecomunicaciones no solo era posible, sino que era deseable.

Externalidades

Llamamos externalidad al caso en que las actuaciones en un mercado tienen efectos en otro, sea positivo (dando un beneficio no contratado o pagado) o negativo (imponiendo un costo). Así, las externalidades se dividen entre “externalidades positivas” (o “bienes públicos”) y “externalidades negativas”.

Un bien será “público” cuando su consumo sea “no exclusivo” y “no rival”. Un ejemplo de externalidad positiva o bien público es la defensa externa de un país. Dado que la defensa externa beneficia a todos los habitantes de un país, aun cuando no participen de ella, existe lo que llamamos “free-riders” o personas que se benefician sin pagar por algo. El efecto de los free-riders es que tienden a desincentivar la producción de bienes. La predicción es que -si el Estado no asumiera la defensa externa- nadie lo haría o se haría en una cantidad muy limitada.

Existen otros casos donde, a pesar de que el bien tiene algunos elementos de “bien público”, el productor de ese bien tiene la posibilidad de internalizar las ganancias de producirlo. Este es el caso de la información, por ejemplo. Si las noticias tienen características de “bien público”, ¿por qué existen noticieros y periódicos? La respuesta es que las empresas de comunicaciones pueden internalizar los beneficios a través del cobro de publicidad en sus plataformas.

Por otro lado, tenemos a las “externalidades negativas”. El típico ejemplo de externalidad negativa es la contaminación ambiental. Para que una externalidad negativa pueda ser usada como una justificación para regular debe presentar dos características: debe ser suficientemente grande y no debe poder ser corregida por el mercado.

Un ejemplo de una externalidad soft (o leve) es cuando nuestras creencias afectan a otras personas. Un ejemplo de externalidad negativa que es solucionada por el mercado es el caso de la discriminación en el empleo. La persona que discrimina, al reducir sus posibilidades, debe pagar más por los trabajadores que contrata. Así, el mercado “penaliza” la discriminación y la acerca al nivel económico de discriminación. Cabe hacer la aclaración de que un tema como la discriminación no se aborda sólo -ni principalmente- desde la perspectiva económica por lo que es muy probable que la sociedad tenga motivos morales (extra económicos) para regular la discriminación así no se presente técnicamente una externalidad.

En cualquiera de los dos casos, además, debemos considerar la alternativa de que la regulación estatal pueda ser más costosa que la falla de mercado.

Es decir, aun cuando haya una externalidad y ésta no sea resuelta por el mercado; aun así regular podría ser una mala alternativa si es que la regulación estatal impone costos a la sociedad que superan el costo de “soportar” el mercado.

Asimetría informativa

Existe asimetría informativa cuando una de las partes en una relación comercial no puede distinguir la calidad de los productos en un mercado. Muchas veces se confunde “asimetría informativa” con que las partes tengan diferentes niveles de información. Pero el que las partes no compartan toda la información es casi un presupuesto del mercado.

El desequilibrio en la información es relevante cuando:

- i. Determina la incapacidad de distinguir un “buen” de un “mal” producto.
- ii. El mercado no puede resolver el problema de falta de información.

Si existen estos dos factores, entonces ocurre lo que llamamos “selección adversa” o coloquialmente “el mercado de los limones”. Cuando existe un mercado de los limones²³, las personas solo están dispuestas a pagar el precio promedio de los productos, desincentivando a los productores de mayor calidad a permanecer en el mercado. En este escenario, la calidad de los productos desciende por debajo del óptimo.

2.3. Explicaciones de la regulación

Como ya hemos adelantado, la teoría actual que explica las normas es la Teoría Económica de la Regulación. Dentro de ésta, se ha puesto énfasis en que muchas veces las normas responden a intereses privados antes que al “bien común”. Tal como ha señalado McCormick, *“La literatura empírica tiene un tema recurrente: la regulación es habitualmente beneficiosa para las empresas reguladas”*²⁴.

De manera más detallada, se han creado teorías que explica -en casos específicos- porqué existen las normas:

23 AKERLOF, George. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. En: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 84, No. 3 (Aug., 1970), pp. 488-500.

24 McCORMICK, Robert. "A Review of the Economics of Regulation: The Political Process". En: MEINERS, Roger y YANDLE, Bruce (editores). Regulation and the Reagan Era. Politics, Bureaucracy and the Public Interest. The Independent Institute. 1989. p. 21.

(i) El Efecto California²⁵

En el caso del *Efecto California*, tenemos que una empresa actúan en más de una jurisdicción al mismo tiempo (digamos Perú y Ecuador). Imaginemos que la empresa soporta regulación más estricta en Ecuador que en Perú. Si la empresa planea expandir sus operaciones a Perú, le convendrá que en Perú se adopte el mismo estándar regulatorio que en Ecuador, desde que ella (i) ya cumple con dichas regulaciones; y, (ii) sus competidoras peruanas tendrán que asumir costos extra, volviéndose menos competitivas.

Anteriormente se ha señalado que el *Efecto Delaware*²⁶ explica cómo es que las jurisdicciones compiten por atraer inversión, relajando sus regulaciones; pero, en realidad, si bien esto explica una porción minoritaria de las normas (o la ausencia de ellas), la mayoría es explicada por el Efecto California que -por el contrario- nos lleva a más regulación.

(ii) Bootleggers and Baptists²⁷

En muchos casos, la regulación es apoyada tanto por la industria a la que va dirigida, como por grupos con un interés genuino en el tema. En el ejemplo original de Yandle, tanto los contrabandistas de alcohol como los bautistas, ambos, estaban a favor de prohibir la venta de alcohol los domingos. Los contrabandistas solo tienen un mercado si los productos están prohibidos.

En casos más actuales, las prohibiciones a la venta del tabaco, por ejemplo, restricciones a la publicidad de cigarrillos, benefician a la industria tabacalera, mientras que son compatibles con los intereses de los grupos que abogan por reducciones en el consumo del tabaco.

El efecto de reducir la publicidad es aumentar el precio. El efecto de la reducción del precio depende de la elasticidad de la demanda -la elasticidad a su vez depende de si existen productos que los consumidores consideren sustitutos de un bien.

Los bienes adictivos, típicamente, tienen elasticidad baja. Es decir, la reducción de la publicidad del tabaco solo aumentará el precio y reducirá la competencia, sin reducir el consumo de tabaco.

Por eso, las tabacaleras no se oponen realmente a estas normas, mientras que -paralelamente- son apoyadas por grupos que -sinceramente- quieren

25 VOGEL, David. *Trading Up. Consumer and Environmental Regulation in a Global Economy*. Harvard University Press. 1995. Ver capítulo 8.

26 SUBRAMANIAN, Guhan. *The Disappearing Delaware Effect*. En: *Journal of Law, Economics, & Organization* Vol. 20, No. 1 (Apr., 2004), pp. 32-59.

27 SMITH, Adam y YANDLE, Bruce. *Bootleggers and Baptists*. Cato Institute. 2014.

mejorar la salud de la población. En este ejemplo, los vendedores de tabaco serían los bootleggers y los grupos anti-tabaco serían los baptists.

En ese escenario, los únicos perjudicados serían los consumidores, por lo que no es de extrañar que se haya descubierto que la cantidad de regulación anti-tabaco aumenta de manera inversamente proporcional a la cantidad de fumadores. Mientras menos fumadores hay, es más probable que se dicte regulación anti-tabaco.

2.4. ¿Qué es la “buena regulación”?

Una buena norma debe cumplir, al menos, con los siguientes parámetros:

- i. Responder al interés público: muchas veces se define el objetivo de las normas como “defensa de los consumidores” y, en la práctica terminamos beneficiando a empresas. En realidad, ni unos ni otros deberían ser los beneficiarios de la regulación, sino la sociedad. Cuál es el beneficio social es, a su vez, algo difícil de definir. Desde el punto de vista económico, el bien público equivale a tener acceso a más bienes a un menor precio. Esto, a su vez, depende de estar frente a un libre mercado. Desde este punto de vista, la finalidad de la regulación es reducir fallas o, en otras palabras, acercar los precios al óptimo.
- ii. Estar basada en evidencia: muchas veces las normas responden a ideas preconcebidas acerca de asuntos de interés público, pero que no descansan en evidencia. Desde este punto de vista, el “sentido común” es enemigo de las regulaciones razonables. Se requiere revisar estudios o hacer estudios que ayuden a determinar cuáles serán los efectos y los costos de las empresas.
- iii. Haber sido dictada luego de seguir algún procedimiento de evaluación previa: muchas veces las ideas (proyectos) de normas preceden a los análisis que se incluyen en la exposición de motivos. Lo ideal es que, antes de expedirse una norma, se realice una evaluación que -por lo menos- incluya las siguientes etapas: definición del problema, evaluación de alternativas y definición de la alternativa elegida.

En función a esto, una regulación adecuada, pasa por las siguientes etapas:

- Se identifica un problema que -en el caso de regulación económica- coincide con las fallas de mercado.
- Se proponen alternativas, dentro de las cuales se incluye la desregulación o “no hacer nada”.
- Se comparan las alternativas entre ellas, usando la evidencia que se encuentre sobre sus posibles efectos y costo.
- Finalmente, se define la alternativa que será escogida, utilizando -entre otras- la información derivada de este análisis con inclinación económica.

Yendo más allá del polémico (según los autores) criterio de eficiencia o *maximización de la utilidad*, Baldwin y otros²⁸ han propuesto extender a cinco los criterios, considerando otros que tienen mayor cabida en el debate público sobre regulación:

- i. Tiene la autoridad competencia (legal) para regular un determinado tema o -en otras palabras- si la norma pasaría un test de legalidad o constitucionalidad?
- ii. Existe un control sobre la discrecionalidad que pudiera ejercer la autoridad al aplicar dicha regulación?
- iii. El regulador usa procesos que son justos (debido proceso) al aplicar la norma?
- iv. El regulador tiene suficiente *expertise* en la materia que intenta regular?
- v. Es la regulación eficiente?

Breyer, en términos más simples, definió una 'buena regulación' como la norma que "logra a un costo no tan elevado los objetivos de política que un consenso de observadores racionales consideraría de interés público"²⁹.

28 BALDWIN, Robert, CAVE, Martin y LODGE Martin. *Understanding Regulation Theory, Strategy, and Practice*. Oxford University Press, New York, 2012, pp. 26-31.

29 BREYER, Stephen. "Analizando el fracaso de la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma". En: *Themis-Revista de Derecho* 52. 2005. p. 10.

CAPÍTULO III

FALLAS Y RIESGOS DE LA REGULACION³⁰

Existen muchas situaciones y fallas en el proceso regulatorio, las mismas que pueden ser agrupadas como: (i) fallas en la justificación de la regulación; (ii) fallas en la evaluación de efectos y costos de la regulación; (iii) presión de grupos de interés. Adicionalmente, haremos referencia brevemente a problemas cognitivos que se encuentran particularmente al momento de regular.

3.1. Fallas en la justificación de la regulación

La primera falla típica de la regulación consiste en no tener una justificación -económicamente- válida para regular. Esto puede pasar, a su vez, por varios motivos:

- a. No entender que el nivel óptimo de los bienes o males³¹ no es infinito o cero, respectivamente: Si bien puede parecer o ser chocante para alguien, económicamente no perseguimos que hayan cero -digamos- accidentes de tránsito o corrupción, desde el lado de los males; pero tampoco infinita salud o calidad de algún servicio. Lo que buscamos -nuevamente, desde lo económico- es que las personas alcancen el nivel óptimo de cualquier bien o mal o -lo que es lo mismo- que transen dichos bienes o males en un libre mercado. Si sabemos que “infinito” no es el nivel óptimo de ningún bien -fuera del criterio económico- no tenemos otro parámetro para determinar el nivel “deseable” de cualquier bien.
- b. Utilizar definiciones “laxas” de las fallas de mercado: muchas veces los reguladores argumentan que existe alguna falla de mercado pero utilizando definiciones que harían posible encontrar dicha falla no en ese, sino en todos los mercados.
- c. No tomar en cuenta que el mercado se puede corregir a sí mismo o que no es una foto: en algunos casos se puede encontrar una falla de mercado, pero en un mercado nuevo que -si se deja libre- podría evolucionar en el futuro corrigiendo la falla. Este sería el caso, por ejemplo, de un mercado donde no hay competencia hoy, pero nada quita que la haya en el futuro por cambios en la tecnología disponible.

30 Está sección está inspirada en: SUMAR, Oscar. "Cinco errores frecuentes en la justificación de proyectos legislativos: una perspectiva económica". En: Themis-Revista de Derecho 62. 2012.

31 En la jerga económica se conoce como “bien” aquello por lo que estamos dispuestos a pagar para obtener y “mal” a lo que estamos dispuestos a pagar para evitar.

3.2. Fallas en la evaluación de efectos y costos

- a. No considerar los costos ocultos de la regulación y el “Efecto Peltzman”: muchas veces al dictar normas no tomamos en cuenta que éstas pueden tener el efecto exactamente inverso al esperado. Eso puede suceder porque la norma genera incentivos que hacen variar el comportamiento de los destinatarios.

El problema ocurre cuando el regulador no ha anticipado el antedicho comportamiento. El "Efecto Peltzman" tiene que ver con el riesgo moral. Sam Peltzman fue un profesor de la Universidad de Chicago que descubrió que cuando las personas usaban cinturón de seguridad conducían de manera más arriesgada, por lo que la norma que obligaba a las personas a usar cinturón de seguridad tenía el efecto exactamente inverso al pensado³².

- b. Confundir costos económicos con costos contables: muchas veces se cae en el error de evaluar los costos contables de las normas, por ejemplo, evaluar cuánto tendrían que destinar el Estado o una empresa para hacer cumplir o cumplir con una norma.

Sin embargo, esos no son realmente costos en el sentido económico, sino mera redistribución. Como ya adelantamos, el costo o beneficio económico tiene que ver con pérdidas o ganancias de eficiencia lo que -a su vez- tiene relación con acerca los precios de los productos al óptimo.

- c. Confundir beneficio con redistribución: muchas veces se define el éxito de una norma en función a lo que ésta ha logrado para que la sociedad alcance un nivel más alto de cualquier bien (por ejemplo, medio ambiente sano).

Sin embargo, en el ejemplo anterior, la mejoría del medio ambiente siempre se va a hacer -por definición- sacrificando la productividad. La sociedad no mejora cuando reducimos la productividad y convertimos en más sano nuestro medio ambiente, necesariamente.

Para saberlo, tendríamos que conocer las preferencias de la sociedad. Justamente para saber las preferencias de la sociedad, debemos dejar actuar al mercado lo que -a su vez- generará el beneficio económico de tener la combinación óptima entre medio ambiente y productividad.

32 PELTZMAN, Sam. "The Effects of Automobile Safety Regulation". En: *Journal of Political Economy* Vol. 83, No. 4 (Aug., 1975), pp. 677-726

El Efecto Peltzman y la importancia del concepto de “sustitución”

En la mayoría de los casos, las regulaciones no cumplen con el primer criterio (adecuación) porque tienen efectos contrarios a los originalmente pensados. Por esto, es bastante útil y práctico poner énfasis en la evaluación del efecto de las normas para comprobar si son adecuadas o no. Habitualmente, las normas cambian los precios de los bienes, por lo que es muy probable que generen cierto nivel de sustitución. Hay que mirar con cuidado cuáles son los bienes sustitutos que reemplazarán a los regulados, pues podrían tener peores resultados -en función al objetivo de la norma- que el bien que se intenta regular. Aquí, algunos ejemplos:

*Ejemplo 1: restricciones en el horario para compra de bebidas alcohólicas*³³

En Estados Unidos, algunos estados decidieron poner restricciones en el horario para la compra de alcohol. Esto, en la práctica, equivale a subir el precio del alcohol. Algunas personas comenzaron a cruzar a otros estados a comprar cuando llegaba la hora de la prohibición. Esto hacía que algunos manejaran ebrios en la carretera. Si no hubiese existido la prohibición, se hubiesen quedado en el bar o ido caminando a sus casas cerca. De este modo, la norma incrementó los accidentes de tránsito. Es lo que llamamos “sustitución territorial”.

Adicionalmente, algunos consumidores de alcohol, dada la prohibición, decidieron reemplazar el alcohol por droga, lo que fue medido en la cantidad de delitos cometidos bajo la influencia de la droga luego de aprobada la norma. Es lo que llamamos “sustitución de productos”.

En un ejemplo similar, en un estadio de fútbol americano donde las personas ebrias solían pelear en medio de los partidos, decidieron prohibir la venta de alcohol dentro del estado. En el siguiente partido, como no era muy difícil imaginar, la venta de alcohol se trasladó a las afueras del estadio en puestos ambulantes. Los aficionados tomaron antes de entrar al partido, con la diferencia de que tomaron más rápido, no durante las tres horas que dura un partido de fútbol americano, aproximadamente. El resultado fue: más intoxicación y más peleas. Esto es lo que llamamos “sustitución temporal”.

33 BOYES, William J. y Roger L. FAITH. “Temporal Regulation and Intertemporal Substitution: The Effect of Banning Alcohol at College Football Games”. En: *Public Choice* 77. 1993. ADAMS, Scott y Chad COTTI. “Drunk driving after the passage of smoking bans in bars”. En: *Journal of Public Economics* 92. 2008. pp. 1288-1305. ONLIN, Michael; PEPPER, John; y, Stacy DICKERT-CONLIN. “The Effect of Alcohol Prohibition on Illicit-Drug-Related Crimes”. En: *Journal of Law and Economics* 48. The University of Chicago. 2005. HUNT, Priscillia; RABINOVICH, Lila; y, BAUMBERG, Ben. “Preliminary assessment of the economic impacts of alcohol pricing policy options in the UK”. RAND Technical Report. 2010.

*Ejemplo 2: corrupción en China*³⁴

En China, decretaron la pena de muerte para corruptos. Sin embargo, la norma tuvo el efecto exactamente inverso al esperado. Fuera de desincentivar el delito, la pena de muerte generó un incentivo para “invertir” en reducir la capacidad del Estado en atrapar a los corruptos. Hizo que sofisticaran sus métodos de corrupción, por un lado; y, que neutralizaran a los testigos o fiscalizadores, sea asesinandolos o corrompiéndolos.

Esta última variable explicaba el incremento en las cifras de corrupción luego de implantada la pena de muerte. Donde antes un funcionario podía aceptar el riesgo de ser atrapado o incluso soportado la cárcel, ahora tenía incentivos muy altos para corromper a otros funcionarios con tal de no ser atrapados.

*Ejemplo 3: “enforcers” en el hockey sobre hielo*³⁵

Tradicionalmente, en el hockey profesional -NHL- se solía contar con un jugador en la cancha que era especialista en pelear, no en jugar. El objetivo era que si algún jugador rival golpeaba a algún “talentoso” de su propio equipo, el *enforcer* le hiciera pagar cuentas.

Luego de la trágica muerte de un *enforcer* luego de una pelea, la liga decidió prohibir las peleas dentro de la cancha de manera más estricta (hasta ese momento, era muy permisivos con el tema, al punto que las peleas se consideraban legítimamente parte del juego).

La justificación fue que los golpes que se propinaban los *enforcers* generaban contusiones cerebrales. Sin embargo, no se tuvo en cuenta que el 95% de las lesiones provenían de golpes durante el juego -no en las peleas- y que la mayoría no eran producto de golpes en la cabeza, sino de partes del cuerpo. El resultado, luego de prohibir los *enforcers*, las contusiones aumentaron en lugar de disminuir.

*Ejemplo 4: las multas son precios y las profesoras se convierten en niñeras*³⁶

Unos investigadores reseñaron el caso ocurrido en un nido en Israel, donde unas maestras estaban molestas con los padres porque éstos demoraban mucho en recoger a sus hijos, por lo que ellas debían permanecer con ellos media hora o una hora, luego de acabada la hora de clase.

Cada vez que un padre llegaba tarde, ellas lo miraban con cara de pocos amigos y el padre se sonrojaba. Sin embargo, el problema persistía.

34 ZHU, Jiangnan. Do Severe Penalties Deter Corruption? A Game-Theoretic Analysis of the Chinese Case, China Review Vol. 12, No. 2 (Fall 2012).

35 Ejemplo tomado del documental "Ice Guardians", 2016.

36 GNEEZY, Uri y RUSTICHINI, Aldo. A Fine Is a Price. The Journal of Legal Studies 2000 29:1, 1-17

Entonces, se les ocurrió como medida cobrarles una especie de multa a los padres que llegaron tarde.

El resultado fue inverso al esperado: luego de las multas, los padres llegaron incluso más veces tarde y se demoraron más en recoger a sus hijos. Las maestras redujeron el precio de llegar tarde, reemplazando la sanción social por una sanción económica, aun cuando su intención era sumar una sanción sobre otra.

3.3. Presión de grupos de interés

Esto no es propiamente una falla, sino una característica del proceso que hace que el resultado no sea compatible con el interés social. Un error del proceso regulatorio es dejarlo expuesto a la presión de grupos de interés.

Muchas veces pensamos que los grupos de interés quieren que no se regule, pero esto es errado. Los grupos de interés no tienen -nuevamente, por definición- una posición absolutista o cerrada frente a la idea de la regulación, sino que se comportarán de manera oportunista frente a ella.

En algunos casos, los grupos de interés serán los principales interesados en que se regule una determinada materia, pues la regulación les puede conseguir un subsidio, reducir la competencia directa o reducir la competencia de bienes sustitutos³⁷.

3.4. Fallas cognitivas de los reguladores³⁸

En los últimos años, se han puesto énfasis en la Economía Conductual, al punto que incluso el último ganador del Premio Nobel de Economía, Richard Thaler, es una de las figuras más visibles de este movimiento.

El énfasis de la Economía Conductual suele estar en los sesgos de las personas que nos alejan de la racionalidad perfecta justificando, así, la regulación. Sin embargo, como ya hemos mencionado, existen algunas fallas cognitivas que se encuentran especialmente al momento de regular:

- a. Visión de túnel o “el último 10%”: Esta falla se presenta cuando -por la particularización y especialización de los reguladores- cada uno de ellos cree que sus respectivas oficinas o agencias tienen el trabajo más importante del país, sin darse cuenta que son una parte de una imagen más grande donde hay que balancear distintos intereses y costos.

Esto último, sumado al hecho de que la regulación tiene beneficios decrecientes, hace que la visión de túnel se convierta en un problema.

37 STIGLER, George. "The Theory of Economic Regulation". En: *The Bell Journal of Economics and Management Science*. Vol. 2, No. 1. 1971.

38 BREYER, Stephen. *Breaking the Vicious Circle toward effective risk regulation*. Harvard University Press. Cambridge, 1993 pp. 10-27.

Como ejemplo, se puede poner al regulador que pide retirar el 90% de un determinado material de las construcciones. Supongamos que ese material tiene dos tipos, “A” y “B”. El material A es más dañino, más fácil de encontrar y se encuentra en 90% de cada construcción. El material B es raro, es menos dañino y es más costoso encontrarlo. Un regulador con “visión de túnel” pensará que su trabajo es sacar hasta la última partícula de ese material de las construcciones, sin importar el costo; por lo que promoverá que la obligación pase de 90 a 100%.

- b. Agenda irracional: En este caso, el regulador no tiene un claro Norte, un objetivo a cumplir para lo cual existe una estrategia pre-diseñada y que depende -a su vez- de una serie de actos concretos contenidos en normas o regulaciones.

Un regulador que responde a casos anecdóticos o -como se diría coloquialmente- a las portadas de periódicos, tiene una “agenda irracional”. La regulación, no solo individualmente, sino como política, debe responder a un diseño racional previo. Por ejemplo, que se proponga el incremento de una pena porque el día anterior salió en los noticieros un caso de la comisión de dicho delito.

- c. Inconsistencia: En este caso, el regulador o distintos reguladores en un mismo país aprueban normas o políticas que son mutuamente excluyentes. Por ejemplo, una norma que incentiva la comisión de un delito -prohibiendo la importación de un determinado bien, lo cual podría generar un mercado negro interno-, pero al mismo tiempo, se eleva la pena para las personas que hurtan ese bien.

CAPÍTULO IV

MIDIENDO EL IMPACTO DE LA REGULACIÓN

A lo largo de los años, se han diseñado diferentes métodos para medir el impacto de la regulación, algunos con una clara inclinación económica y otros con una inclinación normativa o constitucional.

Todos estos métodos de evaluación de normas -más que herramientas para la toma de decisiones- se pueden considerar herramientas para la obtención de información sobre los posibles efectos de las normas.

Así, la decisión final sobre si aprobar o no una determinada norma no dependerá, en la generalidad de los casos, del resultado de algún test, sino que se tomará luego de evaluar consideraciones políticas e ideológicas tanto de los tomadores de la decisión, como de la sociedad que será la afectada por la política.

4.1. Diferencias entre análisis *ex ante* y *ex post*

El análisis *ex ante* se realiza cuando todavía no existe -ni si quiera- un proyecto normativo, sino diversas alternativas para resolver un problema social. Lo que se intenta con el análisis *ex ante* es proponer y comparar alternativas. Solo se pueden saber los méritos de una propuesta si se le compara con otras que pueden lograr -idealmente- el mismo fin.

Por ejemplo, si quiero reducir la cantidad de hurtos en una ciudad, podría aumentar las penas por cometer el delito de hurto o aumentar la cantidad de policías. Asumiendo que no puedo hacer ambas al mismo tiempo, una de las funciones del análisis *ex ante* es comparar ambas alternativas para decidir cuál es mejor. Esto lleva a que, si se usa el ACB para medir sus impactos, el ACB deba ser aplicado a ambas alternativas, no solo a una. Otra de las funciones del análisis *ex ante* es que permite hacer consultas a la población o a expertos sobre las alternativas preferidas.

Muchas veces se confunde el análisis *ex ante* con el análisis *ex post* que se hace cuando existe un proyecto de norma, mas no una norma aprobada. Esto es un error. La utilidad del análisis *ex ante* radica, justamente, en que se comparen entre ellas las distintas alternativas para la solución del problema encontrado.

Si ya existe una alternativa escogida, se pervierte la utilidad del análisis *ex ante*, pues el evaluador va a tender a justificar la alternativa elegida en lugar de analizarla. Por esto, es importante que el análisis *ex ante* empiece cuando aún no existe un proyecto de norma.

A diferencia del análisis *ex ante*, el análisis *ex post* se hace sobre un proyecto de norma o sobre una norma ya aprobada. En este último caso, cuando el análisis *ex post* se hace sobre una norma ya existente, se puede basar en la

medición de los efectos que efectivamente ha tenido una norma en la realidad. Por ejemplo, se puede verificar empíricamente si la norma cumplió su propósito o el impacto que tuvo en los precios del mercado que se haya regulado.

Como es natural, el análisis *ex post* es más fácil de hacer. Tal como ha reseñado el profesor Pablo Salvador Coderch "*Las nuevas regulaciones, decía Sunstein, están en el mejor de los casos sujetas a análisis costo-beneficio ex ante, pero los analistas norteamericanos han caído explicablemente en la cuenta de que el análisis ex post es por lo general mucho más sencillo de realizar y ofrece indicaciones, también más claras, sobre los aspectos de las regulaciones históricas que podrían modificarse*".³⁹

El análisis *ex post* está mucho más difundido que el *ex ante*, pues todos los países democráticos cuentan con algún sistema para evaluar normas, sea a través del control difuso (como el caso de USA) o el concentrado (en el caso de Europa y la mayor parte de América Latina). También los parlamentos mismos pueden contar con sistema de revisión de sus proyectos de normas antes de que sean discutidas en el "pleno". Incluso, en Perú contamos con un sistema administrativo de revisión de normas. Sin embargo, muy pocos países han implementado, como veremos en la sección 5, un sistema de análisis *ex ante* de normativa.

Cuadro 2. Análisis *ex ante* vs. Análisis *ex post*

Ex ante	Ex post
No existe un proyecto de norma aun	Ya existe un proyecto de norma o norma
Se le aplica el RIA o similar (que contiene ACB)	Se le aplica ACB o algún otro método de evaluación
El análisis se hace sobre cada alternativa, incluyendo la alternativa "no hacer nada"	El análisis se hace solo sobre la alternativa previamente escogida por el proyecto de norma o norma
Dependiendo del peso que se le dé, el resultado es un documento que se usa como insumo para determinar la propuesta normativa o que decide por sí mismo cuál es la mejor alternativa regulatoria	Dependiendo del peso que se le dé, puede servir como insumo o definir por sí mismo si un proyecto debería ser aprobado o si una norma debería o no mantenerse vigente

Aplicando el cuadro anterior, podemos tener dos situaciones bien distintas: por un lado, el análisis *ex ante* se aplicaría a una pregunta como "¿cuál es la mejor forma de tratar -desde el sector público- el problema de la obesidad?".

39 CODERCH, Pablo Salvador. El legado de un zar: Cass Sunstein, la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios estadounidense y la mejora de la calidad de las leyes en España. InDret 2013.

Por otro lado, el análisis *ex post* surgiría ante un proyecto o norma que propusiera o definiera una forma de resolver el problema, por ejemplo, mediante advertencias en el etiquetado de los productos.

En el primer caso, se propondrían medidas como impuestos a la comida chatarra, campañas informativas, advertencias, prohibición de ciertos productos, etc. La tarea del evaluador sería comparar entre ellas todas las alternativas relevantes. En el segundo caso, como ya vimos, la evaluación se hará sobre la alternativa que fue elegida por el hacedor de políticas públicas.

4.2. Análisis de impacto regulatorio (RIA)

Como ya mencionamos, el RIA fue propuesto y defendido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). El procedimiento se basa en una serie de etapas que tienen en el corazón un análisis costo-beneficio⁴⁰, por lo que su orientación es marcadamente "economista" y anti-regulatoria⁴¹.

El ACB es un método para medir el impacto que tiene un proyecto de norma o norma sobre la eficiencia. El impacto sobre la eficiencia es básicamente equivalente a medir el impacto que tiene una norma sobre los precios⁴². Por otro lado, el ACB está diseñado para elegir la alternativa menos costosa posible, pero no necesariamente esa es la alternativa que protege en la mayor extensión posible un bien que consideramos socialmente valioso.

Por esto, existen dificultades en aplicar el ACB cuando la finalidad de la norma no es principalmente económica, sino social. Adicionalmente, el RIA es un proceso que dura varios meses -en el mejor de los casos- y que demanda muchos recursos si es bien hecho. Por tanto, en algunos casos puede ser excesivo realizar un RIA para algunos problemas que no son particularmente relevantes desde el punto de vista social.

Ante estas dificultades, se ha propuesto, tanto de manera local como a través de la OCDE, realizar un RIA que sea menos numérico⁴³, por un lado; y

40 SHAPIRO, Sidney A. y SCHROEDER, Christopher H. "Beyond cost-benefit analysis: a pragmatic reorientation". En: *The Harvard Environmental Law Review* | Vol. 32. Harvard Law School, 2008, Cambridge, pp 434-502.

41 DRIESEN, David M. "Its cost benefit analysis neutral?". En: *University of Colorado Law Review*, Vol. 77, 2006, Colorado.

42 ASHFORD Nicholas A. Op Cit.

43 Asociación Civil Transparencia. *Guía para la evaluación de proyectos de Ley*. Lima, 2013.

que no se realice de manera exhaustiva cuando el problema no lo justifique⁴⁴, por otro.

No necesariamente se debe usar RIA siempre (o al menos no tan rigurosamente), como lo recomienda la OCDE. El RIA es un proceso costoso y complejo, pero no todas las normas que se dictan en un país tienen una relevancia alta en términos económicos o sociales. Por eso, se recomienda que el RIA se siga solo en casos donde la norma revista importancia, es decir, sean normas con un impacto económico o social grande.

Etapas del RIA:

El RIA es un proceso *ex ante*, lo que implica que siempre se debe hacer antes de que exista un proyecto. A pesar de esto, se suele cometer el error de hacerlo *ex post*:

“La capacidad para usar el RIA (análisis de impacto regulatorio) como fue originalmente pensado está plagado por un problema fundamental: el análisis normalmente se realiza una vez que la decisión sobre qué política seguir ya ha sido tomada”⁴⁵.

El RIA se debe hacer antes de que exista alguna propuesta normativa. Siendo esto así, entonces, las etapas del RIA consisten en:

1. Definición del problema: el primer paso siempre es identificar exactamente cuál es el problema de política pública que se intenta resolver mediante una norma. La definición del problema, desde el punto de vista económico, se identifica con las fallas de mercado.

Sin embargo, dado que los intereses que busca resolver la sociedad pueden ser -y suelen ser- extra económicos, el problema a resolver puede ser, por ejemplo, mejorar la salud o la educación de la población o reducir la criminalidad.

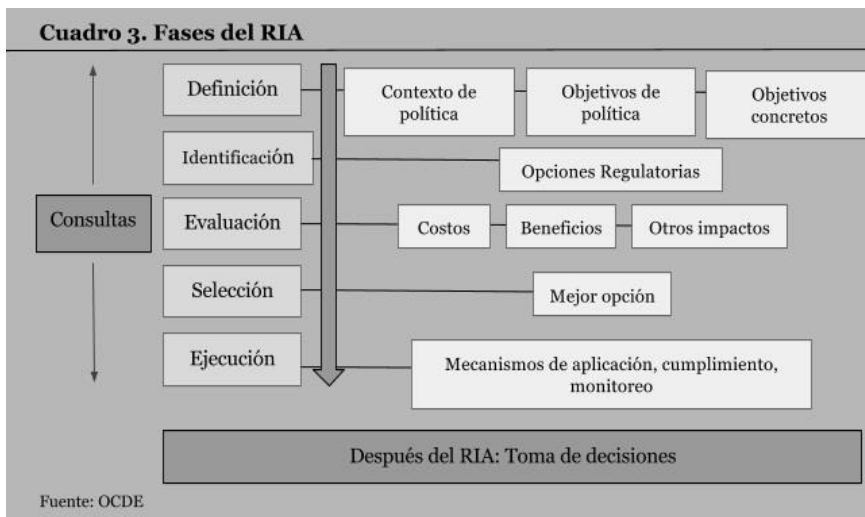
2. Identificación de posibles afectados: se debe identificar a las personas que podrían resultar afectadas o beneficiadas con la regulación. La finalidad de esto es calcular correctamente el impacto de la norma, por un lado; y, conocer las opciones de los involucrados, por otra.
3. Alternativas de solución: en este punto se señalan las normas o políticas que podrían resolver -idealmente- el problema. Por ejemplo, si se busca que las personas coman más sanamente, las alternativas pueden ir desde informar a los consumidores, pasando por poner impuestos a ciertos alimentos, hasta prohibir ciertos productos.

44 Estudios de la OCDE en Reforma Regulatoria Política Regulatoria en el Perú. 2016.

45 CARRIGAN, Christopher. “What’s Wrong with the Back of the Envelope? A Call for Simple (and Timely) Benefit-Cost Analysis”. The Washington University Regulatory Studies Center. Working Paper, 2014, p 8.

Nunca se debe dejar de lado la alternativa “no hacer nada”, considerando que muchas veces la solución estatal no es razonable, por generar mayores costos (fallas del Estado⁴⁶) o por no tener los efectos esperados. A veces, dejar que el mercado se corrija a sí mismo o soportar la falla de mercado son alternativas más razonables.

4. Análisis costo-beneficio sobre las alternativas propuestas: se debe realizar una valorización de cada una de las alternativas viables. Muchas veces se comete el error de hacer el ACB sobre la propuesta elegida, pero esto pierde de vista que la utilidad y la función del ACB es comparar alternativas. Por tanto, se debe realizar el ACB sobre cada una de las alternativas propuestas.
5. Consulta: significa que las alternativas deben ser presentadas a los interesados -o la población en general- para el debate público. No existe una forma única de realizar esta consulta y tampoco un momento específico en el RIA. El momento en que se haga dependerá del problema y la necesidad de recabar información.
6. Definición de la alternativa: tanto el RIA como el ACB son métodos para obtener información, por lo que no les corresponde tener la última palabra al definir la política pública o la norma a elegir. La decisión final dependerá de criterios -como el político- que van más allá del resultado que arroje el RIA:



En el cuadro precedente se muestra las etapas del RIA, pudiendo apreciar la secuencia lógica entre ellas. Además, se puede apreciar cómo es que el RIA no es un método de toma de decisiones, sino de información.

46 BECKER, Gary S. “A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence”. Quarterly Journal of economics 98, 1983, pp 371-400.

Lugar del RIA en el procedimiento de justificación de normas:

En el contexto de la búsqueda por una opción normativa, se recomienda que el RIA sea hecho previamente al proyecto de norma y de la exposición de motivos. El RIA debe ser incorporado, luego, a la exposición de motivos.

La primera parte de un proceso de evaluación normativa debería consistir siempre en el levantamiento de información sobre el problema. Sean consultando trabajos académicos, entrevistas con expertos en regulación o en el tema materia de la regulación o revisando experiencias internacionales.

Luego de esto, se procedería al esquema reseñado en el Cuadro 3 arriba. Una vez obtenido el reporte del RIA, éste sería incluido dentro de la exposición de motivos del proyecto de norma que se cree como resultado del RIA, de ser el caso.

4.3. Análisis costo-beneficio

El ACB fue originalmente usado por el Army Corps of Engineers al comienzo del siglo 20 a fin de cuantificar los costos y beneficios de proyectos del ejército. Luego, en 1936, el Congreso americano promulgó una norma (la Flood Control Act) según la cual solo proyectos que tuvieran un ACB del Corps podría ser aprobado.

Luego, el uso del ACB se generalizó con la E.O. 12291 de 1981, bajo el mandato del Presidente Reagan, la cual mandaba que cualquier iniciativa grande tuviera que pasar por "Regulatory Impact Analyses". Esto fue reforzado luego por otro E.O. de Clinton, en 1994. Sin embargo, al nivel del Congreso aún no es obligatorio el uso del ACB⁴⁷.

El ACB está íntimamente relacionado con el criterio de eficiencia. En la ciencia económica, eficiencia se define como "asignar los bienes a sus usos más valiosos". Cuando sigamos los bienes a sus usos más valiosos de tal manera que ningún intercambio adicional va a mejorar la situación de algún miembro de la sociedad sin perjudicar a otro, cumplimos con el "criterio de eficiencia de Pareto". Es lo que llamamos "maximización de la utilidad social".

¿Cuándo logramos ese nivel de eficiencia? Es imposible conocer el número fuera de un mercado, dado que la eficiencia nunca se logra ver, solo podemos llegar indirectamente a ella a través de decisiones libres de individuos actuando en un mercado. Entonces, sabemos que estamos asignando los bienes a sus usos más valiosos cuando las personas los intercambian "libremente".

47 ZERBE, Richard O. "The Legal Foundation of Cost-Benefit Analysis" *Expresso*, 2007.

Cuando decimos “libremente”, esto debe entenderse en un sentido amplio. Una decisión libre es una que no ha sido influenciada positiva o negativamente desde afuera. Por ejemplo, una acción cuyo costo no asumimos plenamente, no es una acción “libre” en términos económicos. Por ejemplo, la empresa que contamina sin pagar.

Entonces, desde el punto de vista económico, el fin de la regulación es la eficiencia, entendida como corregir fallas de mercado de modo que los precios de los productos se acerquen al “óptimo”, entendido como el punto en que los intercambios libres han logrado asignar los bienes a sus usos más valiosos.

De acuerdo a esto, se puede concluir que los costos de la regulación se miden en función a cuánto nos aleja del óptimo y los beneficios en relación a cuánto nos acerca. El instrumento para medir, a su vez, las reducciones o incrementos en la utilidad, son los aumentos o reducciones de los precios de los productos regulados.

4.4. Variaciones del ACB

El ACB no es el único método para medir costos que sean relevantes socialmente. Dependiendo del tipo de norma y del impacto al que se quiera poner énfasis, existen una serie de variantes. Por ejemplo, para el caso de normas o políticas que afecten el medio ambiente, se han diseñado distintos mecanismos de medición que puedan adaptarse mejor que el ACB dadas las particularidades del problema medio-ambiental. Aquí mostramos algunos de estos mecanismos y las diferencias y similitudes con el ACB:

Cuadro 4. Ventajas de las Técnicas de Evaluación Alternativas para el Proyecto/Evaluación de Programa

Técnicas	Descripción/ Objetivo	Problemas	Similitudes/ Diferencias con Otras Técnicas (excepto ACB)	Similitudes/ Diferencias con ACB
Evaluación de Impacto Ambiental (EIA)	Un procedimiento sistemático para la medición de los impactos ambientales de un proyecto o política; busca formas de minimizar los impactos ambientales sin reducir los beneficios de manera significativa.	No es un procedimiento de evaluación integral. Ignora los impactos no ambientales y por lo general, no incluye los costos.	Similar a la EAE pero considerado como reactivo, estudia los proyectos de manera individual. Donde los pesos están vinculados a los impactos, la EIA puede ser similar al AMC.	No tiene una regla de decisión formal.
Evaluación	En vez de proyectos	No es un guía	Considerado	Considera

<p>Ambiental Estratégica (EAE)</p>	<p>o políticas individuales, la EAE considera programas. Su objetivo es buscar sinergias entre políticas individuales y proyectos y evaluar alternativas.</p>	<p>integral de decisión. Problemas de tiempo, costo, y costos no ambientales y beneficios son raramente abordados.</p>	<p>como más proactivo que la EIA, da la oportunidad para que los programas sean mejor diseñados a fin de minimizar impactos perjudiciales.</p>	<p>algunos problemas relevantes en el ACB, como con/sin principio y consideración de alternativas.</p>
<p>Análisis de Ciclo de Vida (ACV)</p>	<p>Identifica impactos ambientales lo más atrás y adelante posible en la cadena de uso/producción</p>	<p>Ofrece una regla de decisión no obvia y usualmente no considera costos y beneficios no ambientales.</p>	<p>A diferencia de la EIA, busca no solo los impactos directos, sino que pretende capturar efectos sobre todo el ciclo de vida de una actividad.</p>	<p>Proporciona datos físicos/ cuantitativos detallados sobre efectos ambientales requeridos por el ACB.</p>
<p>Evaluación del Riesgo (ER)</p>	<p>Implica la evaluación de los riesgos de salud o ambientales vinculados a un proyecto. Se expresa de varias formas (por ejemplo, probabilidad de ocurrencia de efectos en la salud o en el ecosistema, incidencia en una población definida, incidencia por unidad de exposición).</p>	<p>Para usarse como una regla de decisión, la ER requiere que el nivel de riesgo estimado sea comparado con un nivel de riesgo aceptable.</p>	<p>A diferencia de otros enfoques, el nivel de riesgo aceptable debe ser identificado; por ejemplo, por la opinión de un experto o una encuesta pública.</p>	<p>Ofrece información similar al componente de riesgo del ACB, pero sin incluir los valores monetarios de los costos y beneficios.</p>
<p>Evaluación Comparativa del Riesgo (ECR)</p>	<p>Analiza riesgos con diferentes alternativas a fin de recomendar la alternativa que implique el menor riesgo.</p>	<p>No es una guía de decisión integral debido a que los costos son raramente incluidos.</p>	<p>Necesita establecer si el menor nivel de riesgo está por encima de lo aceptable.</p>	<p>Como con la ER, ofrece información similar de análisis de riesgo en el ACB, pero sin otros costos y beneficios.</p>
<p>Análisis Salud-Salud (ESS)</p>	<p>Se enfoque solo en la salud y compara el efecto estimado (por ejemplo, vidas salvadas) de una política con el efecto debido al costo de la política (a través de mayores impuestos).</p>	<p>Solo aborda impactos relacionados a la salud.</p>	<p>Puede incorporar riesgos de salud de políticas y sus costos. Ofrece información útil para la aplicación del ACE en el rubro de salud.</p>	<p>Ofrece información útil como aporte para el ACB en la salud.</p>

Análisis Costo-Efectividad (ACE)	Calcula una relación de costo con una medida de impacto específica (relación costo-efectividad)	Ofrece información útil sobre la clasificación de proyectos, pero no puede por sí mismo determinar si la solución de costo mínimo debe seguir adelante.	Es superior que otras medidas en tanto explícitamente introduce el análisis de costo-eficiencia en las comparaciones.	Es útil como indicador donde el ACB no puede ser usado para establecer un valor monetario para los resultados del proyecto.
Análisis Multicriteria (AMC)	Vincula objetivos con criterios a fin de lograr objetivos y evalúa el impacto del proyecto en relación con estos criterios.	Generalmente, adopta puntajes y mediciones hechas por expertos. No está claro cómo trata con problemas de disminuciones y cambios de valoraciones relativas en el tiempo.	Útil principalmente como un medio para escoger alternativas. Si el costo es introducido, AMC puede ser una versión compleja del ACE, pero involucrando indicadores múltiples de costo-efectividad.	AMC se diferencia del ACB en que no todos los criterios serán expresados en valores monetarios.
Fuente: Tomado (y traducido) de Pearce, D., G. Atkinson, and S. Mourato. 2006. Cost-Benefit Analysis and the Environment: Recent Developments. Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris.				

En el cuadro precedente se muestran y comparan alternativas al ACB que podrían ser usadas específicamente para proyectos o normas medioambientales. Como se puede apreciar, existe una multitud de métodos que muchas veces se ajustan más al tipo de norma ambiental.

De igual manera, para otros temas como la regulación del riesgo, la salud o temas que típicamente no sean vistos bajo el prisma económico, es particularmente relevante la exploración de alternativas al uso del ACB.

4.5. Test de proporcionalidad

A diferencia del ACB, el test de proporcionalidad no es económico, sino legal, por un lado; y, se aplica ex post, por el otro. El test de proporcionalidad o *balancing test* (dependiendo de si miramos su versión europea o americana) es un test usado por tribunales (u otras autoridades) para determinar si las normas son razonables legalmente.

Los pasos incluidos en el test de proporcionalidad habitualmente incluyen la constatación de que la norma o proyecto de norma tiene:

- a. Fin constitucionalmente válido: es decir, que la motivación del proyecto o norma es acorde a la Constitución. Para salvar este punto, basta con que

la norma se refiera a algún derecho fundamental o a algún bien protegido por la Constitución.

- b. Adecuación: es decir que, aunque sea teóricamente, la norma tenga la capacidad para cumplir con la finalidad que se pretende alcanzar.
- c. Necesidad: si es que existe alguna norma que pueda lograr el mismo propósito, pero que afecten en menor medida a otros intereses o derechos involucrados.
- d. Proporcionalidad en sentido estricto: que la afectación a los derechos o intereses que suponga la medida sea razonable en comparación a los beneficios que se espera obtener de ella.

En este punto, se ejemplifica el test de proporcionalidad en el Anexo II de la Guía.

4.6. Seguimiento *ex post*

El análisis *ex ante* siempre supone una especie de predicción acerca de los beneficios, costos y efectos de una norma que será aplicada en el futuro. En ese sentido, hacer un seguimiento de las normas es una política bastante recomendable para lograr una “buena regulación”. Idealmente, el seguimiento *ex post* incluiría un monitoreo para saber si la regulación está siendo cumplida y cuáles han sido sus efectos.

Según la OCDE, estas evaluaciones no solo sirven para saber si las normas están cumpliendo sus objetivos, sino que promueven la transparencia en el trabajo del gobierno y dan valiosa información a los gobiernos sobre las políticas que dan resultado y las que no⁴⁸.

En el ámbito internacional, Nueva Zelanda, por ejemplo, tiene una guía para “Revisar las regulaciones sistemáticamente para asegurar que continúan alcanzando sus objetivos de manera efectiva y eficiente”⁴⁹. Esto es parte de su Code of Good Regulatory Practice. De manera similar, en Canadá tienen el “regulatory performance measurement”.

48 Proceedings from the OECD expert meeting on Regulatory Performance: Ex Post Evaluation of Regulatory Policies. Paris, 2003.

49 Review regulations systematically to ensure they continue to meet their intended objectives efficiently and effectively”. En: Proceedings from the OECD expert meeting on Regulatory Performance. p 14.

Cuadro 5. Resumen de las etapas y sus utilidades

Etapa (fijo)	Acciones (variables)	Utilidad
Previa al proyecto	Implica analizar el problema, proponer alternativas, evaluar las alternativas, incluyendo consultas previas a los interesados	Se determinan costos y se descartan las alternativas que no son buenos 'matches' para para lograr el objetivo a un costo razonable
Cuando existe un proyecto o norma	Se hace un test de proporcionalidad sobre el proyecto o norma	Se descartan medidas que no cumplen con alguno de los criterios del test de proporcionalidad
Luego de aprobada la norma	Se fiscaliza que la norma tenga el impacto que -teóricamente- debería de tener, revisando data y haciendo mediciones sobre su impacto	Permite descartar normas que no cumplan con su objetivo o no lo hagan a costos razonables

En el cuadro precedente se muestra que para cada etapa de la vida de una norma, sea antes de su nacimiento, cuando es un proyecto o cuando ya es vigente; existe un mecanismo de evaluación distinto.

4.7. Aproximación pragmática a la regulación

A pesar de lo difundido del ACB, la doctrina especializada no es particularmente entusiasmada con su utilización⁵⁰. Por esto, diversos académicos han propuesto alternativas a la utilización del análisis costo-beneficio como parte del RIA⁵¹. En palabras de Ashford⁵²:

“No hay fórmulas fáciles, no hay atajos, ni índices simples de corrección en (...) regulación. La búsqueda de una regla de decisión facilista –que imponga al regulador el requerimiento de realizar un análisis que sea sobre-cuantitativo y restrictivo- en la práctica absolverá a los reguladores de responsabilidad en

50 DRIESEN, David. Op cit.

51 CARRIGAN, Christopher. Op cit.

52 ASHFORD, Nicholas. Op cit.

lugar de forzarlos a tomar decisiones difíciles. Lo que puede ser expresado en el análisis costo-beneficio es solo una pequeña parte del panorama”.

Dentro de las alternativas propuestas, destaca el método pragmático⁵³. En palabras de Majone⁵⁴:

“Cualquier análisis que se haga tendrá que usar una variedad de criterios derivados de la experiencia del artesano, incluyendo las especiales características del problema, la calidad de la data, las limitaciones de las herramientas disponibles y los requerimientos de la audiencia. Solo un examen detallado de los componentes de la tarea del analista –actuando como artesano- ayuda al productor o usuario del análisis elegir un curso razonable entre la sugerida perfección que termina no siendo útil y la anarquía metodológica”.

Nuestra recomendación, entonces, es adoptar un método pragmático de evaluación que -partiendo de ciertos fundamentos y etapas inamovibles- tenga suficiente flexibilidad para adaptarse a las necesidades de distintos tipos de problemas, proyectos o normas que tenga entre manos.

El RIA -con todas sus etapas- no siempre se justifica. En especial el ACB que forma parte de éste. El análisis *ex ante* siempre debe partir de la evaluación del problema previo a la existencia de un proyecto; luego debe contener un análisis del proyecto; pero no debe quedar ahí, sino que se debe evaluar el impacto. Sobre estos pilares, las acciones concretas que se tomen dentro de cada etapa pueden variar.

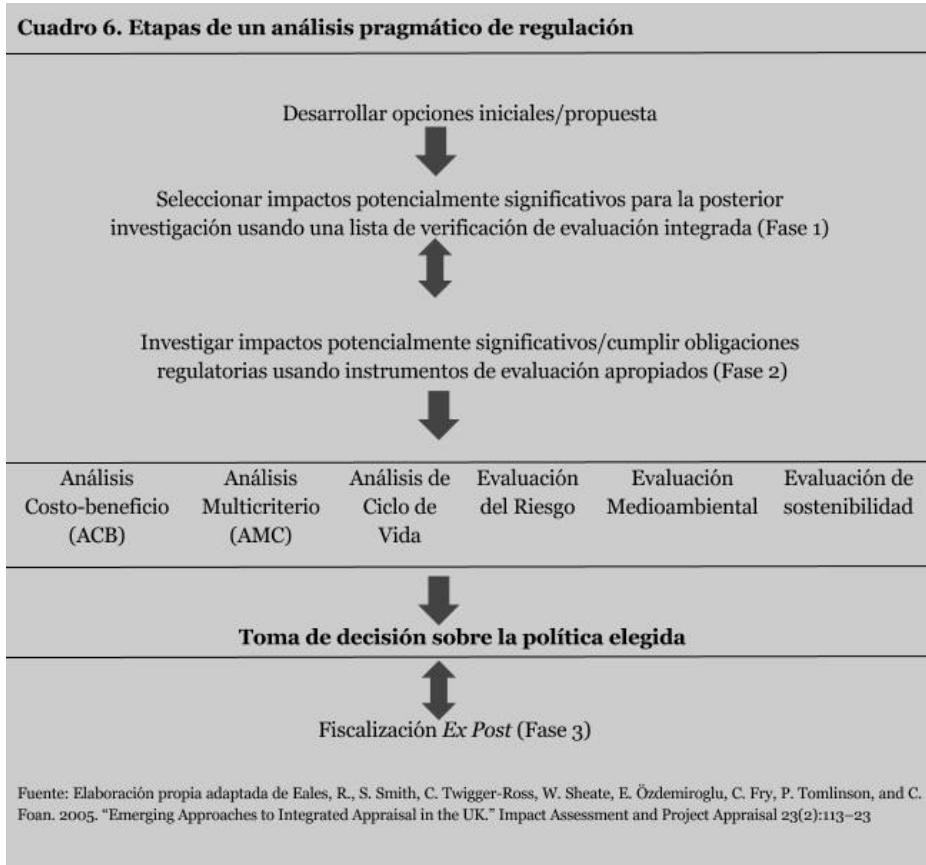
Los elementos centrales de una metodología pragmática para la evaluación de normas son los siguientes:

- a. Orientado a resolver problemas: En contraposición con el ACB que muchas veces sirve como un freno a la regulación, el análisis pragmático se enfocaría en ayudar a resolver problemas.
- b. Normativo: A diferencia del ACB que se centra exclusivamente en la eficiencia, un análisis pragmático tomaría en cuenta otros valores socialmente relevantes.
- c. Discursivo: A diferencia del ACB que es principalmente numérico, el análisis pragmático intentaría conectar la información con la que se cuenta, siendo persuasivos con una audiencia de personas informadas. El trabajo de un regulador sería más cercano al de un juez, en el sentido en que tendría que fundamentar las razones para elegir una determinada alternativa regulatoria sobre otra.

53 SHAPIRO, Sidney A. y SCHROEDER, Christopher H. “Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation”. En: Harvard Environmental Law Review 32, 2008.

54 MAJONE, Giandomenico. Evidence, Argument & Persuasion in the Policy Process. New Haven: Yale University Press. 1989. pp. 44-45.

- d. Transparente: El análisis pragmático no intenta oscurecer las elecciones que se toman detrás de data imposible de descifrar salvo para expertos en la materia. Muchas veces el ACB es manipulable dado el margen permitido en el manejo de la data. El análisis pragmático, al ser discursivo, es accesible a todos y por tanto permite a las personas entrar en el debate sobre si es conveniente o deseable tener una determinada regulación.



En el cuadro precedente se muestran las etapas esenciales de un análisis *ex ante*, pero que son más flexibles que las planteadas en un RIA tradicional o basado prioritariamente en el ACB. En el caso del 'RIA pragmático', se mantienen tres fases básicas, pero el ACB o la consulta previa dejan de ser esenciales, para adaptarse a las necesidades de una evaluación en particular.

Ejemplo de análisis pragmático de la regulación:

Una norma proponiendo reducir los niveles de contaminación sería evaluada en términos puramente económicos por el RIA centrado en el ACB. Por ejemplo, consideraría las pérdidas económicas por reducir la cantidad de producción o trataría de medir monetariamente las ganancias producto de la preservación del medio ambiente.

Un RIA 'pragmático', por otro lado⁵⁵:

- a. Se enfocaría en el problema a resolver, que es la reducción de la contaminación. Entonces, trataría activamente de buscar soluciones tecnológicas al problema de la contaminación.
- b. Tomaría en cuenta aspectos extra económicos como que son las poblaciones más vulnerables las que suelen sufrir las consecuencias de la contaminación. Este tipo de análisis permanece fuera del foco del RIA tradicional.
- c. Dejaría de lado los cálculos económicos y numéricos difíciles de entender y se centraría en los problemas fundamentales como '¿cuánto de la producción estamos dispuestos a perder para proteger el medio ambiente?'

55 Inspirado en SHAPIRO y SCHROEDER. Op cit. pp. 484-490.

CAPÍTULO V

PROCESOS LEGALES Y REGULACIÓN

Los procesos legales afectan de dos formas a la regulación: (i) por un lado, las resoluciones o sentencias de autoridades administrativas o judiciales también pueden constituir derechos de manera general cuando tienen el efecto de precedentes; y, (ii) la regulación puede ser derogada mediante procesos judiciales o procedimientos administrativos.

En relación al primer punto, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha establecido -a través de su jurisprudencia- la estabilidad laboral absoluta lo que, indudablemente, significa regular las relaciones laborales. En el caso de Estados Unidos, la regulación del tabaco se ha hecho en gran medida a través de decisiones de la Corte Suprema.

En relación al segundo punto, en Perú existen diversos procesos por medio de los cuales se puede derogar normas:

- a. Proceso de inconstitucionalidad: que se sigue contra normas generales con rango de ley y son resueltos por el Tribunal Constitucional en instancia única. Este proceso está normado en la Constitución Política de Perú y el Código Procesal Constitucional.
- b. Acción popular: que se siguen contra normas generales con rango inferior a la ley. Este proceso está normado en la Constitución Política de Perú y el Código Procesal Constitucional.
- c. Denuncia por barreras burocráticas ilegales o irrazonables: que se presentan ante Indecopi. Este procedimiento se encuentra normado en el Decreto Legislativo 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas.

Adicionalmente, en cualquier proceso judicial el juez puede aplicar *control difuso*, que significa inaplica la norma para el caso concreto. En estos procesos o procedimientos, las autoridades utilizan alguna versión del *test de proporcionalidad* para decidir si la norma objeto del caso es razonable o no.

Como ya mencionamos, la importancia de los procesos en el proceso regulatorio no se agota en la eliminación de normas irrazonables, sino también para moldear el proceso regulatorio. Tal como ha señalado Eduardo Quintana⁵⁶ para el caso peruano, existe un "*espacio regulatorio*" donde diversos agentes públicos y privados disputan recursos dispersos.

56 QUINTANA, Eduardo. "Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio: ¿captura o administración de recursos

Sin duda, los tribunales -judiciales y administrativos- son actores relevantes en este proceso. Tal como ha señalado Kip Viscusi en el libro "Regulation Through Litigation" que se podría traducir como "Regulación a través de la litigación", *"En muchos contextos hay una relación entre regulación y litigación", agregando que "la litigación se convierte en el mecanismo que fuerza el cambio regulatorio"*⁵⁷.

En el caso peruano, por ejemplo, hemos visto como el reconocimiento de derechos por parte del Tribunal Constitucional o Indecopi han sido luego seguidos por los legisladores. En el caso del Tribunal Constitucional, éste se adelantó varios años al reconocimiento del agua como derecho fundamental, por ejemplo.

Otro caso en el que vemos una superposición entre los temas calidad regulatoria y la labor de las cortes es cuando éstas utilizan las herramientas económicas para lograr mejores decisiones. Por ejemplo, en casos de responsabilidad civil es sabido que los jueces pueden usar el análisis costo beneficio tanto para determinar la negligencia⁵⁸ como para calcular los daños⁵⁹. Adicionalmente, en casos de libre competencia muchas veces se debe evaluar el impacto de una actuación en la eficiencia o utilidad social, por lo que los jueces podrían utilizar el ACB⁶⁰.

dispersos?". En: Themis No. 52 Revista de Derecho. Lima 2006, pp 93-120.

57 VISCUSI, Kip (editor). "Regulation Through Litigation". AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies. 2002. p. I.

58 CALABRESI, Guido y KLEVORICK, Alvin K., "Four Tests for Liability in Torts". Faculty Scholarship Series. Paper 3744, 1985.

59 BOARDMAN et al. (2011) p. 21.

60 Idem.

CAPÍTULO VI

EXPERIENCIA COMPARADA EN EL ANÁLISIS DE REGULACIÓN

Como ya adelantamos, Estados Unidos es pionero en el uso de herramientas económicas para el análisis de la calidad regulatoria. Durante el gobierno de Reagan, se dictó la E.O. 1229 para que las agencias regulatorias hicieran ACB sobre sus normas. El objetivo de la política fue reducir la carga regulatoria. Luego, tanto Clinton (E.O. 12866) como Obama (E.O. 13563) dictaron normas similares pero con orientaciones más acorde con su visión del proceso regulatorio.

La E.O. de Reagan mandaba a hacer el moderno Regulatory Impact Assessment o RIA con básicamente los mismos elementos que conocemos hoy: (i) recabar información; (ii) consultar a expertos y al público; y, (iii) realizar el ACB sobre alternativas.

Un rasgo característico de este RIA es que solo se practicaba sobre regulaciones consideradas "importantes", con un impacto en la economía de USD 100 millones o más. En la actualidad, la oficina encargada de medir el impacto regulatorio creada en 1980 -Office of Information and Regulatory Affairs-OIRA- sigue funcionando, con básicamente las mismas funciones.

En el Reino Unido, el tema surgió hacia mediados de 1980. Actualmente se encuentra a cargo de la Better Regulation Executive (BRE). De acuerdo a este sistema, cualquier norma o política que imponga costos a empresas debe pasar previamente por un Impact Assessment.

El proceso es un continuo que va desde antes de proponer la regulación, pasa por consultas públicas, evaluaciones de costos y finalmente se revisa la regulación ya dictada si surge nueva evidencia. De acuerdo a Baldwin y otros⁶¹, la importancia actual del análisis impacto regulatorio tiene que ver con su lugar central en el proceso de "better regulation" seguido en el Reino Unido, la Unión Europea, la OCDE y otras jurisdicciones. El foco ha pasado, según este autor, de "menos regulación" a "mejor regulación" ("better regulation").

En el caso de América Latina, la experiencia más conocida es la mexicana. Ellos han sido los primeros en implementar las recomendaciones de la OCDE a través de la creación de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria -COFEMER, encargada de realizar análisis de impacto regulatorio *ex ante* y procesos de simplificación administrativa de manera centralizada.

Cabe destacar que la COFEMER revisa las regulaciones que las dependencias y organismos descentralizados de la Administración Pública Federal desean emitir o promover ante el Titular del Ejecutivo Federal. La

61 BALDWIN et al (2012), pp. 315-319.

COFEMER utiliza la Manifestación de Impacto Regulatorio como método para el análisis de regulación.

Según sus propias palabras, "*Con la MIR se desarrolla un análisis sistemático de los impactos potenciales de las regulaciones para la toma de decisiones de los gobiernos locales, fomentando que éstas impulsen la transparencia y eficiencia en el actuar del gobierno e incidan positivamente en los sectores productivos*"⁶².

Luego de la crisis financiera de 2008, México inició reformas de fondo, incluyendo la reforma regulatoria de fondo, llamada "Base Cero". La OCDE considera dicha reforma como exitosa, pues se lograron reducir costos innecesarios para la sociedad, fortaleciendo a los organismos reguladores y logrando mayor apertura comercial⁶³.

Recomendaciones de la OCDE⁶⁴

Como señala el mismo Baldwin y otros⁶⁵, la OCDE ha sido, en el nivel internacional, el máximo proponente del análisis de impacto regulatorio. La OCDE, como ya anotamos, no pone el foco en la desregulación, sino en mejorar la regulación. Para esto, tiene una serie de herramientas de mejora regulatoria y cambios institucionales:

- RIA
- Consultas y transparencia
- Simplificación administrativa
- Guías de fiscalización y cumplimiento
- Alternativas a la regulación tradicional
- Normas con plazo perentorio (derogación automática)
- Políticas regulatorias y revisiones
- Centralización del análisis regulatorio
- Fortalecimiento de los organismos reguladores

62 Comisión Federal de Mejora Regulatoria. Conferencia Nacional de Mejora Regulatoria y 5ta Red Latinoamericana y del Caribe de Mejora Regulatoria. Solidaridad, Quintana Roo. 1 de noviembre de 2017.

63 OCDE. "Regulatory Reform for Recovery, Lessons From Implementation During Crises", 2010.

64 Para el caso peruano, recomendamos revisar el siguiente documento: OCDE. Política Regulatoria en Perú. Uniendo el marco para la mejora regulatoria. Aspectos Clave. Estudios de la OCDE en Mejora Regulatoria. 2017. En general, recomendamos revisar: OCDE. Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Política y Gobernanza Regulatoria de 2012.

65 BALDWIN, Robert. Et. al. Op. Cit. pp. 318-319.

Sin embargo, el RIA es la herramienta que es el centro de las recomendaciones de la OCDE. Para ellos, cualquier política de cierta importancia debería pasar por el RIA antes de ser aprobada.

En este tema, el Anexo III de la Guía contiene un cuadro que reseña el uso del ACB en los Congresos alrededor del mundo.

Cuadro 7. Experiencia comparada del ACB en otros países

País	Aproximación general a la Política de Regulación (incluyendo programas de reducción de la carga administrativa, simplificación y evaluación de impacto)	Estructuración institucional para la ABR; actores claves de gobierno, interacción con otros ministerios/instituciones
Alemania	<ul style="list-style-type: none"> ● El programa ABR (2006) se extendió en el 2010 respecto a los costos de cumplimiento. ● El programa E-government “Focused on the Future: Innovations for Administration” que incluye “e-Government 2.0” (2006); y las iniciativas legales de calidad “Electronic Guide to Law Drafting”, “eNorm”, software para ayudar a redactores, y una iniciativa para aumentar la claridad lingüística. ● Otras medidas: Tres actos para disminuir la regulación excesiva a los pequeños negocios desde 2005, y un catálogo de medidas adicionales, incluyendo una base de datos de información sobre regulaciones Länder y federales que afectan PYMEs (2006); la iniciativa de simplificación legislativa (la promulgación de once leyes desde 2003 derogó aproximadamente mil leyes y regulaciones redundantes); y la Base de datos de regulaciones federales administrativas (2006), con un servicio de investigación público. 	<ul style="list-style-type: none"> ● Actores claves: una unidad BR en la Cancillería Federal (dirigiendo el programa de ABR), y el cuerpo independiente consultivo sobre BR, el Normenkontrollrat (el Consejo de Control Nacional Regulator, NRCC) creado en 2006 para escudriñar todas las leyes federales sobre gastos administrativos antes de que sean enviadas al gabinete. ● Los ministerios tienden a seguir las recomendaciones del NRCC, las opiniones son publicadas. ● La NRCC rastrea las iniciativas AB de la Unión Europea y promueve vínculos más cercanos con iniciativas Länder para reducir la AB. ● Ambas cámaras del parlamento ahora pueden presentar sus propuestas legislativas al NCRR para su revisión. ● Existe la Unidad de Planificación dentro de la Cancillería y dos cuerpos consultivos sobre desarrollo sostenible. ● Los ministerios tienen unidades dedicadas al programa ABR. ● Ministerios claves en BR: El Ministerio del Interior (constitucionalmente y e-gov./modernización de iniciativas públicas administrativas), Ministerio de Justicia (calidad/cumplimiento), Ministerio de Economía (costos y coordinación sobre asuntos de la Unión Europea) y Ministerio de Finanzas (evaluación de la regulación).
Francia	BR es parte de la más amplia Review of Public Policies. Las principales políticas BR son:	Las coordinaciones se llevan a cabo mediante una red de unidades especializadas en las cuales actúan tres personajes clave:

	<ul style="list-style-type: none"> • Simplificación (basada en un programa normativo para simplificar las leyes y procedimientos y un programa para la modernización de la administración pública, incluyendo la introducción del e-Government). • Medidas de ABR para la empresa y el gobierno (recientemente el programa se ha cambiado para ensanchar el objetivo y la metodología). • Mejora de la calidad de las evaluaciones de impacto mediante la introducción de una exigencia constitucional para evaluar los proyectos de ley. • Modernización y reforma de la consulta institucional tradicional y revisión de un gran número de cuerpos consultivos. • Fomento de la calidad de las leyes mediante la reducción de la brecha en la transposición a la ley de la Unión Europea, mejorando el acceso a las leyes (web legisfrance), mediante la codificación legal y la publicación de una Guía para la redacción de leyes y regulaciones. 	<ul style="list-style-type: none"> • El Consejo de Estado. • La Secretaría General de Gobierno (SGG; que se hace cargo de la producción de regulación). • La Secretaría General para Asuntos Europeos (SGAE; que se hace cargo de la transposición) en la Oficina del Primer Ministro. • La Dirección General para la Modernización del Estado (DGME; que se encarga de la simplificación administrativa) en el Ministerio de Presupuesto.
<p>España</p>	<p>Desde 2007 el Gobierno ha reforzado su política ABR. El objetivo del Gobierno es promover tres perspectivas en su agenda sobre BR:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Una aproximación más amplia sobre AB, incluyendo a ciudadanos como a empresarios. • Un enfoque más cercano en los niveles subnacionales de la Administración, más cercano a los ciudadanos y empresarios, sobre todo a las PYMEs. • Un uso más fuerte de Evaluaciones de Impacto para ayudar a los entes decisorios. El Plan Nacional para ABR está pensado para ser una estrategia comprensiva que une varios aspectos de la agenda sobre BR. El plan incluye el objetivo general de reducir cargas administrativas sobre empresas creadas mediante leyes españolas, pero también mejorar las Evaluaciones de Impacto, colaborar con Comunidades Autónomas y Municipios, coordinación entre los ministerios, comunicación con ciudadanos y empresarios, 	<ul style="list-style-type: none"> • Conduciendo y coordinando las iniciativas principales BR (Evaluaciones de Impacto, ABR y simplificación de procedimientos administrativos) se encuentra el Subdirector General para la mejora de la Regulación Procedimental en la Secretaría de Estado de la Administración Pública del Ministerio de Política Territorial y Administración Pública (al cual la Agencia para la Evaluación de Política Pública también está adscrita). • El marco institucional incluye también a: 1. Asuntos Económicos y Financieros (PYMEs y políticas de competencia, Evaluaciones de Impacto y transposición de la directiva de servicios de la Unión Europea); 2. Ministerio de Comercio e Industria (sociedad de la información); y, 3. La Autoridad de Competencia (desarrollo de Evaluaciones de Impacto). • Un mecanismo de seguimiento y fiscalización ha sido establecido por el grupo de alto nivel para AB (Secretarios de Estado, una unidad

capacitación y evaluación. Los esfuerzos también se están enfocando en abordar temas complejos respecto al acceso legal, claridad y seguridad. La estrategia nacional de e-Government está estrechamente vinculada con el programa ABR. La mayor parte de las medidas abreviadas usan Tecnologías de la Información y Comunicación, o servicios en línea.

en el Ministerio coordinador, y puntos de contacto en cada ministerio).

- La Secretaría General Técnica supervisa la calidad de los proyectos legislativos dentro de sus ministerios.
- El Consejo de Estado, el cuerpo consultivo más alto, juega un papel clave en el desarrollo de proyectos legislativos dirigidos al Consejo de Ministros.

* Traducción libre de 'Tabla de políticas regulatorias y su implementación por países en Europa'. En: ARIAS-SCHREIBER *et al* (2014) p 250.

La tabla precedente muestra solo algunos de los países europeos que han adoptado una política explícita sobre calidad regulatoria. Podemos decir que todos -o casi todos- los países europeos tienen oficinas y normas especialmente dedicadas a la calidad regulatoria y simplificación administrativa.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La principal conclusión a extraer de esta guía es que el análisis de calidad regulatoria es esencial a fin de asegurar que la regulación sirva al interés público, cumpliendo con sus fines a un costo razonable.

También hemos visto a lo largo de esta guía que existen diversas justificaciones para la regulación, algunas de las cuales son de carácter económico -llamadas fallas de mercado- y otras de carácter social.

El mercado no es el único que presenta fallas, sin embargo, pues también existen fallas del Estado, como por ejemplo, no evaluar bien los costos o efectos de la regulación. Justamente para evitar estas fallas, se recomienda utilizar métodos para evaluar -sea ex ante o ex post- la regulación.

Los métodos más comunes son el RIA (*ex ante*) y el test de proporcionalidad (*ex post*). Sin embargo, también existen métodos alternativos, más flexibles, menos inclinados a lo económicos y -probablemente- más transparentes como el 'método pragmático de evaluación'.

No es la labor de esta guía definir cuál es el mejor método o cuál es la receta exacta para lograr "mejor regulación", pero sí orientarlos en su búsqueda por mejorar el proceso regulatorio en Perú.

ANEXOS

Anexo I Sección de Preguntas y Respuestas

1. ¿Cuáles son los tipos de regulación?

La regulación puede ser: (i) “económica” cuando busca incrementar la eficiencia, es decir eliminar fallas de mercado; o, (ii) “social”, cuando busca conseguir un fin distinto a la eficiencia, como por ejemplo proteger el medio ambiente o reducir la mortalidad infantil.

Las normas cuyo fin es la eficiencia son evaluadas aplicándoles el ACB. A las normas sociales, se les puede evaluar de otras formas, como por ejemplo, monetarizando los beneficios que traen -por ejemplo, salvando vidas- y luego, comparando eso con los incrementos de precios que podrían generar.

2. ¿Cuáles son las fallas típicas del mercado?

Las fallas típicas del mercado son:

- a. Monopolios naturales: es la situación que ocurre cuando es más eficiente que una sola empresa preste el servicio.
- b. Externalidades: son costos o beneficios que se extienden a mercados distintos. Por ejemplo, la contaminación implica un costo para los vecinos. Cuando la externalidad constituye un costo, la llamamos “externalidad negativa”. Cuando constituye un beneficio, la llamamos “externalidad positiva”. Ambas, sin embargo, son fallas que debemos intentar eliminar.
- c. Asimetría informativa: es cuando la falta de información de una de las partes del contrato hace que ésta distorsione sus decisiones de consumo de tal manera que ocurra un impacto negativo que llamamos “selección adversa”.

La selección adversa, a su vez, significa que -ante la ausencia de información- las personas solo están dispuestas a pagar el precio promedio de los bienes, reduciendo la calidad promedio de dichos bienes en el mercado, por debajo del nivel de calidad que -de otra forma- sería el óptimo.

3. ¿Todas las fallas de mercado justifican la regulación?

No todas las fallas de mercado justifican la regulación. Para que una falla sea relevante y justifique la regulación debe:

- a. Ser una falla con un valor económico relevante. Por ejemplo, la belleza o fealdad de una persona puede ser ‘técnicamente’ una externalidad, pero no es relevante económicamente en principio.
- b. No debe ser solucionada por el mercado. Por ejemplo, algunas veces el mercado mismo genera mecanismos para superar la asimetría informativa, por ejemplo, a través de rankings de usuarios.
- c. La solución “regulatoria” debe ser menos costosa que la falla del mercado misma. La regulación en sí misma puede introducir incentivos en un mercado que generen ineficiencia o de alguna manera dañen un bien social.

Solo si se cumplen estas tres condiciones, las fallas de mercado pueden ser justificaciones razonables para la regulación.

4. ¿Cuáles son las fallas típicas de la regulación?

No solo el mercado presenta fallas, sino también la regulación. Entre los errores más comunes se encuentran:

- a. No justificar adecuadamente las normas: algunas veces justificamos la intervención sobre la base de que el resultado alcanzado no nos satisface. Por ejemplo, podemos pensar que la calidad de un bien es baja. El problema con este razonamiento es que no es una tarea fácil determinar el punto de comparación. ¿Cuál es el nivel de calidad ideal de los automóviles, por ejemplo?
- b. No medir adecuadamente sus costos: muchas veces se confunde redistribución o costo “contable” con costo en el sentido económico o pérdida de eficiencia.
- c. No tomar en cuenta los efectos imprevistos de las normas o costos ocultos: como ya detallamos, muchas normas sufren del “Efecto Peltzman”, por lo que tienen el efecto exactamente inverso al pensado. Muchas veces los reguladores no se dan cuenta del efecto que podría tener la norma que crearon.

5. ¿Diferencias entre análisis de calidad regulatoria *ex ante* y *ex post*?

El análisis *ex ante* comienza cuando aún no existe un proyecto de regulación, mientras que el análisis *ex post* se realiza sobre un proyecto o norma ya aprobado.

6. ¿Qué es el RIA (Análisis de Impacto Regulatorio)?

El RIA es un procedimiento que sirve para evaluar regulación *ex ante*. Típicamente, el RIA incluye las siguientes etapas:

- Evaluación del problema.
- Alternativas -regulatorias o desregulatorias- de solución.
- Evaluación de costos y beneficios de cada una de las alternativas (ACB).
- Elección previa de la alternativa menos costosa.
- Consulta pública.
- Definición de la alternativa que será convertida en una norma.

Si bien el RIA tiene esos pasos, según la OCDE, puede ser aplicado de manera más o menos rigurosa dependiendo de la importancia de la norma que se tenga que analizar.

7. ¿Qué es el ACB (Análisis de costos y beneficios)?

Es un test económico. El ACB como su nombre lo indica consiste en la evaluación de los costos y beneficios económicos de las normas. Puede ser usado como un paso dentro de un proceso de evaluación mayor (por ejemplo, del RIA), así como de manera individual. Por esto mismo, el ACB puede ser utilizado como parte de un proceso de evaluación *ex ante* o *ex post*.

8. ¿Qué es el test de proporcionalidad?

El test de proporcionalidad es un test legal, habitualmente utilizado por jueces o cortes, para determinar si una norma es razonable o no. El test, sin embargo, puede ser utilizado tanto *ex ante* -por ejemplo, por una Comisión en el Congreso-, como *ex post* -por ejemplo, en un proceso de inconstitucionalidad.

El *test* consiste en tres sub-tests:

- a. Idoneidad: si la norma puede cumplir su propósito.
- b. Necesidad: si no existe una alternativa menos gravosa.
- c. Proporcionalidad en sentido estricto: si la norma tiene menos costos que beneficios. Los costos o beneficios a los que se hace referencia no necesariamente son económicos, ni se expresan como moneda, sino que son retóricos y subjetivos.

Anexo II

Ejemplo de aplicación del Test de Proporcionalidad

Norma: Prohibición de publicidad de sucedáneos de la leche materna

¿La norma tiene un fin constitucionalmente válido?

La norma busca proteger la salud de los infantes. Sin duda es un fin constitucionalmente válido, desde que la Constitución establece que es un fin del Estado proteger la salud de la población e incluso se refiere de manera específica a la salud de los niños.

Nota: el fin constitucionalmente válido es difícil de discutir, pues en la mayoría de casos basta con invocar un derecho o bien constitucional.

Idoneidad: ¿La norma es adecuada para conseguir ese fin válido?

El mecanismo por el cual se busca que la norma consiga el propósito es reduciendo el consumo de sucedáneos de la leche materna lo que -a su vez- aumentará el consumo de leche materna. Las prohibiciones de publicidad buscan aumentar el precio de los bienes, porque reducen la competencia entre los productores de un bien. En un escenario sin publicidad, los consumidores no pueden comparar precios, por lo que los productores no necesitan competir por precios. Esto hace que los precios sean más altos y más dispersos en promedio.

El aumento del precio, típicamente, genera una reducción en el consumo de un bien, en este caso, de los sucedáneos de la leche materna. Por tanto, hasta aquí, podríamos decir que la norma cumple su propósito de reducir el consumo de sucedáneos de leche materna.

Sin embargo, ¿logra aumentar el consumo de leche materna? La pregunta no es tan fácil de responder como podría parecer a primera vista, desde que la disminución del consumo de sustitutos no necesariamente llevará a las madres a dar a sus hijos leche materna. Esto puede ocurrir por una pluralidad de motivos, incluyendo: las madres no tengan tiempo para darles de lactar; tengan alguna enfermedad; o, hayan decidido no dar de lactar por algún factor cultural.

Entonces, dado que la reducción del consumo de sucedáneos puede devenir en un aumento del consumo de leche materna u otros sustitutos no adecuados como leche en tarro, té, jugos de fruta o agua -cuya publicidad no se encuentra prohibida- entonces no se puede afirmar que la norma cumpla su propósito.

Si los infantes, a partir de la norma, consumirán sustitutos a la leche materna que son incluso peores que las fórmulas para lactantes, entonces la

norma podría ir en contra de su propio objetivo: preservar la salud de los infantes.

Necesidad: ¿Existe una alternativa menos gravosa?

Como ya mencionamos, prohibir la publicidad aumenta los precios a través de reducir la información sobre precios en el mercado. Entonces, si bien uno es consecuencia del otro, esta norma produce dos efectos relevantes en el mercado: reduce la información disponible y aumenta los precios⁶⁶.

El único efecto realmente necesario y deseado por los reguladores en este caso es aumentar el precio. Por tanto, la pregunta relevante es si existe alguna alternativa de regulación que pueda aumentar el precio sin reducir la información.

La respuesta es que sí: un impuesto selectivo al consumo de fórmulas puede aumentar el precio sin reducir la información. Entonces, si existe una alternativa menos gravosa que prohibir la publicidad.

Proporcionalidad en sentido estricto: ¿La norma produce menos costos que beneficios?

Dado que el objetivo de esta norma no es la eficiencia, se debe buscar otra forma de calcular sus beneficios. En este caso, el objetivo de la norma - mejorar la salud de los infantes- se puede medir a través de cuántas vidas logra salvar. Dado que existe un “valor estadístico de la vida”⁶⁷, se le puede asignar un valor monetario a las vidas salvadas. Luego, ese valor sería comparado con la pérdida de eficiencia producida por la norma que se calcula en base a la variación del precio de los sucedáneos de la leche materna.

Nota: si es que una norma no pasa alguna de las etapas del test de proporcionalidad, el análisis se puede quedar ahí, no siendo necesario ir hasta la etapa final.

66 Ver el caso Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council, 1976, resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos.

67 BOARDMAN, Anthony; GREENBERG, David; VINING, Aidan y David WEIMER. Cost-Benefit Analysis. Concepts and Practice. Pearson. 2011. p. 408.

Anexo III De la obligación de hacer ACB en los Congresos del mundo

Cuadro 8. De la obligación de hacer ACB en los Congresos del mundo

País	¿Requerimiento de ACB?	Disposición	Texto
Argentina	Solo costos presupuestarios	126° Reglas del Senado	“Todo proyecto que importe gastos incluirá en sus fundamentos la estimación de tales erogaciones e indicará la fuente de financiamiento, a fin de justificar la viabilidad del mismo.”
Bolivia	Sí requiere un “impacto económico” que se puede entender como ACB	132.5° Reglamento de la Asamblea Nacional	“Todo proyecto de ley debe ser presentado ante la Secretaría y estará acompañado de una exposición de motivos que contendrá, al menos: (...) 5. El impacto e incidencia presupuestaria y económica referidos a la aprobación de la ley o, en todo caso, previo el informe de la Oficina de Asesoría Económica de la Asamblea Nacional.”
Brasil	No lo menciona		
Chile	Solo presupuestal	13° Reglamento del Congreso	“Los Mensajes, cuando corresponda, deberán adjuntar, además, un informe financiero de la Dirección de Presupuestos con los antecedentes que expliquen los gastos que pudiere importar la aplicación de sus normas, la fuente de los recursos que la iniciativa demande, con la disponibilidad presupuestaria correspondiente, y la estimación de su posible monto.”
Colombia	No lo menciona		
Ecuador	No lo menciona		
Unión Europea	Solo presupuestal	46.5° Rules of Procedure of the European Parliament	“Cuando una propuesta tenga implicancias financieras, el Parlamento debe indicar si existen suficientes fondos”.

Mexico	No lo menciona		
Paraguay	No lo menciona		
Perú	Si es obligatorio	75° Reglamento del Congreso	“Las proposiciones de ley deben contener (...) el análisis costo-beneficio de la futura norma legal(...)”.
España	Solo presupuestal	108.1° Reglamento del Senado	“Las proposiciones de ley que se deban a la iniciativa de los Senadores deberán ser formuladas en texto articulado, acompañado de una exposición justificativa y, en su caso, de una Memoria en la que se evalúe su coste económico.”
Estados Unidos	Solo presupuestal	XXVI.11.(a)(1)° Standing Rules of the Senate	"El reporte acompañando cada norma (...) debe contener: 1. un estimado hecho por el comité correspondiente de los costos en los que se incurrirá por llevar adelante determinada proyecto normativo (...)"
Uruguay	No lo menciona		

Este cuadro se refiere a la obligación de realizar el ACB exclusivamente en el Congreso, no en otros poderes del Estado ni en agencias especializadas dentro del propio Gobierno. Como se puede apreciar, es raro encontrar países que tengan dicha obligación. La mayoría tiene obligación de reportar costos para el erario público, pero como ya hemos visto, este concepto difiere del concepto de "costo" en el sentido económico. Por tanto, Perú es una excepción a nivel mundial al hacer obligatorio del ACB en el Congreso.

BIBLIOGRAFÍA

1. ADAMS, Scott y COTTI, Chad. "Drunk driving after the passage of smoking bans in bars". En: *Journal of Public Economics* 92. 2008.
2. ADLER, Matthew y POSNER, Eric. *Cost-Benefit Analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives*. The University of Chicago Press. 2001.
3. AKERLOF, George. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. En: *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 84, No. 3 (Aug., 1970).
4. ARIAS-SCHREIBER, Félix, VALDIVIESO, Luis y PEÑA, Antonio. *Balance y perspectivas de la aplicación del análisis costo beneficio ACB en los proyectos de ley del Congreso de la República del Perú*. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2014.
5. ASHFORD, Nicholas A. "Alternatives to cost-benefit analysis in Regulatory Decisions". En: *Annuals of the New York Academy of Sciences*. New York Academy of Sciences, 1981, New York.
6. Asociación Civil Transparencia. *Guía para la evaluación de proyectos de Ley*. Lima, 2013.
7. BALDWIN, Robert, Cave, Martin y Lodge, Martin. *Understanding Regulation Theory, Strategy, and Practice*. Oxford University Press, 2012, New York.
8. BECKER, Gary S. "A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence". *Quarterly Journal of economics* 98, 1983.
9. BECKER Gary S. "A Theory of Social Interactions." *Journal of Political Economy*, Vol. 82, No. 6, 1974.
10. BOARDMAN, Anthony; GREENBERG, David; VINING, Aidan y WEIMER, David. *Cost-Benefit Analysis. Concepts and Practice*. Pearson. 2011.
11. BOYES, William J. y Roger L. FAITH. "Temporal Regulation and Intertemporal Substitution: The Effect of Banning Alcohol at College Football Games". En: *Public Choice* 77. 1993.
12. BREYER, Stephen. "Analizando el fracaso de la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma". En: *Themis-Revista de Derecho* 52. 2005.
13. BREYER, Stephen. *Regulation and Its Reform*. Harvard University Press. 1982.

14. BREYER, Stephen. Breaking the Vicious Circle toward effective risk regulation. Harvard University Press, 1993, Cambridge.
15. CALABRESI, Guido. "Una introducción al pensamiento legal: cuatro aproximaciones al derecho y la disposición de partes del cuerpo". En: *Ius Et Veritas* No. 32, 2006, Lima.
16. CALABRESI, Guido y KLEVORICK, Alvin K., "Four Tests for Liability in Torts". Faculty Scholarship Series. Paper 3744, 1985.
17. CARRIGAN, Christopher. "What's Wrong with the Back of the Envelope? A Call for Simple (and Timely) Benefit-Cost Analysis". The Washington University Regulatory Studies Center. Working Paper, 2014.
18. CODERCH, Pablo Salvador. El legado de un zar: Cass Sunstein, la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios estadounidense y la mejora de la calidad de las leyes en España. *Indret* 2013.
19. COFFEY, Bentley; MCLAUGHLIN, Patrick A. y PERETTO, Pietro. The Cumulative Cost of Regulations. *Mercatus Working Paper*. 2016.
20. COHEN Félix S. El método funcional en el Derecho. Abeledo Perrot. S.A., 1962, Buenos Aires.
21. Comisión Federal de Mejora Regulatoria. Conferencia Nacional de Mejora Regulatoria y 5ta Red Latinoamericana y del Caribe de Mejora Regulatoria. Solidaridad, Quintana Roo. 1 de noviembre de 2017.
22. DRIESSEN, David M. "Its cost benefit analysis neutral?". En: *University of Colorado Law Review*, Vol. 77, 2006, Colorado.
23. Estudios de la OCDE en Reforma Regulatoria Política Regulatoria en el Perú. 2016.
24. George Mason University. The Cumulative cost of Regulations. El antedicho estudio puede ser encontrado en el sitio web: <https://www.mercatus.org/publication/cumulative-cost-regulations>.
25. Gerencia de Políticas y Análisis Económico de Osinergmin. Guía de Política Regulatoria N°1: Guía Metodológica para la realización de Análisis de Impacto Regulatorio en Osinergmin. Lima 2016.
26. GNEEZY, Uri y RUSTICHINI, Aldo. A Fine Is a Price. *The Journal of Legal Studies* 2000.
27. HARVEY, Brett . "Ice Guardians", 2016.

28. HUNT, Priscillia; RABINOVICH, Lila; y, BAUMBERG, Ben. "Preliminary assessment of the economic impacts of alcohol pricing policy options in the UK". RAND Technical Report. 2010.
29. KHAN, Alfred. *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*. MIT Press. 1988.
30. MAJONE, Giandomenico. *Evidence, Argument & Persuasion in the Policy Process*. New Haven: Yale University Press. 1989.
31. MEJIA, Gianfranco. *Análisis costo-beneficio de las normas*. Editorial Académica Española. Saarbrücken, 2011.
32. McCORMICK, Robert. "A Review of the Economics of Regulation: The Political Process". En: MEINERS, Roger y YANDLE, Bruce (editores). *Regulation and the Reagan Era. Politics, Bureaucracy and the Public Interest*. The Independent Institute. 1989.
33. MEINERS, Roger y YANDLE, Bruce. "Regulatory Lessons from the Reagan Era: Introduction". En: MEINERS, Roger y YANDLE, Bruce (editores). *Regulation and the Reagan Era. Politics, Bureaucracy and the Public Interest*. The Independent Institute. 1989. p. 3
34. MITCHELL, William. "The old and new public choice: Chicago versus Virginia". En: SHUGHART, William y Laura RAZZOLINI (editores). *The Elgar Companion to Public Choice*. Edward Elgar. 2001.
35. OCDE. *Política Regulatoria en Perú. Uniendo el marco para la mejora regulatoria. Aspectos Clave*. Estudios de la OCDE en Mejora Regulatoria. 2017.
36. OCDE. *Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Política y Gobernanza Regulatoria de 2012*.
37. OCDE. "Regulatory Reform for Recovery, Lessons From Implementation During Crises", 2010.
38. ONLIN, Michael; PEPPER, John; y, DICKERT-CONLIN, Stacy. "The Effect of Alcohol Prohibition on Illicit-Drug-Related Crimes". En: *Journal of Law and Economics* 48. The University of Chicago. 2005.
39. PELTZMAN, Sam. "The Effects of Automobile Safety Regulation". En: *Journal of Political Economy* Vol. 83, No. 4 (Aug., 1975), pp. 677-726
40. *Proceedings from the OECD expert meeting on Regulatory Performance: Ex Post Evaluation of Regulatory Policies*. Paris, 2003.

41. POSNER, Richard A. "Theories of Economic Regulation," 5 Bell Journal of Economics and Management Science Vol. 5, No. 2, 1974.
42. Proceedings from the OECD expert meeting on Regulatory Performance: Ex Post Evaluation of Regulatory Policies. Paris, 2003.
43. QUINTANA, Eduardo. "Análisis de Impacto Regulatorio en la Regulación Peruana de Servicios Públicos". En: Derecho y Sociedad No. 36. Lima, pp. 15-29.
44. QUINTANA, Eduardo. "Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio: ¿captura o administración de recursos dispersos?". En: Themis No. 52 Revista de Derecho. Lima 2006, pp. 93-120.
45. SANTOS, Alvaro. The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. 2006
46. SHAPIRO, Sidney A. y SCHROEDER, Christopher H. "Beyond cost-benefit analysis: a pragmatic reorientation". En: The Harvard Environmental Law Review (Vol. 32). Harvard Law School, 2008, Cambridge.
47. SHAPIRO, Sidney A. y GLICKSMAN, Robert L. Risk Regulation at Risk. Restoring a Pragmatic Approach. Stanford University Press. 2003.
48. SMITH, Adam y YANDLE, Bruce. Bootleggers and Baptists. Cato Institute. 2014.
49. STIGLER, George. "The Theory of Economic Regulation". En: The Bell Journal of Economics and Management Science. Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971).
50. SUBRAMANIAN, Guhan. The Disappearing Delaware Effect. En: Journal of Law, Economics, & Organization Vol. 20, No. 1 (Apr., 2004).
51. SUMAR, Oscar. "Cinco errores frecuentes en la justificación de proyectos legislativos: una perspectiva económica". En: Themis-Revista de Derecho 62. 2012.
52. SUMAR, Oscar y AVELLANEDA, Julio. Paradojas de la Regulación de la Publicidad. Universidad del Pacífico. 2010.
53. VOGEL, David. Trading Up. Consumer and Environmental Regulation in a Global Economy. Harvard University Press. 1995.
54. VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON Jr, Joseph E. y VERNON, John M. Economics of Regulations and Antitrust. The MIT Press, 2005, London.

55. VISCUSI, Kip (editor). "Regulation Through Litigation". AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies. 2002. p. I.
56. ZERBE Richard O. "The Legal Foundation of Cost-Benefit Analysis" En: *Espresso*, 2007.
57. ZHU, Jiangnan. Do Severe Penalties Deter Corruption? A Game-Theoretic Analysis of the Chinese Case, *China Review* Vol. 12, No. 2 (Fall 2012).

Se terminó de imprimir
en diciembre de 2017
en los talleres gráficos de

**Dirección General de Desarrollo
Normativo y Calidad Regulatoria**

**Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos**

www.minjus.gob.pe/dgdncr/

<http://spij.minjus.gob.pe>

