

LA MEJORA REGULATORIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA AMÉRICA ESPAÑOLA

José Ignacio HERNÁNDEZ GONZÁLEZ

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

Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional

en la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA POLÍTICA DE LA MEJORA REGULATORIA EN LAS NUEVA LEGISLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA AMÉRICA ESPAÑOLA: 2.1. El concepto de regulación económica; 2.2. El concepto de mejora regulatoria. La influencia del Derecho Administrativo de Estados Unidos.— 3. EL ENFOQUE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: EL CICLO REGULATORIO Y LOS ESPACIOS DE PRUEBA REGULATORIO: 3.1. El ciclo regulatorio y la perspectiva de políticas públicas; 3.2. Los espacios de prueba regulatorios como una expresión de la política regulatoria.— 4. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: Hasta finales del siglo xx, el Derecho Administrativo hispanoamericano no contaba con un concepto específico de regulación, pues la palabra se empleaba, genéricamente, para describir la intervención del Estado en la economía. Pero en buena medida como resultado de la influencia de la doctrina española, desde finales de ese siglo, la regulación ha cobrado importancia como una institución distintiva cuyo significado exacto, sin embargo, dista mucho de estar claro. Recientemente, dicha institución ha estado en el centro de la reforma legislativa orientada a la mejora regulatoria, reflejada en varias leyes que ampliaron el alcance del procedimiento administrativo, adoptando una perspectiva de política regulatoria. Esas leyes, que se apoyan en principios generales tradicionales, deben interpretarse como expresión de un nuevo paradigma: la tarea de la Administración Pública no es sólo imponer restricciones a las empresas económicas de manera unilateral, sino también, colaborar con el sector privado para incrementar la calidad de la regulación. Un ejemplo reciente de este nuevo paradigma es el espacio de prueba regulatorio, en el que la Administración Pública no aborda fallas del mercado, sino que contribuye a que el sector privado cree nuevos mercados, todo lo cual denota la expansión contractual al ámbito de la regulación.

ABSTRACT: Until the end of the 20th century, Spanish-American Administrative Law did not have a specific concept of regulation. The term was used broadly to describe the government's economic involvement. However, starting from the end of the 20th century, regulation gained significance as a distinct institution with an unclear exact meaning, primarily influenced by Spanish doctrine. Recently, this institution has been the focus of legislative reform to improve regulations through several laws that expanded the scope of the administrative procedure and adopted a regulatory

policy perspective. These laws, based on traditional general principles, should be seen as an expression of a new paradigm: the role of the Public Administration is not only to unilaterally impose restrictions on economic firms but also to collaborate with the private sector to enhance the quality of regulation. A recent example of this new paradigm is the regulatory sandbox, where the Public Administration addresses market failures and assists the private sector in creating new markets, illustrating a broadening of the scope of regulation through contractual expansion.

1. INTRODUCCIÓN

El método comparado se ha empleado en el estudio del Derecho Administrativo en los países que integran a América Latina¹. Pero es posible —y recomendable— reducir el ámbito de la comparación a los países del continente América colonizados por España². Así, las raíces hispánicas compartidas justifican el estudio de los países que conforman a la América Española, excluyendo a Brasil, país incorporado en el enfoque tradicional de la América Latina³. Estas raíces parten del *ius commune*, el cual está presente en diversas instituciones jurídico-administrativas⁴.

Así, el estudio del Derecho Administrativo de la América Española es especialmente útil, pues permite comprender, mejor, la influencia de las raíces humanistas, presentes en la amalgama entre el Derecho Civil —basado en el *ius commune*— y el Derecho Indiano, resultando así en una suerte de *ius commune hispaniarum indiarumque*⁵. Parafraseando un aforismo conocido, podría decirse que para conocer al Derecho Administrativo en España, hay que estudiar al Derecho Administrativo en la América Española, de igual manera que para comprender al Derecho Admi-

¹ Por ejemplo, vid. BREWER-CARÍAS Allan, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020, pp. 23 y ss.

² El estudio de los modelos de Derecho Administrativo de diversos países constituye el *tertium comparationis* que justifica la aplicación del método comparado. Entre otros, vid. NAPOLITANO, Giulio, *Introduzione al diritto Amministrativo comparado*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 17 y ss.

³ La selección de países que integran la América Latina es en cierto modo arbitraria, pues en realidad, no se incorporan a todos los países cuya formación tiene raíces latinas, como es el caso de Haití. En la práctica, la expresión se aplica a los países del continente colonizados por España y Portugal. Vid.: QUIJADA, Mónica, «sobre el origen y difusión del nombre américa latina (o una variación heterodoxa en torno al tema de la construcción social de la verdad)», en *Revista de Indias* n° 214 Volumen LVIII, 1998, pp. 595 y ss.

⁴ El *ius commune* es una construcción medioeval, basada en la relación entre el Derecho positivo —*ius civile*— el Derecho Natural y el Derecho Canónico, que especialmente se extendió en Europa no solo como resultado de la expansión del Derecho Romano, sino también, del Derecho eclesiástico. En la base de esta construcción encontramos el postulado de la complementariedad de los ordenamientos civil y canónico, resumido en la expresión *utrumque ius*, o sea, ambos Derechos. Vid.: CASTRO-CAMERO, Rosario de, «ius commune: fundamento del derecho común europeo e iberoamericano. breve aproximación», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* N° 128, 2010, pp. 671 y ss. Véase en especial a COING, Helmut, «la contribución de las naciones europeas al derecho común», en Pérez Martín, Antonio (ed) *España y Europa, un pasado jurídico común*, Instituto de Derecho Común, Murcia, 1985, p. 45.

⁵ BETANCOURT SERNA, Fernando, «la recepción del *ius commune* privatum hispaniarum indiarumque», en *Revista Internacional de Derecho Romano* n° 21, 2018, pp. 1 y ss.

nistrativo en Hispanoamérica, es preciso comprender los fundamentos del Derecho Administrativo de España.

Una figura que permite comprender la impronta del Derecho Administrativo de España es la regulación. Hasta fines del siglo xx, la expresión no tenía ningún significado específico, al punto que las pocas referencias a la regulación aludían, simplemente, a la intervención del Estado en la economía por medio de Leyes y reglamentos. Pero siguiendo a la doctrina española, hoy la regulación es una institución comúnmente estudiada en el Derecho Administrativo de Hispanoamérica. Recientemente, esta institución ha tenido una importante renovación a través de la mejora regulatoria, adoptada como uno de los objetivos del procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo en Hispanoamérica acusa la influencia del Derecho español, en especial, en tanto su objeto tradicional se enfoca en el acto administrativo, en aspectos tales y como sus requisitos de validez y eficacia⁶. Pero desde fines del siglo xx e inicios del siglo xxi, la legislación del procedimiento administrativo en Hispanoamérica ha recibido la influencia de organismos como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), pues las Leyes han ampliado el objeto del procedimiento a la regulación y su mejora.

De esa manera, este estudio presenta el análisis comparado de las Leyes y demás disposiciones sobre mejora regulatoria que se han introducido en la América Española, a los fines de exponer sus principios comunes. Desde una perspectiva introductoria, este estudio comparado permite apreciar un cambio de paradigma. Así, el concepto de regulación fue incorporado al Derecho Administrativo Hispanoamericano a fines del siglo xix, inspirado en una visión cuantitativa de la intervención administrativa en la economía, y de allí el énfasis por la desregulación y la simplificación de trámites. Pero en el siglo xxi, impera el paradigma cualitativo, pues no se discute si la regulación es o no necesaria, en tanto el objetivo consiste en incrementar la calidad de la regulación, en términos de aumento de sus beneficios y reducción de sus costos. Esta visión cualitativa ha llevado a incorporar la perspectiva de las políticas públicas al Derecho Administrativo, todo lo cual obliga a una aproximación interdisciplinaria que permita medir la calidad de la regulación.

Una específica manifestación de esta nueva perspectiva es la introducción del concepto de espacio de prueba regulatorio para favorecer la innovación asociada a nuevas tecnologías, en especial, en el sector financiero. La perspectiva de la política regulatoria ha llevado a un cambio de enfoque, en tanto la regulación no es, aquí, la expresión de potestades administrativas de ordenación y limitación tradicionales, sino más bien, un instrumento por el cual la Administración económica colabora con operadores para favorecer la innovación. Tal colaboración demuestra que la re-

⁶ BREWER-CARÍAS, Allan, «administrative procedure and judicial review in latin america», en DELLA CANANEA, Giacinto y ANDENAS, Mads (ed), *Judicial Review of Administration in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 65 y ss.

gulación ha mutado, para adoptar un rol más próximo a la colaboración basada en el acuerdo de voluntades.

De esa manera, el presente trabajo elabora una visión panorámica de las tendencias actuales de la regulación en el Derecho Administrativo de la América Española, para lo cual queda dividido en dos partes. En la *primera parte*, se presenta el concepto de regulación y mejora regulatoria en el Derecho Administrativo, destacándose cómo estos conceptos presentan problemas para su encuadre en un marco conceptual ajeno a la perspectiva de las políticas públicas. Así, a pesar de la importancia que tiene la mejora regulatoria en el procedimiento administrativo, lo cierto es que el concepto de regulación resulta en exceso impreciso, todo lo cual fuerza a adoptar una interpretación holística, centrada en la actividad de ordenación y limitación de la libertad de empresa, sin perjuicio de la proyección de la mejora regulatoria en otras aristas de la actividad administrativa. La *segunda parte* examina las técnicas de la mejora regulatoria, para reflejar un cambio de paradigma bajo el cual la Administración económica no se limita a la ordenación y limitación coactiva de la libertad de empresa, sino que adopta también una aproximación de cooperación, lo que incluso ha dado lugar a los llamados espacios de prueba regulatorios, que pueden ser considerados como una manifestación específica de la perspectiva de políticas públicas de la mejora regulatoria, la cual proyecta la técnica contractual a la regulación.

2. LA POLÍTICA DE LA MEJORA REGULATORIA EN LAS NUEVA LEGISLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA AMÉRICA ESPAÑOLA

Como explicamos en la introducción, fue hacia fines del siglo pasado que el concepto de regulación fue recibido en la América Española, con un concepto específico y distinto a la expresión, más descriptiva, de Estado regulador⁷. Esta recepción se hizo inspirada en el Derecho Administrativo de España, que igualmente, incorporó este concepto a sus categorías⁸, con el propósito de realzar el cambio de los paradigmas de la intervención del Estado en la economía⁹. De esa manera, frente a la intervención basada en la titularidad estatal de sectores económicos explotados a través de entes administrativos, se pasó a un modelo en el cual estos sectores son operadores por la iniciativa privada, bajo el control de la Administración justificado en paliar fallos de mercado y en la gestión de riesgos¹⁰.

⁷ HERNÁNDEZ G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 234 y ss

⁸ CRUZ FERRER, Juan de la, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, pp. 217 y ss

⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Economía y Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 327 y ss

¹⁰ ESTEVE PARDO, José, *Principios de Derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 27 y ss.

Es posible identificar, en tal sentido, dos tendencias en Hispanoamérica en torno a la relación entre regulación y Derecho Administrativo. Bajo una perspectiva, la regulación alude a un tipo especial de actividad administrativa caracterizada por técnicas innovadoras que descansan en el análisis económico del Derecho y la protección de los mecanismos de mercado, de lo cual resulta una disciplina con cierto grado de autonomía, a saber, el Derecho Administrativo de la regulación económica¹¹. Otra perspectiva niega toda novedad en el concepto de regulación, al sostener que éste, en suma, responde a la caracterización general de la actividad de policía¹².

El problema conceptual que rodea el concepto de regulación, y su relación con la actividad de policía¹³, queda en evidencia con la ola de reformas apreciada en la región a través de Leyes que amplían el procedimiento administrativo, con el propósito de introducir controles orientados a mejorar la calidad de la regulación¹⁴. Estas reformas están especialmente influenciadas en la perspectiva de la OCDE, que desde fines del pasado siglo impulsó el estudio de la política regulatoria como parte de las políticas económicas, traducida en normas jurídicas de variada naturaleza que inciden en el intercambio de bienes y servicios. Este primer enfoque realzó el paradigma del libre mercado, con lo cual el enfoque se centraba en identificar la regulación que debía ser suprimida, en función a sus efectos adversos sobre la economía, o sea, la desregulación. Posteriormente, ese enfoque se complementó al proponer fortalecer la calidad de la regulación, esto es, maximizar sus efectos positivos sobre el bienestar económico y social, reduciendo sus efectos adversos¹⁵.

Este enfoque también ha sido adoptado por el BID, quien a través de su actividad prestacional fortalece la construcción de capacidades institucionales para mejorar la calidad de la regulación. Nótese que en este enfoque el único objetivo no es suprimir la regulación, al partirse de una visión más amplia que busca mejorar su impacto positivo sobre el desarrollo, lo que puede llevar, según los casos, a la desregulación. Tras esta visión subyace el reconocimiento de la necesidad de la política regulatoria

¹¹ MORENO CASTILLO, Luis Ferney, *Teoría de la regulación. Hacia un Derecho Administrativo de la regulación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 56 y ss.

¹² HUAPAYA, Ramón, «Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la «regulación»», en *Ius et Veritas* N° 40, Lima, 2010, pp. 309 y ss. Véase también, del autor, *Administración pública, derecho administrativo y regulación*, Ara Editores, Lima, 2011, pp. 633 y ss.

¹³ La actividad de policía es aquella que limita el ejercicio de libertades individuales, incluyendo la libertad económica. Con lo cual, la regulación es una manifestación de tal potestad. Vid. CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 61 y ss. No obstante, en su estudio predomina la aproximación desde el análisis económico, al entenderse que la regulación se justifica en función a fallos de mercados, todo lo cual fortalece el estudio comparado entre el Derecho Administrativo de la América Española y el Derecho Administrativo de Estados Unidos. Vid.: BIANCHI, Alberto, *La regulación económica. Tomo I*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 201 y ss.

¹⁴ CARVAJAL, Bernardo, «¿Cómo asegurar calidad regulatoria?», en *Revista Digital de Derecho Administrativo* n° 9, Bogotá, 2013, pp. 41 y ss.

¹⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Regulatory Policy and Governance: Supporting Economic Growth and Serving the Public Interest*, 2011, pp. 17 y ss.

para la promoción del desarrollo, lo que lleva a centrar la atención en la capacidad institucional de la Administración Pública para diseñar, implementar y controlar las políticas regulatorias¹⁶.

2.1. El concepto de regulación económica.

En la América Española, México ha sido uno de los países pioneros en introducir a política de mejora regulatoria a sus Leyes administrativas, a partir del Decreto de 19 de abril de 2000, que reformó la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, para introducir un nuevo Título dedicado, precisamente, a la mejora regulatoria, y que en parte, respondió a los compromisos asumidos en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, de 1988. Las bases de esta política fueron incorporadas a la Constitución en la reforma de 2017, todo lo cual dio lugar a la vigente *Ley General de Mejora Regulatoria*, de 2018¹⁷.

La experiencia de México marcó la tendencia de la mejora regulatoria en la región, más interesada en incorporar controles administrativos que en definir el concepto de «regulación». En general, puede apreciarse en la región dos tendencias. En una, la regulación es toda norma jurídica; en otra, la regulación comprende la ordenación y limitación de actividades económicas por la Administración.

El concepto más común es el que equipara la regulación con el concepto de normas jurídicas. Así, el numeral XV del artículo 3 de la citada *Ley General de Mejora Regulatoria* de México, incorpora el siguiente concepto:

«regulación o regulaciones: cualquier normativa de carácter general cuya denominación puede ser acuerdo, circular, código, criterio, decreto, directiva, disposición de carácter general, disposición técnica, estatuto, formato, instructivo, ley, lineamiento, manual, metodología, norma oficial mexicana, regla, reglamento, o cualquier otra denominación de naturaleza análoga que expida cualquier sujeto obligado».

La política regulatoria equivaldría, así, a la política normativa del Estado¹⁸. Este concepto es un tanto confuso, pues pudiera dar a entender que el propósito de esta política es, en general, mejorar la calidad de toda la función normativa del Estado,

¹⁶ FARÍAS, Pedro, *et al.*, «el nuevo papel de las reformas regulatorias. ¿hacia dónde caminamos?», en FARÍAS, Pedro *et al.*, *¿Preparados para regular? Lecciones y desafíos de la regulación en América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., 2022, pp. 74 y ss.

¹⁷ MÁRQUEZ, Daniel, «comentario a la nueva ley general de mejora regulatoria», en *Revista de la Facultad de Derecho de México* N° 272, Madrid, 2018, pp. 1.035 y ss.

¹⁸ Tal es el caso de El Salvador. El literal g del artículo 5 del Decreto n° 202, de *Ley de Mejora Regulatoria*, de 2019, define regulación de la siguiente manera: «son aquellas normas de carácter general que se emiten, según lo previsto en el ordenamiento jurídico, cualquiera que sea su denominación, tales como ley, reglamento, decreto, acuerdo, resolución general, instructivo, disposición administrativa, circular, norma técnica u otras». En el Perú, el Decreto Legislativo n° 1565, de 2023, contentivo de la *Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria*, alude en términos generales a la función normativa del Estado (artículo 1). Desde la perspectiva normativa, vid. MONTES, Karina y FERNEY Moreno, Luis, *Mejora regulatoria. Análisis de impacto normativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2022, pp. 23 y ss.

incluyendo la calidad de las Leyes en general. Sin embargo, la mejora de la calidad del Código Penal, por ejemplo, no es racionalmente un objetivo de la política de mejora regulatoria. Por ello, otros países limitan el concepto a la actividad administrativa. Por ejemplo, en República Dominicana, el artículo 3.18 de la *Ley No. 167-21 de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites*, de 2021, define regulación de la manera siguiente:

«es el acto administrativo de carácter general expedido por la administración pública, materializado en cualquier instrumento jurídico»

Sin embargo, tampoco este concepto es del todo exacto, pues lo cierto es que la política no se limita a mejorar la calidad de la potestas reglamentaria, en tanto también abarca la aplicación del reglamento por medio de técnicas de control y su implementación. De allí que la política de mejora regulatoria aplica también a los trámites, esto es, las solicitudes —y sus subsecuentes procedimientos— presentados por las personas a la Administración, aportando la información necesaria para cumplir con determinada obligación, o para obtener un bien, servicio o, en suma, decisión favorable, de conformidad con la regulación aplicable. También se abarcan los trámites iniciados por la Administración para inspeccionar y supervisar el cumplimiento de la regulación¹⁹. En Ecuador, la política de mejora regulatoria se ha formulado a través de la mejora y simplificación de los trámites administrativos²⁰.

Los problemas conceptuales en definir la regulación demuestran un problema en la incorporación de esta expresión, ajena a la tradición del Derecho Administrativo Hispanoamericano. Así, destaca la resistencia en emplear conceptos más tradicionales, como reglamento, que en términos generales, es el acto normativo de rango sublegal dictado por la Administración. De igual manera, la expresión «trámite» se confunde con los conceptos más tradicionales de procedimiento y actividad administrativa. Finalmente, en el concepto de regulación se omiten referencias explícitas a la actividad administrativa por medio de la cual se ordena y limita el ejercicio de actividades económicas.

Con lo cual, el concepto de regulación no puede depender de la interpretación literal, sino más bien, de la interpretación holística basada en las razones que llevan a emplear este concepto, y que se corresponden a un área propia del Derecho Administrativo Económico. Esto queda en evidencia al identificarse la influencia de los tratados suscritos para promover el libre comercio, y que incluyen disposiciones de mejora regulatoria. Un ejemplo reciente es el tratado de libre comercio entre México, Canadá y Estados Unidos (T-MEC), de 2018, el cual incluyó en su capítulo 28 las buenas prácticas regulatorias, definidas como los estándares orientados a reforzar la calidad de la regulación, por medio de los principios de transparencia, objetividad, rendición de cuentas y predictibilidad. Otro ejemplo es el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (o CPTPP), suscrito por Chile, México y Perú en

¹⁹ Literal h, artículo 5 de la *Ley de Mejora Regulatoria* de El Salvador.

²⁰ Decreto Ejecutivo n° 372, de 4 de mayo de 2018, que *declara política de Estado, la mejora y simplificación de trámites*.

2018, que incorporó las disposiciones sobre coherencia regulatoria del Acuerdo de Asociación Transpacífico, o TPP, cuyo capítulo 25 reguló la coherencia regulatoria. Esto permite comprender que el objetivo primario de la política de mejora no son las normas jurídicas en general, ni tampoco los reglamentos en especial, sino los controles al intercambio de bienes y servicios implementados por la Administración económica, con el propósito último de incrementar la eficiencia de esos controles y así, favorecer el libre comercio²¹.

Pero este objetivo primario, impulsado por las políticas de libre comercio, termina incidiendo más allá del ámbito económico, en el sentido que la política regulatoria aplica a cualquier manifestación de la actividad de ordenación y limitación, incluso, no relacionada con el intercambio de bienes y servicios, como sucede por ejemplo con la actividad de ordenación y limitación asociada trámites migratorios o de ciudadanía²².

2.2. El concepto de mejora regulatoria. La influencia del Derecho Administrativo de Estados Unidos.

Los problemas conceptuales no acaban con el concepto de regulación, pues tampoco resulta claro el concepto de «mejora regulatoria». Por ejemplo, República Dominicana ofrece la siguiente definición²³:

«es la política pública que contribuye al proceso de toma de decisiones del estado permitiendo la generación de normas claras, de trámites y servicios simplificados, así como de instituciones eficaces para su creación y aplicación, que se orienten a obtener el mayor valor posible de los recursos disponibles y del óptimo funcionamiento de las actividades productivas, de servicios y de desarrollo humano de la sociedad en su conjunto».

Este concepto, en realidad, alude a la mejora de la actividad administrativa en general, y no a la mejora de la actividad administrativa de ordenación y limitación de actividades económicas. De allí la importancia de recordar la justificación última de la política de mejora regulatoria, relacionada con el intercambio de bienes y servicios. Considerando esta finalidad, entonces, la mejora regulatoria es, en sentido estricto, la política pública adoptada por la Administración, orientada a elevar la calidad de la actividad de ordenación y limitación, con el propósito último de *«contribuir al adecuado funcionamiento de las actividades públicas y de la sociedad en su conjunto»*, como dispone el artículo 5, letra d) de la Ley de El Salvador.

²¹ KAUFFMANN, Céline y SAFFIRIO, Camila, «good regulatory practices and co-operation in trade agreements: a historical perspective and stocktaking», OECD Regulatory Policy Working Papers, No. 14, OECD Publishing, Paris, 2021, tomado de: <https://doi.org/10.1787/cf520646-en>.

²² De allí la importancia del concepto de trámite. Por ejemplo, el literal d) del artículo 5 de la Ley de El Salvador, define trámite como *«la solicitud o entrega de información por parte de los particulares a la administración pública, con el objetivo de cumplir con una obligación, obtener un beneficio, recibir un servicio u obtener alguna resolución»*. Este concepto descansa en la actividad administrativa de policía, o de ordenación y limitación, incluso, más allá del ámbito económico.

²³ Numeral 14 del artículo 3 de la *Ley de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites*.

La mejora regulatoria, aun cuando cumple un objetivo primario relacionado con el intercambio de bienes y servicios, también puede extenderse para atender objetivos secundarios, por ejemplo, en materias como la política migratoria, según vimos. Pero en todo caso, y desde este objetivo primario, la mejora regulatoria rige a la intervención administrativa en la economía, con el propósito último de mejorar «*la competitividad y el crecimiento económico y social sostenible e inclusivo del país, así como el buen gobierno*», de acuerdo con el artículo 2 de la Ley del Perú. Como sucede en Ecuador con el Decreto n° 372, de 2018, que *declara como política de Estado la mejora y simplificación de trámites*, esta política se fundamenta en la Constitución económica, que garantiza el derecho de libertad de empresa dentro de las limitaciones establecidas en la Ley, a los fines de reducir los efectos adversos de esa limitación en el bienestar general, y realzar los beneficios derivados de la intervención administrativa.

Resumiendo los conceptos de regulación y mejora, podemos concluir que el Derecho Administrativo de la América Española ha incorporado al procedimiento administrativo técnicas para mejorar la calidad de la actividad administrativa de ordenación y limitación del intercambio de bienes y servicios. Esto incluye la ordenación de actividades económicas por medio de reglamentos, así como la implementación de limitaciones a la libertad de empresa por medio de trámites. Más allá del tradicional control de legalidad administrativa²⁴, la mejora regulatoria realza la calidad de la actividad administrativa de intervención económica, a través de la medición de costos y beneficios²⁵.

La novedad, en todo caso, reside en el enfoque, no en los fundamentos de la política de mejora regulatoria. Este fundamento lo encontramos en principios generales tradicionales del Derecho Administrativo como la eficiencia, eficacia, transparencia y proporcionalidad²⁶. En especial, como ha sido recientemente establecido en Argentina, la mejora regulatoria descansa en principios tradicionales del procedimiento, como celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia de trámites, eficiencia burocrática e informalismo, entre otros²⁷. Es por lo anterior que la mejora regulatoria

²⁴ LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, «La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración de un derecho administrativo común en latinoamérica. principios y estándares desde el sistema interamericano de derechos humanos», en VON BOGDANDY, Armin et al. (ed), *La interamericanización del derecho administrativo en América Latina: hacia un «ius commune»*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y de Derecho Internacional Público-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Ciudad de México, 2022, pp. 321 y ss.

²⁵ Como veremos, el análisis costo-beneficio es la piedra angular de la mejora regulatoria, como se establece, por ejemplo, en el literal I del artículo 8 de la Ley de México, que establece como su primer objetivo «*procurar que las regulaciones que se expidan generen beneficios superiores a los costos y produzcan el máximo bienestar para la sociedad*».

²⁶ Así, el Decreto Ejecutivo n° 372 en Ecuador fundamenta la política de mejora regulatoria en el artículo 227 de la Constitución, el cual «*determina que la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación*».

²⁷ Véase el artículo 25 de la Ley n° 27742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, de 2024.

puede ser entendida como una manifestación de la buena administración y del bien común aplicados al ámbito de la Administración económica²⁸. Así ha sido ratificado en República Dominicana con el Decreto n° 486-22, reglamentario de la *Ley de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites*, que justifica la política de mejora regulatoria en el artículo 138 constitucional, el cual sienta las bases constitucionales de la Administración Pública desde el servicio efectivo a las personas. El anclaje de esta política en el bien común realza, así, su conexión con la tradición del *ius commune*²⁹.

Lo curioso es que la influencia primera de esta política no radica en esa tradición, sino en la labor de organizaciones como la OCDE y el BID³⁰. y, en especial, en los tratados de libre comercio, como sucede con el T-MEC. En este último caso, es también evidente la impronta de Estados Unidos, que ha querido llevar a esos tratados su propia experiencia con el control costo-beneficio, considerado por Cass Sunstein como una de las piedras angulares del Derecho Administrativo de ese país³¹. En Estados Unidos, el costo-beneficio es una técnica que tiende a ampliar la rendición de cuentas de las llamadas agencias independientes³², y que refleja el postulado del Estado garante, en el sentido que rol primero de las agencias es facilitar el intercambio eficiente de bienes y servicios³³. Para la América Española, esto supone un nuevo paradigma, como veremos en la sección siguiente.

²⁸ El Derecho Administrativo de la América Española presta especial atención al bien común como justificación de la actividad administrativa y fundamento de la buena administración. Cfr.: CASAGNE, Juan Carlos, «reflexiones sobre el bien común y el interés público como fines y principios de la actividad estatal», en *El Derecho* N° 15.191, Buenos Aires, 2021, pp. 1 y ss.; COVIELLO, Pedro J. J., «una introducción iusnaturalista al derecho administrativo», en *Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, pp. 22 y ss., y DELPIAZZO, Carlos, «bien común, sociedad y estado», en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* N° 11, Uruguay, 2012, pp. 83 y ss.

²⁹ La política de mejora regulatoria se orienta a la promoción del bien común, como refleja el artículo 2, literal del Decreto Ejecutivo n° 372 de Ecuador. Sobre la relación entre esa política y la buena administración, desde el Derecho de España, entre otros. vid. PONCE SOLÉ, Juli, *Mejora de la regulación, lobbies y huella normativa. Un análisis empírico de la informalidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 17 y ss., y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, «calidad regulatoria y buena administración», en *Anuario de Derecho Administrativo* 2023, 2023, pp. 49 y ss.

³⁰ Es de destacar el rol de la Red Iberoamericana y del Caribe de Mejora Regulatoria, una iniciativa de la OCDE y el BID para promover la mejora regulatoria en la región, a través de encuentros horizontales. La Red está integrada por funcionarios de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, que participan en las políticas regulatorias, mediante la coordinación del BID y la OCDE. Vid.: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/regulatory-policy-in-latin-america-and-the-caribbean.htm> (consulta 26.12.23).

³¹ SUNSTEIN, Cass, *The cost-benefit revolution*, The MIT Press, Cambridge, 2018, pp. 67 y ss.

³² Entre muchos otros, vid. LIVERMORE, Michael, «cost-benefit analysis and agency independence», en *The University of Chicago Law Review* n° 81, 2014, pp. 609 y ss.

³³ ESTEVE PARDO, José, *Principios de Derecho regulatorio*, cit., p. 37.

3. EL ENFOQUE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: EL CICLO REGULATORIO Y LOS ESPACIOS DE PRUEBA REGULATORIO.

Los problemas conceptuales resumidos en la sección anterior expresan, en realidad, una potencial divergencia de mayor envergadura, entre la concepción de la política regulatoria y el concepto tradicional del Derecho Administrativo anclado en privilegios y prerrogativas. En efecto, el Derecho Administrativo en la América Española, especialmente durante el siglo xx, se formó en torno a la idea de la actividad administrativa expresada a través de privilegios y prerrogativas, y en la cual la persona era considerada un administrado, expresión que denota un grado importante de sujeción. Por ello, el Derecho Económico ha descansado en instituciones que calificamos de estatistas, o sea, basadas en la primacía del Estado y el control ampliado de las actividades económicas, en especial, en relación con el servicio público³⁴. Esta visión fue atemperada hacia fines del siglo pasado, al realizarse el rol de las garantías jurídicas de las personas³⁵. Pero en todo caso, el Derecho Administrativo siguió descansando en figuras como el acto administrativo, basados en la actuación unilateral de la Administración, y que en cierto modo reflejan que la relación entre el sector público y privado es de rivalidad.

La liberalización de la economía impulsada a fines del siglo pasado promovió la retirada de la Administración por medio de políticas como la desregulación. Pero en el siglo xxi, la perspectiva ha cambiado, al reconocer la necesidad de la regulación, en especial, luego de la experiencia de la crisis financiera de 2008³⁶. La doctrina española ha capturado este cambio, al aludir a un «nuevo intervencionismo» que descansa en la mejora regulatoria, o sea, en controles más eficaces y proporcionados³⁷. Para Hispanoamérica, este cambio requiere avanzar hacia el paradigma de la complementariedad entre el sector público y privado, bajo la cual, la Administración no es solo un poder que ordena y limita unilateralmente actividades económicas, sino que también colabora con el sector privado para la promoción del bien común³⁸.

³⁴ Por ejemplo, vid. ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del Derecho administrativo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 33 y ss.

³⁵ RODRÍGUEZ, Libardo, «los principios generales del derecho en el derecho administrativo», en BREWER-CARÍAS, Allan (ed), *La protección de los derechos frente al poder de la Administración*, Editorial Temis, Bogotá, 2014, p. 37.

³⁶ Singer, Joseph, *No freedom without regulation: the hidden lesson of the subprime crisis*. Yale University Press, New Haven, 2015, pp. 59 y ss.

³⁷ RIVERO ORTEGA, Ricardo, «paradojas de la intervención administrativa económica: el bucle de la mejora regulatoria», en ARENILLA SÁEZ, Manuel (ed), *La Administración Pública entre dos siglos. Homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2010, p. 1.440 y ss. Véase también a FERNEY MORENO, Luis y GALLO APONTE, William, «de la simplificación administrativa a la calidad regulatoria», en *Revista de Derecho Administrativo* n° 17, 2019, pp. 246 y ss.

³⁸ MAZZUCATO, Mariana, *Transformational change in Latin America and the Caribbean. A mission-oriented Approach*, Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), Santiago, 2022, pp. 49 y ss.

3.1. El ciclo regulatorio y la perspectiva de políticas públicas.

El paradigma de la calidad de la actividad de ordenación y limitación medida por medio del análisis costo-beneficio supone introducir, al Derecho Administrativo, la perspectiva de las políticas públicas, por medio de controles que van más allá de la legalidad administrativa aplicada al acto como decisión final del procedimiento. En realidad, la política regulatoria no pivota en torno a la *validez del acto* sino en la *calidad del acto* y, en general, en la calidad de las decisiones administrativas englobadas bajo el rótulo de regulación³⁹.

La perspectiva de las políticas públicas exige ampliar el foco del procedimiento administrativo, de la legalidad de la actividad administrativa a su calidad, medida en función a los objetivos que justifican la técnica de la actividad administrativa desplegada. Por ello, esta perspectiva se basa en el estudio del *ciclo regulatorio* 40, esto es, el estudio de las fases de planeación, ejecución y control de las políticas regulatorias⁴¹.

Así, la *fase de planeación* supone determinar la necesidad y objetivos de la regulación, midiendo de manera anticipada su impacto en el bien común. Un concepto clave en este sentido es el análisis de impacto regulatorio (AIR) esto es, el control administrativo que mediante métodos cuantitativos, determina los costos y beneficios de la regulación. Este control *ex ante*, dentro de la fase de planeación, pretende anticipar los costos regulatorios y así, elevar la racionalidad de la regulación⁴². La medición anticipada del impacto regulatorio requiere de una debida planificación de las regulaciones que piensan dictarse, para lo cual se ha introducido la figura de

³⁹ Por ejemplo, véase el artículo 2, literal I de la Ley de México, el artículo 1 de la Ley del Perú y el artículo 8 de la Ley de El Salvador. Todas esas normas determinan como objeto de la mejora, las políticas públicas.

⁴⁰ El numeral 7 del artículo de la Ley de República Dominicana, define al ciclo regulatorio como el proceso para elaborar y revisar la regulación, el cual abarca la planificación, la etapa de consulta pública, la elaboración del análisis de impacto regulatorio, la publicación, la implementación y el monitoreo

⁴¹ FARÍAS, Pedro, *et al.*, «el nuevo papel de las reformas regulatorias. ¿hacia dónde caminamos?», cit. Véase también a CABRERA MONROY, Juan José, «mejora regulatoria desde el enfoque de la economía», en MATUTE GONZÁLEZ, Carlos (ed), *La mejora regulatoria en el Estado Mexicano*, Tirant Lo Blanch, México, 2023, pp. 183 y ss.

⁴² En República Dominicana, el AIR es definido como el control que aplica a las «*iniciativas regulatorias o regulaciones que tienen un impacto social y económico significativo, y que, además, impactan significativamente a uno o más grupos de la población o sectores considerados como relevantes*» (numeral 1, artículo 3, Decreto N° 486-22).). En Colombia, el Consejo Nacional de Política Económica y Social aprobó en 2014 el documento CONPES 3816, el cual traza los lineamientos del análisis de impacto normativo como el instrumento que «*aplica la administración pública luego de la intención de intervenir mediante una norma. esta herramienta examina y cuantifica los beneficios, costos y efectos que probablemente una nueva norma o cambio den ésta pueda generar*», siguiendo las definiciones de la OCDE. En Chile, el Instructivo Presidencial N° 3 que *instruye la elaboración de informes de Impacto Regulatorio*, de 15 de abril de 2019, en su Sección III, define los objetivos del AIR con base a principios cónsonos con los estándares de la buena administración, orientados a asegurar la eficacia y eficiencia de la regulación, y en especial, su coherencia, o sea, la interrelación de la regulación con el resto del ordenamiento jurídico.

la agenda regulatoria, esto es, la publicación —usualmente anual— del conjunto de regulaciones que se piensan dictar⁴³. Otro control clave en esta fase son las consultas públicas⁴⁴.

El ciclo regulatorio incluye también a buenas prácticas regulatorias (BPR) durante la *implementación de la regulación*, a través de estándares orientados a reforzar su calidad, en especial, favoreciendo la transparencia, publicidad, certidumbre y coherencia normativa⁴⁵. Otro componente importante de la calidad en la implementación de la regulación es la publicidad de la regulación y de los trámites. A estos fines, dentro de las buenas prácticas encontramos al registro público que compila la información de las regulaciones y trámites a cargo de las Administraciones Públicas, y que además, puede organizarse por sectores económicos⁴⁶.

Finalmente, el ciclo regulatorio abarca el *control posterior*, el cual mide el impacto de la regulación con base en sus resultados⁴⁷. El estudio de impacto regulatorio *ex post* parte del análisis costo-beneficio, que es una técnica de control muy conocida en el Derecho Administrativo de Estados Unidos⁴⁸. Desde la perspectiva del valor público, este análisis no se limita solo al aspecto económico, sino que también debe considerar otras aristas desde el desarrollo integral, especialmente, el impacto social y el impacto ambiental, este último de gran utilidad en el marco de las políticas de adaptación y mitigación al cambio climático⁴⁹.

El impacto regulatorio posterior requiere de una adecuada fase de planeación, pues ello permite contrastar el resultado obtenido con el resultado esperado. Ese contraste puede derivar en la revisión de la técnica de intervención adoptada, para aumentar sus beneficios o reducir sus costos. Esto último, incluso, puede llevar a suprimir el trámite, de lo cual resulta que la simplificación de trámites administrativos, desde esta perspectiva, debe ser consecuencia de la aplicación de mecanismos de control posterior de la calidad regulatoria⁵⁰.

⁴³ Véase, por ejemplo, el artículo 16 de la *Ley de Mejora Regulatoria* de El Salvador, y el artículo 6 de la *Ley de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites* de República Dominicana.

⁴⁴ Véase el artículo 5.6 de la Ley del Perú.

⁴⁵ La certidumbre y estabilidad de regulación forma parte de lo que se denomina «gobernanza regulatoria», o sea, el proceso de toma de decisiones para dictar o modificar regulaciones basado en evidencia, y dentro de un marco de predictibilidad, colaboración y corresponsabilidad (artículo 7, *Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria* del Perú).

⁴⁶ Véase el artículo 13 del Decreto n° 372, de Ecuador.

⁴⁷ FARIAS, Pedro y OLIVARES, Eliezer, «prefacio», cit., p. 26 y ss.

⁴⁸ Recientemente, se dictó la orden ejecutiva n° 14.094 de abril de 2023, para la modernización de la revisión regulatoria, que entre otros elementos, definió criterios cualitativos para medir el impacto regulatorio, así como estándares para promover la inclusión en las consultas públicas.

⁴⁹ El *Análisis de Impacto Regulatorio ex post* permite evaluar la aplicación, efectos y observancia de la regulación vigente, todo lo cual puede llevar a la promoción de consultas públicas. Vid. artículo 70, *Ley General de Mejora Regulatoria* de México.

⁵⁰ El control posterior permite a la Administración, entre otros fines, comprobar la veracidad de las estimaciones previas de impacto, todo lo cual, además, contribuye a mejorar la calidad de la fase previa de planeación. De esa manera, en el Derecho Administrativo de República Dominicana, el Análisis de Impacto Regulatorio *ex post* evalúa periódicamente los efectos de la regulación para determinar si

3.2. Los espacios de prueba regulatorios como una expresión de la política regulatoria

Una de las aplicaciones prácticas del enfoque de las políticas regulatorias es su rol promoviendo la innovación. La perspectiva del Derecho Administrativo centrada en la rivalidad entre el sector público y privado derivó en una repartición de funciones en la cual el sector privado crea mercados y el sector público ordena y limita a los mercados. Sin embargo, desde el nuevo paradigma de la complementariedad entre el sector público y privado, la creación de mercados también puede ser promovida por la Administración, un cometido que ésta no puede cumplir limitando coactivamente a la libertad de empresa, sino colaborando con ésta para procurar nuevas técnicas que eleven la eficiencia en el intercambio de bienes y servicios.

Tal es el rol de los llamados espacios de prueba regulatorios o entornos de prueba (*regulatory sandboxes*), de especial utilidad en el uso de las nuevas tecnologías en los servicios financieros (*FinTech*). Los esfuerzos de la OCDE y del BID por promover la mejora regulatoria en la región⁵¹, han impulsado espacios de prueba para la innovación financiera mediante las nuevas tecnologías⁵². Así, estos espacios responden a la ordenación implementada por la Administración que, de acuerdo con lo establecido en la Ley, condiciona el acceso al mercado a una autorización pero con la particularidad que ésta permite al operador económico innovar y experimentar con el uso de nuevas tecnologías, a los fines de perfeccionar la oferta de bienes y servicios. Esta experimentación puede derivar en errores, que no son abordados desde la perspectiva tradicional del ilícito administrativo que justifica el ejercicio de la potestad sancionadora, sino que más bien son tomados como parte del proceso de creación de conocimiento mediante la colaboración público-privada⁵³.

México también ha llevado la delantera en la región, con la *Ley para regular las instituciones de tecnología financiera*, de 2018. Esta Ley aplica a dos tipos de operadores económicos, a saber, las instituciones de financiamiento colectivo y las instituciones de fondos de pago electrónico, que requieren de la correspondiente autorización⁵⁴. Ahora bien, si algún operador económico desea ofrecer servicios novedosos

«generan mayores beneficios que los costos para su cumplimiento». El instrumento de impacto regulatorio empleado es el «análisis de calidad regulatoria» (ACR), que mide la eficiencia de la regulación y los trámites, incluso, para modificarlos (artículos 13 y 14, *Ley de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites* de República Dominicana).

⁵¹ QUERBACH, Tobías y ARNDT, Christiane, *Política regulatoria en América Latina: Un análisis de la situación actual*, OECD, París, 2016, pp. 32 y ss.

⁵² Banco Interamericano de Desarrollo, *FINTECH en América Latina y el Caribe. Un ecosistema consolidado para la recuperación*, Washington D.C., 2022, pp. 66 y ss.

⁵³ La doctrina española ha destacado las particularidades de este enfoque. Vid.: DOMÉNECH PASQUAL, Gabriel, «las regulaciones experimentales», en *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación* n° 1, 2022, pp. 103 y ss.

⁵⁴ VILLANUEVA, Ana, «Fomento a la innovación en un entorno seguro: la autorización de modelos regulatorios novedosos o *regulatory sandbox* en México», en ROBLES, Rocío (ed), *Ley para regular las*

en fase de experimentación, puede solicitar una autorización de modelos novedosos. Esta autorización será temporal, y fijará las condiciones dentro de las cuales los servicios podrán ser ofrecidos, incluyendo en especial las políticas de análisis de riesgos, y las reglas de responsabilidad civil. Asimismo, similares autorizaciones pueden ser emitidas a operadores financieros autorizados, para prestar servicios novedosos y experimentales, no cubiertos por la autorización general otorgada⁵⁵.

En Perú, el *Reglamento para la realización temporal de actividades en modelos novedosos*, de 2022, prevé una autorización temporal y limitada para ofrecer servicios novedosos y experimentales, incluyendo pruebas piloto, todo lo cual estará acompañado de la «flexibilización de requerimientos normativos» de acuerdo con la Superintendencia de Banca, Seguros y Administraciones Privadas de Fondo de Pensiones⁵⁶. De manera más amplia, en Colombia, el espacio controlado de pruebas ha sido definido como el «conjunto de normas, procedimientos, planes, condiciones, requisitos y requerimientos prudenciales que permite probar desarrollos tecnológicos innovadores en la prestación de actividades propias de las entidades vigiladas por la superintendencia financiera de colombia»⁵⁷.

Estos espacios demuestran que la política regulatoria no solo atiende fallos de mercado, sino que ella también se orienta a crear mercados, a través de procesos de experimentación e innovación. La Administración Pública no asume, aquí, su rol tradicional de supervisión sino más bien de coordinador entre firmas y operadores, a través de un régimen jurídico-administrativo que provee la flexibilidad necesaria para ensayar, especialmente, en el uso de nuevas tecnologías. Desde la libertad de empresa, estos entornos no deben ser valorados —solo— como limitaciones coactivas a la libertad de empresa⁵⁸, sino como instrumentos que en cierto modo, facilitan la coordinación público-privada, lo que supone extender un ámbito contractual, o consensual, en la actividad de regulación⁵⁹.

instituciones de tecnología financiera Contexto, contenido e implicaciones, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2020, pp. 499 y ss.

⁵⁵ Artículos 80 y siguiente.

⁵⁶ Artículos 4 y 12.

⁵⁷ Artículo 2.35.7.1, del Decreto N° 1.234, que modifica al Decreto N° 2.555, sobre las normas en materia del sector financiero, asegurador y de mercado de valores, dictado en 2020.

⁵⁸ Países como Venezuela han introducido una regulación sobre los servicios financieros que emplean nuevas tecnologías, pero que más bien parte del enfoque tradicional de la supervisión y limitación. Cfr.: ABACHE, Serviliano «la regulación de las fintech en venezuela», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello* N° 75, Caracas, 2021, pp. 101 y ss., y BADELL BENÍTEZ, Nicolás, «Regulación administrativa de las empresas fintech. Especial referencia al derecho venezolano», en URDANETA, Gustavo *et al.*, (ed), *Libro Homenaje a Jesús Caballero Ortiz. Tomo II*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-FUNEDA, Caracas, 2022, pp. 715 y ss., y

⁵⁹ La Administración no actúa solo de manera unilateral, sino que colabora con el operador económico en la innovación, todo lo cual refleja que estos espacios responden no solo a la reglamentación unilateralmente dictada, sino también a las condiciones acordadas con el operador. Este es un ejemplo de la expansión del contrato en ámbito propios de la actividad administrativa, lo que genera situaciones que no están exentas de riesgos. Vid. ESTEVE PARDO, José, *El camino a la desigualdad. Del imperio de la Ley a la expansión del contrato*, Marcial Pons, 2023, pp. 63 y ss.

4. CONCLUSIÓN.

Hasta fines del siglo xx, la regulación no tenía un significado específico en el Derecho Administrativo de la América Española, y más bien se empleaba, genéricamente, para aludir a la intervención del Estado en la economía por medio de Leyes y, en especial, a través de la potestad de policía, cuyo concepto descansa en el paradigma del interés público, frente al cual cede el interés personal de los administrados, todo lo cual justifica privilegios y prerrogativas que permiten a la Administración crear, extinguir y modificar, de manera unilateral, relaciones jurídico-subjetivas. Este paradigma descansa en la rivalidad entre el sector público y privado, lo que llevó a justificar la mayor presencia de la Administración en actividades de servicio público.

Las políticas de liberalización de fines del siglo pasado llevaron a un movimiento de signo opuesto, en el cual la intervención administrativa se valoró como un mal necesario, favoreciéndose así procesos de desregulación. Los resultados de esas políticas, en términos de desarrollo, fueron más bien escasos, pues en buena medida se perdió el foco sobre las trabas al desarrollo en la región, asociadas a la histórica fragilidad estatal. En cierto modo, el problema no era tanto de exceso de Estado, sino de ausencia de Estado, como organización política orientada a la promoción del bien común⁶⁰.

De la mano de organizaciones como la OCDE y el BID, y también, por influencia de Estados Unidos a través de tratados de libre comercio, Hispanoamérica recibió el concepto de mejora regulatoria, que en suma, parte de considerar que la regulación es necesaria para promover el desarrollo, especialmente de cara a la garantía de acceso de los derechos económicos y sociales, todo lo cual requiere adoptar controles orientados a elevar la calidad de la actividad administrativa de ordenación y limitación, a través del análisis costo-beneficio. Esto llevó a un cambio gradual, que comenzó en México y se ha extendido a países como Ecuador, El Salvador, Perú y República Dominicana. La regulación pasa a ser objeto del procedimiento administrativo, con el propósito último de mejorar su calidad, o sea, de reducir sus costos y maximizar sus beneficios económicos y sociales.

Sin embargo, la efectividad de esta política puede verse afectada por la imprecisión del concepto de regulación y mejora regulatoria. Es por ello importante partir de principios tradicionales que descansan en la buena administración y, en suma, en la tradición del *ius commune*⁶¹, pero asumiendo un cambio de enfoque, basado en el paradigma de la complementariedad entre el sector público y privado. Así, ambos

⁶⁰ HAUSMANN, Ricardo, «Structural Transformation And Economic Growth In Latin America», en *The Oxford Handbook of Latin American Economics*, Oxford Handbooks in Economics, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 519 y ss.

⁶¹ HERNÁNDEZ G., José Ignacio, «el derecho administrativo interamericano, la dignidad humana y el bien común», en RUOCCO, Gabriela y VÁSQUEZ, Cristina (ed.), *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Dr. Augusto Durán Martínez*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2023, pp. 165 y ss.

sectores colaboran para la mejor definición del marco jurídico aplicable al intercambio de bienes y servicios.

Este cambio de paradigma requiere pasar del rol de la Administración ordenando y limitando unilateralmente la libertad de empresa, al rol de la Administración colaborando con el sector privado para la mejor definición, implementación y control de la política regulatoria. En especial, este enfoque colaborativo ha dado lugar a espacios de prueba en servicios financieros, en los cuales la Administración colabora con los operadores privados en la innovación mediante el uso de nuevas tecnologías, lo que requiere de un Derecho Administrativo que estimule el error y la experimentación, superando la visión centrada en las potestades unilaterales de ordenación y limitación. Aquí, sin embargo, debe evaluarse con atención los efectos de la extensión de una faceta contractual de la actividad administrativa, en el sentido que las condiciones bajo las cuales se lleva a cabo la experimentación son también incididas por el acuerdo alcanzado entre la Administración y los operadores económicos.

