

PARTE III
CALIDAD NORMATIVA E IMPACTO DE DERECHOS
EN DIVERSAS ÁREAS DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA COMO PARTE DEL PROCESO DE
INTERAMERICANIZACIÓN

La interamericanización de la calidad normativa: una consideración especial a los principios de participación, de acceso a la información y de transparencia

*Indira Latorre**

SUMARIO: I. Introducción. II. La políticas de calidad normativa en América Latina y sus desafíos. III. La interamericanización de la calidad normativa. IV. Desafíos y contribuciones del ICCAL para la mejora de la calidad normativa en Latinoamérica. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La implementación de políticas de mejora regulatoria es una tendencia reciente y creciente en Latinoamérica. En buena medida, esto se debe a que los países de la región, como Colombia, Chile, México y Costa Rica, han ingresado a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).¹ Desde 1995,

* Profesora asistente, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad El Bosque (Colombia).

¹ Hasta el momento México, Chile, Colombia y Costa Rica son países miembros. Brasil, si bien expresó su interés de convertirse en miembro en el año 2017, coopera bajo el esquema de socio clave. Argentina y Perú están siendo consideradas por el Consejo de la OCDE como posibles miembros. Y otros países como República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay y Uruguay hacen parte del Centro de Desarrollo de la OCDE.

la OCDE ha promovido recomendaciones para mejorar la calidad de las regulaciones en sus Estados miembros. En sus Recomendaciones sobre Política y Gobernanza Regulatoria² se incorporan 12 recomendaciones o estándares de calidad normativa que, de ser implementados en cada país, se espera mejoren los procesos regulatorios. Los países de la región han venido realizando ajustes en sus procesos de producción normativa y en sus estructuras administrativas para implementar dichos estándares. Al mismo tiempo, se espera que los países ajusten sus sistemas jurídicos e institucionales para dar cumplimiento a los estándares del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH), de manera que se pueda establecer un *Ius Constitutionale Commune* para América Latina (ICCAL) sustentado en la observancia de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho.³

Una inquietud que surge ante este panorama es qué significa la mejora de la calidad de los procesos regulatorios y cómo aportan ambos estándares a la construcción de este significado. Esta es una inquietud relevante si consideramos la pregunta acerca de ¿qué sucede si ambos estándares apuntan a objetivos distintos o si, en todo caso, no dialogan entre ellos? En este sentido, este capítulo busca hacer un aporte, visibilizando el encuentro o desencuentro que puede darse entre los estándares de calidad normativa de la OCDE y los estándares del SIDH. Esto se hace en el marco del proyecto ICCAL, al cual aspira a contribuir el presente capítulo, ya que este se convierte en un espacio para determinar en qué medida el SIDH puede contribuir a la mejora de la comprensión e implementación de los estándares de calidad normativa, entre ellos los establecidos por la OCDE. Reconociendo que una investigación de este tipo resulta una tarea de más largo aliento, este capítulo se enfoca en el estándar de participación ciudadana y conexos, como el acceso a la información y la transparencia. En este sentido, este capítulo busca responder la siguiente pregunta: ¿cómo puede contribuir el ICCAL a la com-

² OCDE, *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, 2012.

³ Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, 2015, pp. 3-50.

La interamericanización de la calidad normativa:...

presión e implementación de estándares de mejora normativa, en especial, al estándar de participación ciudadana, acceso a la información y transparencia?

La relevancia de esta pregunta no radica solo en que los países latinoamericanos son receptores de ambos cuerpos de estándares. Su relevancia es más profunda. En primer lugar, por el grado de consonancia. El objetivo de los estándares de mejora normativa de la OCDE es promover que la regulación (incluyendo normas administrativas y legislativas) esté basada en evidencia, de ahí que promueva estándares para elaborar, evaluar y revisar las regulaciones. En lenguaje de derecho administrativo, busca evitar la arbitrariedad de la Administración y aumentar la racionalidad de las decisiones normativas. Adicionalmente, la OCDE reconoce que la regulación de buena calidad es una condición del principio democrático y del Estado de derecho. Ambos principios pilares del ICCAL.

En segundo lugar, por su grado de disonancia. La apertura del ICCAL al SIDH implica entender que el respeto de los derechos fundamentales, junto con la democracia y el Estado de derecho, son principios fundamentales. Sin embargo, es precisamente el eje de los derechos el que no aparece explícito en los estándares de la OCDE. Para las recomendaciones de la OCDE, la calidad de la regulación se expresa cuando los beneficios (económicos, sociales y medioambientales) de las regulaciones justifican sus costos, por lo que la creación de normas debe tener en cuenta los efectos en el crecimiento económico, de modo que la calidad normativa promueva la competencia y la eficiencia económica. Por esto, puede cuestionarse en qué medida entender así los estándares obstaculiza la satisfacción de los derechos fundamentales o, al menos, no logra una aplicación plena que contribuya, además, al Estado de derecho y la democracia.

De este modo, este capítulo argumenta que el SIDH contribuye a resolver estas disonancias frente a los estándares de calidad normativa de la OCDE. Con un especial énfasis en el principio de participación ciudadana, acceso a la información y transparencia, se observa que los estándares del SIDH pueden servir para guiar los déficits actuales que en estas materias tienen los países de la región. Así, el ICCAL tiene unas llaves distintas de las que

tiene la OCDE. Tiene las llaves para garantizar que la política de mejora regulatoria se acerque más al eje de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho.⁴

Este capítulo se divide en tres partes. La primera mira las políticas de mejora normativa en Latinoamérica y se pregunta por la recepción que han tenido los estándares de la OCDE. La segunda parte avanza en la comprensión de la interamericanización de la calidad normativa. Con un énfasis especial en la participación ciudadana, examina el estándar interamericano que orienta la calidad de las normas en la región. Y, finalmente, la tercera parte da respuesta a la pregunta inicial de este capítulo, estableciendo las contribuciones del ICCAL a la mejora de la calidad normativa, dejando planteados algunos desafíos.

Antes de dar inicio, resulta importante hacer algunas precisiones conceptuales con el fin de aclarar al lector lo que este capítulo entenderá por “calidad normativa”. Utilizo esta noción para integrar en la palabra “normativa” una diversidad de actos jurídicos, formales e informales, expedidos por autoridades públicas, bien sea en el nivel legislativo, en el ejecutivo o, incluso, de actos expedidos por actores privados. Esto es relevante, dadas las dificultades para encontrar una definición de regulación unánime,⁵ así como las diversas distinciones que pueden darse entre legislación y regulación.⁶ Por ende, este capítulo prefiere la noción de calidad normativa a la de calidad o mejora regulatoria⁷

⁴ Este trabajo, sin embargo, no hace una evaluación de los estándares del SIDH a la luz de la teoría democrática, lo cual podrá ser objeto de otro trabajo.

⁵ Koop, Christel y Lodge, Martin, “What is regulation? An interdisciplinary concept analysis”, *Regulation & Governance*, vol. 11, núm. 1, julio de 2017, pp. 95-108.

⁶ Kosti, Nir *et al.*, “Legislation and regulation: Three Analytical Distinctions”, *Theory and Practice of Legislation*, vol. 7, núm. 3, septiembre de 2019, pp. 169-178.

⁷ En todo caso, la noción de calidad normativa que utilizo es en algún sentido más restringida si se la compara con la noción de regulación asumida por la OCDE, que incluso puede incluir regulaciones internacionales. Para la OCDE la regulación “abarca una variedad de instrumentos mediante los cuales los Gobiernos establecen requerimientos para empresas y personas. Las regulaciones incluyen leyes, órdenes formales e informales y regla-

La interamericanización de la calidad normativa:...

y entiende que esta última puede comprenderse bajo la idea de calidad normativa. Pero otra razón de esta distinción está en que mejora o calidad regulatoria puede verse asociada a las políticas de la OCDE, y este capítulo trata precisamente de extender esa mirada a nuevos ámbitos, como los construidos por el ICCAL.

II. LA POLÍTICAS DE CALIDAD NORMATIVA EN AMÉRICA LATINA Y SUS DESAFÍOS

A partir de las recomendaciones de la OCDE,⁸ nociones como calidad regulatoria o calidad normativa han ganado relevancia en la región. Y aunque este no es un asunto nuevo, puede decirse que, a partir de 2012, han adquirido mayor peso en los países de Latinoamérica.

Hablar de políticas de mejora regulatoria lleva al escenario de las reformas regulatorias y al cómo llevarlas a cabo. Esta última pregunta ha estado atada, si bien no únicamente, a cuestiones económicas, entendiendo que las reformas regulatorias pueden promover la apertura de los mercados y la mejora de la competencia en un mundo cada vez más globalizado. Igualmente, vale aclarar que las políticas regulatorias no son de origen internacional. Es bien conocida la gran influencia de la política regulatoria de Estados Unidos,⁹ que desde 1981 comenzó a llamar la atención sobre los costos de las regulaciones en comparación con los escasos beneficios que generaban, lo cual dio lugar a la creación de la *Office for Information and Regulatory Affairs*, con el fin de con-

mentos subordinados que emanan de todos los órdenes de Gobierno, así como normas procedentes de organismos no gubernamentales o autorreguladores en los que los gobiernos han delegado facultades en materia de regulación” (2012, p. 21).

⁸ Véase OCDE, *Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation*, OCDE Publishing, 1995; OCDE, *The OCDE Report on Regulatory Reform*, 1997; OCDE, *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*, 2005; OCDE, *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, 2012.

⁹ Betancor Rodríguez, Andrés, *Regulación, mito y derecho: desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Navarra, Thomson Reuters, 2010, p. 35.

trolar los costos y los beneficios de las iniciativas de regulación propuestas.¹⁰ Y aunque no sean tan reconocidas como en Estados Unidos, en Latinoamérica también es posible identificar normas que se ocupan de algunas de las dimensiones de la calidad regulatoria. Así, las políticas de calidad normativa no nacen con las recomendaciones de la OCDE. Los países de la región contaban con normas anteriores, si bien dispersas, que contribuían a mejorar la calidad de la regulación. Incluso los tribunales nacionales han jugado un rol relevante a la hora de exigir su cumplimiento.¹¹

A nivel supranacional también ha adquirido relevancia la política de mejora regulatoria. Voermans¹² ha distinguido tres periodos en la Unión Europea (UE). Un primer periodo comprende desde 1992 hasta 2002, el cual se caracterizó por ver a la mejora regulatoria como un asunto técnico enfocado en mejorar la calidad de los borradores de propuestas normativas y en su simplificación.¹³ En un segundo periodo, desde el 2002 hasta el 2006, la mejora regulatoria pasó a verse como parte integral de la buena gobernanza y a comprenderse dentro del ciclo de la política pública. Los principios de efectividad y eficiencia de la legislación se resaltaron como claves y el uso de evaluaciones de impacto de las propuestas normativas también. Este segundo periodo tuvo como soporte el *Libro blanco sobre la gobernanza europea* (2000), la estrategia para el crecimiento *Lisbon Strategy for Growth and*

¹⁰ Breyer, Stephen G. *et al.*, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*, 6a. ed., Nueva York, Aspen Publishers, 2006, p. 26.

¹¹ Moreno, Luis Ferney y Gallo Aponte, William Iván, “De la simplificación administrativa a la calidad regulatoria”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 17, 2019, pp. 246-271.

¹² Voermans, Wim, “Concern about the Quality of EU Legislation: What Kind of Problem, by What Kind of Standards?”, *Erasmus Law Rev*, vol. 2, núm. 1, 2009, pp. 59-95.

¹³ Sin embargo, como señala el informe Mandelkern, los antecedentes se pueden ver desde 1985 bajo la idea de simplificar la regulación como forma de intervención del Estado en la economía. Aspecto que era visto como una de las formas de alcanzar el establecimiento de un mercado único. La primera inclusión formal de estos programas se da en el Protocolo Anexo al Tratado de Ámsterdam de 1995. Mandelkern Group on Better Regulation, *Final Report*, 2001, http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf.

La interamericanización de la calidad normativa:...

Jobs y el *Mandelkern Report* (2001), el cual retoma algunas de las herramientas y principios de la OCDE. El tercer periodo (de 2006 a la actualidad) va un paso más allá, pues incorpora la mejora regulatoria como una estrategia general de la UE. Acá puede ubicarse la *Estrategia de Regulación Inteligente* de la Comisión Europea de 2010. En el tercer periodo se pone en evidencia la relación entre crisis económica y debilidad de la legislación,¹⁴ pero también adquieren preponderancia otros objetivos: interés público, medioambiente, menores cargas administrativas y la garantía del cumplimiento de la estrategia Europa 2020.¹⁵

Aunque estos son claros antecedentes y tendencias relevantes para comprender las políticas de calidad normativa en Latinoamérica, vale la pena explorar con más detenimiento las recomendaciones de la OCDE, en cuanto estas han significado reformas administrativas en la región. Pero no solo esto: una mirada juiciosa desde el derecho público sobre estas tendencias nos muestra que, como señalé en la introducción, es necesario poder establecer su impacto sobre la eficiencia de las administraciones públicas, el aumento de su legitimidad democrática, el Estado de derecho y la satisfacción de los derechos humanos.

2.1. La políticas de mejora regulatoria de la OCDE

Aunque las recomendaciones más recientes de la OCDE son de 2012, desde 1995 esta organización intergubernamental concibió instrumentos para que los países contaran con una guía para desarrollar reformas regulatorias. Las recomendaciones de 1995 establecieron 10 principios cuyo fin era servir de guía a la toma de las decisiones políticas. Estos principios se complementaron

¹⁴ Comisión Europea, COM (2010) 543, Normativa inteligente en la Unión Europea (smart regulation), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0543&rid=1>

¹⁵ Estrategia dispuesta para el logro del crecimiento económico de la UE, la superación de la crisis económica y para hacer que el crecimiento sea inteligente, sostenible e integrador. Véase Comisión Europea, COM/2010/2020 final, Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52010DC2020>

INDIRA LATORRE

en 1997 y luego en 2005. Posteriormente, a inicios de 2012, se adoptó la Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria, que no pretendió reformar los principios de 1995, sino ampliarlos. Esta es una declaración internacional basada en principios, que toma en cuenta la crisis económica global y pretende servir de guía a los Gobiernos para mejorar los marcos regulatorios, obtener mejores resultados en lo social, económico y ambiental, y aconsejar a los Gobiernos para que adopten reformas regulatorias con un enfoque de Gobierno completo.¹⁶

Dentro de la propia evolución de las reformas regulatorias promovidas por la OCDE se ha dado una ampliación de la noción de mejora regulatoria. Así, además de verla como una que busca mejorar la intervención del Estado en la economía y de promover la liberalización y la competitividad, en sus fundamentos y en las mismas recomendaciones parecen relevantes otros aspectos como la hiperinflación normativa, el impacto del costo de las normas, la inseguridad jurídica, la participación ciudadana en los procesos de decisión, el medioambiente, la coordinación y los procesos de internacionalización. En una palabra, su objetivo es establecer una gobernanza regulatoria efectiva, con el fin de lograr que las políticas públicas que formulen los Gobiernos alcancen sus objetivos.

De este modo, la gobernanza regulatoria es entendida como una actividad de gobierno completo integrada al ciclo de la política pública: diseño, aplicación, revisión y evaluación; con lo cual, una regulación de calidad será aquella que cumple con determinados estándares durante todo el ciclo. Esta integración de la actividad regulatoria al ciclo de la política pública resulta novedosa desde una perspectiva jurídica y de particular relevancia para el derecho administrativo, por cuanto lo expone a nuevas disciplinas con las que tradicionalmente no suele interactuar.¹⁷ La no-

¹⁶ Este enfoque supone que las políticas, instituciones y herramientas deben verse como un todo. En todos los órdenes y entre todos los sectores, incluyendo a los poderes legislativos y judiciales en la garantía de la calidad de las leyes. OCDE, *Recomendación del Consejo sobre...*, cit., p. 6.

¹⁷ Boulin, Ignacio y Cadenas, Enrique, *Innovar el derecho administrativo: bases para la mejora del sistema regulatorio y la calidad de las políticas públicas en Argentina*, Buenos Aires, Universidad Austral, 2018.

La interamericanización de la calidad normativa:...

ción de ciclo político contiene una idea de proceso que reconoce la relación entre política y derecho, entendiendo que en lo político entran elementos que también le importan al derecho. La noción de ciclo marca una temporalidad, una fase *ex ante* y una fase *ex post* a la creación de las regulaciones que no aparece expresamente en la lógica tradicional del derecho administrativo. La razón puede deberse a que el derecho administrativo se suele enfocar más en la fase *ex post*, esto es, en la correcta aplicación e implementación de las normas.¹⁸ Además, esta lógica de ciclo resulta novedosa para el derecho administrativo, pues la integran una mezcla de principios jurídicos, económicos y de administración pública.¹⁹

No es posible en este capítulo hacer una referencia completa a todos los principios, aunque se enunciarán brevemente los más reconocidos, haciendo especial alusión al principio de participación ciudadana, acceso a la información y transparencia. Así, antes de la puesta en marcha de una política pública, la OCDE recomienda determinar si es necesario intervenir o regular, esto es, si el Gobierno debe o no hacer algo para solucionar el problema público y si la mejor forma de solucionarlo es mediante la regulación. Para esto se hace énfasis en la necesidad de tomar decisiones basadas en la evidencia, con lo cual entra en juego otro principio, icónico de la mejora regulatoria: la evaluación de impacto *ex ante* y *ex post*. La evaluación de impacto regulatorio (EIR)²⁰ *ex ante* es la herramienta más conocida. Su objetivo es garantizar que los Gobiernos puedan determinar si la regulación propuesta tiene mayores beneficios que costos, invitando, por ejemplo,

¹⁸ Mientras que a las políticas de mejora regulatoria le interesan la evidencia que da lugar a la creación de las normas y los impactos no solo jurídicos, sino en áreas económicas, sociales y ambientales.

¹⁹ Malyshev, Nick y OCDE, *The Evolution of Regulatory Policy In OCDE Countries*, s. f., <https://www.OCDE.org/gov/regulatory-policy/41882845.pdf>.

²⁰ Esta es la denominación que utiliza la OCDE. En Costa Rica y el Salvador también se conoce como evaluación de impacto regulatorio, pero su denominación puede ser diferente en cada jurisdicción. Por ejemplo, es conocida como análisis de impacto normativo en Colombia; en Chile y Brasil como análisis de impacto regulatorio, conducente a un informe de impacto regulatorio en Chile o a una manifestación de impacto regulatorio (MIR) en México.

INDIRA LATORRE

a analizar diversas alternativas regulatorias para poder elegir la más efectiva y eficiente.²¹ Con esta herramienta se promueve principalmente un análisis cuantitativo, y para impactos difíciles de cuantificar, como la justicia, se sugiere un análisis cualitativo. También se recomienda asegurar la legalidad y justicia procesal de las regulaciones, para lo cual se espera que, en especial cuando se trate de sanciones, se establezca la doble instancia y garantice el debido proceso. Adicionalmente, las recomendaciones de la OCDE proponen la realización sistemática de una revisión en conjunto de todo el inventario de regulación, de manera que pueda darse un monitoreo sobre sus costos y beneficios, así como sobre su efectividad. Igualmente, se contempla el principio de simplicidad para disminuir los costos de aplicación de la norma para empresas, ciudadanos y administraciones públicas, lo que supone para los Gobiernos realizar programas de simplificación y actualización normativa. Finalmente, interesa resaltar el principio de cooperación regulatoria internacional. Las medidas regulatorias deben tomar en cuenta los marcos regulatorios internacionales y las obligaciones internacionales adquiridas.²²

Ahora bien, vale la pena señalar que el rol de la OCDE acerca de la mejora regulatoria no se restringe a esta recomendación. Se pueden resaltar también las recomendaciones en cooperación regulatoria internacional²³ y la incorporación de la perspectiva del comportamiento (*behavioural insights*) para la elaboración de políticas públicas y regulaciones más efectivas. Estas últimas, al

²¹ Las políticas de evaluación ex ante deben apuntar a que la regulación mejore, en vez de impedir la competencia y el bienestar de los consumidores, y a que, en la medida en que las regulaciones que obedecen a beneficios de interés público puedan afectar el proceso competitivo, las autoridades exploren formas para limitar los efectos adversos y contrastarlos cuidadosamente con las supuestas ventajas de la regulación. OCDE, *Recomendación del Consejo sobre...*, cit., p. 11.

²² Este principio se enmarca en el reconocimiento de una economía cada vez más globalizada, en donde una regulación local puede tener efectos a nivel global. En esta medida, esta recomendación resalta que las regulaciones no deben dar un trato menos favorable a los productos o servicios extranjeros y llama a que los proyectos regulatorios puedan ser objeto de consulta y comentarios por parte de los extranjeros.

²³ OCDE, *International Regulatory Co-operation*, OCDE Publishing, 2021.

La interamericanización de la calidad normativa:...

estar basadas en la evidencia sobre el comportamiento de los ciudadanos y las empresas, logran mejorar el nivel de cumplimiento y aceptación de las regulaciones.²⁴

La anterior descripción nos permite advertir la existencia de elementos relevantes para las administraciones y el derecho público. Bajo el lente de este último pueden verse como estándares que ayudan a controlar las actuaciones de las autoridades, con el fin de que estas sean efectivas y eviten la toma de decisiones arbitrarias.

2.2. La calidad normativa en países de Latinoamérica y las transformaciones para la Administración pública

La pregunta que surge ahora es cómo se han incorporado estas recomendaciones de la OCDE a la región latinoamericana. En especial, interesan los cambios sucedidos en el nivel de la Administración pública, con un énfasis especial en el principio de participación ciudadana, acceso a la información y transparencia. Sobre estos, resulta interesante que la OCDE se refiera a ellos como los principios de Gobierno abierto.²⁵ La transparencia y la participación resultan esenciales para asegurar que las regulaciones sean conformes al interés público y respondan a las necesidades de los regulados y afectados con estas. En aplicación del principio de participación, se espera que se involucre activamente a los actores en los procesos de consulta pública, con el fin de obtener la mayor información (evidencia) posible. Esto con la finalidad, además, de aumentar la confianza en el Gobierno. La OCDE recomienda abrir a consulta los análisis de las evaluaciones de impacto y permitir que las partes interesadas no solo

²⁴ OCDE, *Behavioural Insights and Public Policy*, París, OCDE Publishing, 2017.

²⁵ Los principios de Gobierno abierto son: transparencia, participación ciudadana, rendición de cuentas, innovación y tecnología. Estos principios son el eje de la *Open Government Partnership*, una asociación conformada por 78 países, seis Gobiernos locales y diversas organizaciones de la sociedad civil. Aproximadamente 16 países de América Latina han ingresado a esta alianza.

accedan a los borradores de la regulación, sino a todo el material previo que la sustenta y que ofrece razones para la alternativa regulatoria propuesta. Es importante resaltar que la participación se entiende acá como un proceso en el cual las personas y empresas contribuyen a la preparación de borradores, por tanto, va más allá de un proceso de información de una sola vía. La OCDE también recomienda el uso de herramientas tecnológicas que abran las oportunidades de participación. El uso de estas herramientas está relacionado con el acceso público a todas las regulaciones. Supone crear bases de datos actualizadas en donde los usuarios puedan hacer búsquedas fácil y amigablemente. Finalmente, el uso del lenguaje sencillo también se recomienda. Los textos regulatorios deben ser comprensibles, lo que incluye asegurar que los afectados con la decisión conozcan sus derechos y obligaciones, y cuenten con una guía clara para dar cumplimiento a la regulación.

Pero ¿cómo han sido recibidas las recomendaciones de la OCDE en Latinoamérica? En primer lugar, han impactado las estructuras de las administraciones públicas y de los Gobiernos. La OCDE recomienda que la mejora de la calidad regulatoria se lleve a un nivel alto de política, en donde entidades del nivel ministerial supervisen el proceso de gobernanza regulatoria. Así, en algunos Estados se han creado agencias desconcentradas, como en México la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria (CONAMER), adscrita al Ministerio de Economía, o se han asignado nuevas funciones en entidades ya existentes, como es el caso del Departamento Nacional de Planeación (DNP) en Colombia.²⁶ Otra recepción de las recomendaciones se ha dado en la organización de entidades regulatorias. La OCDE recomienda el establecimiento de entidades regulatorias independientes del Gobierno y de los regulados, ya que esto tiene el potencial de generar mayor confianza en las decisiones regulatorias. Sin embargo, no puede decirse que la creación de entidades reguladoras independientes en la región se deba únicamente a la OCDE. Al respecto, los investigadores han mostrado el proceso de difusión

²⁶ En Costa Rica también se han establecido nuevas unidades adscritas a los ministerios, la Comisión de Mejora Regulatoria está adscrita al Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

La interamericanización de la calidad normativa:...

del Estado regulador en América Latina.²⁷ No obstante, sí puede observarse cómo las evaluaciones de la OCDE sobre la política regulatoria en cada país tienden a incentivar la mejora de la independencia de los reguladores.

En segundo lugar, como he mostrado anteriormente, la OCDE señala una hoja de ruta en términos de instrumentos y herramientas, como la consulta pública o la EIR. La recepción de estas ha sido importante y diversa y, en algunos casos, se observa una relación relevante entre ambas; por ejemplo, porque se contempla que los documentos de EIR, o bien describan los ejercicios de consulta pública llevados a cabo sobre la propuesta regulatoria, o bien sean ellos mismos sometidos a consulta pública. Veamos algunos casos. Frente a la EIR, Chile, en el 2019, la estableció como obligatoria para todos los proyectos de ley de iniciativa del ejecutivo y para todos decretos dictados por el presidente o “por su orden”.²⁸ Respecto de la consulta pública, Chile ha incorporado el involucramiento de *stakeholders* a la EIR y se ha establecido por la presidencia unas guías voluntarias sobre la consulta pública, las cuales se han integrado a una plataforma web que centraliza todas las consultas públicas.²⁹ Colombia, por su parte, estableció su política regulatoria desde un documento de política pública de 2014.³⁰ La EIR se realiza, mayormente, para regulaciones técnicas.³¹ En cuanto a las herramientas de consulta, cada ministerio o departamento administrativo tiene la obligación de promover la participación ciudadana y de publicar, durante 15 días, en su sitio web los proyectos de regulación (jun-

²⁷ Levi-Faur, David y Jordana, Jacint, *¿Hacia un Estado regulador latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores*, Barcelona, CIDOB, 2005; Alviar García, Helena y Lamprea, Everaldo (eds.), *El Estado regulador en Colombia*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2016.

²⁸ Presidente de la República de Chile, *Instructivo Presidencial No. 003 de 2019*, Chile, <https://open.economia.cl/wp-content/uploads/2019/04/003-15.04.2019-Instructivo-impacto-regulatorio.pdf>

²⁹ OCDE, *Regulatory Policy Outlook 2018*, OCDE Publishing, 2018, p. 172.

³⁰ Véase Consejo Nacional de Política Económica y Social, *Documento CONPES 3816. Mejora Normativa: Análisis de Impacto*, 2014, <https://www.minenergia.gov.co/documents/10180/19764302/CONPES3816.pdf/5e09cddf-ad94-4b3f-9255-9548aab35a61>

³¹ OCDE, *Regulatory Policy Outlook 2021*, OCDE Publishing, p. 228.

to con su soporte técnico) que vayan a ser firmados por el presidente de la república.³² Igualmente se dispone la obligación de publicar el proyecto de Agenda Regulatoria, esto es, la lista de las regulaciones de carácter general que se expedirán en el siguiente año. Colombia, además, cuenta con un sistema de consulta pública (denominado SUCOP) que pretende centralizar todas las consultas, aunque su uso no es obligatorio. Por otra parte, Costa Rica estableció una estrategia nacional de simplificación de trámites y mejora regulatoria en el 2014; sin embargo, el foco de las herramientas de consulta pública y de la EIR se encuentra en la reducción de cargas administrativas. También cuenta con una plataforma centralizada (denominada SICOPRE) para que el público realice comentarios a las propuestas de regulación. En México, tanto la EIR, la evaluación *ex post* y la consulta pública son obligatorios para el ejecutivo. La EIR debe contener una descripción de la consulta pública previamente realizada sobre la propuesta regulatoria y la evaluación *ex post* debe ser sometida a consulta pública por un plazo de 30 días. Pero México ha ido más allá, al conformar un Sistema Nacional de Mejora Regulatoria³³ que incluye a los Gobiernos municipales, quienes también deben realizar EIR. En el caso de Brasil, se incorporó en el 2019, con la Ley 13.874 y la Ley 13.848, la obligatoriedad de realizar EIR³⁴ en la adopción de actos de interés general para los agentes económicos, los consumidores o los usuarios de los servicios prestados. La Ley 13.848 también hace obligatoria la consulta pública de dichos actos normativos, la entiende como un instrumento que apoya la toma de decisiones, de ahí que dispone publicar, por un periodo de 45 días, la información que soporta la propuesta nor-

³² Cuando se trate de proyectos que no llevan la firma del presidente de la República los plazos se establecen por las propias autoridades siguiendo criterios establecidos por esta misma norma.

³³ La Ley General de Mejora Regulatoria del 2018 regula este sistema en su art. 9. Su objetivo es coordinar la mejora regulatoria en las autoridades de todos los niveles del Gobierno.

³⁴ Para un entendimiento completo de la evolución de la EIR en Brasil, véase Gallo Aponte, William Iván; Lima López, Vivian Cristina y Fácio, Rafaella, “La utilización de inteligencia artificial en la actividad regulatoria: una propuesta en favor del desarrollo nacional sostenible”, *Veredas do Direito*, vol. 17, núm. 39, 2020, pp. 123-146.

La interamericanización de la calidad normativa:...

mativa, entre estos la EIR. Igualmente, el Decreto 10.411 de 2020 reglamentó la EIR y contempla que, antes de tomar una decisión sobre la mejor alternativa, podrá haber participación social sobre el informe de la EIR. Finalmente, es oportuno resaltar el caso de El Salvador. La Ley de Procedimientos Administrativos de 2018 estableció la obligación de realizar EIR y planes anuales de mejora regulatoria como límites a la potestad normativa de la Administración pública. También es pertinente destacar la Ley de Mejora Regulatoria de 2019 por su amplio ámbito de aplicación y porque creó un Sistema de Mejora Regulatoria. Esta ley dispuso que la EIR debe contener el resumen de las consultas públicas realizadas sobre el proyecto regulatorio y también obligó a realizar EIR *ex post*.

Lo anterior permite advertir que en los países de la región se han creado y ajustado estructuras e instrumentos públicos que, con ciertas variaciones, ponen en marcha las recomendaciones de la OCDE. Se reconoce, sin embargo, y así lo hace la OCDE, que todavía faltan aspectos por mejorar; no solo en Latinoamérica, sino en los países de la OCDE en general. Así, en materia de participación, la consulta no siempre suele abarcar al legislativo. Casi nunca se contemplan procesos de participación y de evaluación de impacto obligatorios para los proyectos de ley. Se destacan positivamente Chile, tanto por la evaluación *ex ante* que realiza sobre proyectos de ley de iniciativa del ejecutivo como por la evaluación *ex post* de reglamentos y de leyes. Sobre estas últimas, el Departamento de Evaluación Legislativa en la Cámara de Diputados, creado en 2011, realiza evaluaciones *ex post* de ciertas regulaciones.³⁵ Y en Brasil, desde el 2013, el Senado Federal señaló que dispondrá de mecanismos para que la ciudadanía exprese su opinión sobre las propuestas legislati-

³⁵ Por su parte, la debilidad en Colombia tiene que ver con que las evaluaciones de impacto y las herramientas de consulta no cubren a la legislación. Únicamente lo hacen cuando se trata de proyectos de ley de iniciativa del ejecutivo, que es solo el 13% de las normas que se tramitan en el Congreso (OCDE, *Regulatory Policy Outlook...*, cit., pp. 174-176), lo mismo sucede en Costa Rica y en México, aunque allí el porcentaje de proyectos de iniciativa del ejecutivo equivalen a un 37 y a un 34%, respectivamente (*ibidem*, p. 214). En todo caso, la Asamblea Legislativa en Costa Rica contempla otros mecanismos de consulta y evaluación.

vas.³⁶ Adicionalmente, se observa que los tiempos de consulta en algunos países todavía son cortos. Un buen estándar suele darse en la UE, que contempla en total 12 semanas. Por otra parte, los procesos de consulta todavía se realizan en las etapas avanzadas del ciclo regulatorio, es decir, cuando ya se ha identificado la opción regulatoria o cuando ya existe un borrador de regulación. Y las evaluaciones *ex post*, cuando se hacen, suelen involucrar muy poco a los ciudadanos. Finalmente, otro asunto es el alcance en el contenido de la consulta pública; por ejemplo, en Costa Rica, el proceso de consulta se enfoca en los trámites y procedimientos administrativos, lo cual limita que diversos grupos poblacionales puedan participar. La implementación de EIR también tiene debilidades; sin embargo, dado que no es el centro de este capítulo, no es posible extendernos en este punto. Valga solamente señalar el riesgo de que se convierta en una herramienta que genere cargas procedimentales excesivas, que no se aplique a leyes y regulaciones relevantes y que se centre solamente en medir impactos económicos, dejando de lado otras dimensiones.³⁷

III. LA INTERAMERICANIZACIÓN DE LA CALIDAD NORMATIVA

Como señalé en la introducción, si bien el diálogo sobre la calidad normativa se ha expandido en la región debido a las recomendaciones de la OCDE, mal haríamos en identificar la calidad normativa con dichas recomendaciones. Y esto es así porque la noción de calidad normativa no es equivalente a la noción de mejora regulatoria de la OCDE; de hecho, recordemos que no existe una noción única de calidad normativa, y bien puede tomarse como un asunto principalmente procedimental o como uno principalmente sustantivo.³⁸ Esto se expresa, por ejemplo, con la

³⁶ Véase Senado Federal de Brasil, Resolución No. 26 de 2013, <https://legis.senado.leg.br/norma/583589/publicacao/15612939>

³⁷ Sobre buenas prácticas en el uso de EIR se sugiere consultar: OCDE, *Regulatory Impact Assessment, OCDE Best Practice Principles for Regulatory Policy*, París, OCDE Publishing, 2020.

³⁸ Alsina, Victòria y Martí, José Luis, “The Birth of the CrowdLaw Movement: Tech-Based Citizen Participation, Legitimacy and the Quality of Lawmaking”, *Analyse & Kritik*, vol. 40, núm. 2, 2018, pp. 317-338.

La interamericanización de la calidad normativa:...

diversidad de visiones acerca de la política regulatoria.³⁹ Reconociendo esta diversidad, es posible acercarnos a esta noción desde lo que podemos denominar “interamericanización de la calidad normativa”, para indicar que el SIDH y, con ello, el ICCAL, también contribuyen a la calidad normativa. Este es un ámbito que no ha sido explorado en la literatura expresamente, aunque algunos autores han puesto de relieve la relación entre políticas regulatorias y derechos humanos, en parte por el rol de los tribunales constitucionales.⁴⁰

De este modo, hablar de interamericanización de la calidad normativa abre un campo poco explorado en la literatura, que está relacionado con las implicaciones jurídicas, desde el derecho público, de la calidad normativa. En este sentido, el proyecto ICCAL se presenta como una ventana de oportunidad para entender y robustecer los estándares de calidad normativa que están aplicando las administraciones públicas en seguimiento a recomendaciones de la OCDE, contribuyendo con ello al fortalecimiento del Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos en la región.

Con poca frecuencia se ha estudiado la calidad normativa o la mejora regulatoria desde el ámbito del derecho público. Los estudios más completos tienen lugar en el ámbito europeo. Meuwese y Popelier⁴¹ han investigado cómo se relaciona la mejora regulatoria con la legitimidad de la autoridad pública, con el principio de Estado de derecho y otros principios constitucionales. Ellas identifican que la mayoría de versiones de mejora regulatoria tienen un marcado enfoque económico, y que no suelen considerar el hecho de que encontrar una “buena norma” va muchas veces atado a restricciones propias de los sistemas jurídicos.⁴²

³⁹ Prosser, Tony, *The Regulatory enterprise: government, regulation, and legitimacy*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.

⁴⁰ Uruña, René, “Global Water Governance and the Rise of the Constitutional Regulatory State in Colombia”, en Dubash, Navroz y Morgan, Bronwen (eds.), *The Rise of the Regulatory State of the South*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 27-52.

⁴¹ Meuwese, Anne y Popelier, Patricia, “Legal Implications of Better Regulation: A Special Issue”, *European Public Law*, vol. 17, núm. 3, 2011, p. 457.

⁴² *Ibidem*, p. 458; véase Brown, Ciara y Scott, Colin, “Regulation, Public Law,

En Latinoamérica tampoco es frecuente este estudio desde el derecho público. Algunos académicos comenzaron a advertir la influencia de las recomendaciones de la OCDE y recientemente comenzaron a pensar en las implicaciones de estas para el derecho. Se han establecido los desafíos y oportunidades de las recomendaciones de la OCDE para al ámbito jurídico,⁴³ se han entendido como tendencias innovadoras del derecho administrativo en Iberoamérica que pueden impactar positivamente la función administrativa⁴⁴ e incluso se ha hecho un llamado a extender los instrumentos de la mejora regulatoria al procedimiento administrativo, a los acuerdos privados y a la toma de decisiones en el poder judicial.⁴⁵ Igualmente, recientes trabajos de derecho administrativo colombiano han comenzado a incorporar en su noción de regulación la noción de mejora regulatoria, así como su lógica de ciclo político e instrumentos de mejora regulatoria.⁴⁶ Esto es de celebrar, ya que el derecho público parece compartir preocupaciones similares con las políticas de mejora regulatoria; por ejemplo la participación y transparencia en la toma de decisiones, legislativas o administrativas, o la preocupación acerca del alto contenido tecnocrático de la Administración pública. Pero al derecho público también le deberían interesar las implicaciones de la política regulatoria en los sistemas jurídicos, sobre todo si, tal y como lo muestra su evolución hasta ahora, esta se ha concentrado en las herramientas como la EIR, dando lugar a que prevalezca, en la práctica, la bandera por la eficiencia económica, dejando de lado una comprensión más holística de la mejora regulatoria que logre impactar en la democracia, el Estado de

and Better Regulation”, *European Public Law*, vol. 17, núm. 3, 2011, pp. 467-484.

⁴³ Latorre, Indira, “La política de mejora regulatoria: oportunidades y desafíos para Colombia”, *Revista de Derecho Público*, núm. 33, 2014, pp. 1-35.

⁴⁴ Moreno, Luis Ferney y Gallo Aponte, William Iván, *op. cit.*, 2019.

⁴⁵ Gallo Aponte, William Iván y Pinilla Rodríguez, Diego Enrique, “Las transformaciones de la regulación inteligente y la incorporación de instrumentos de mejora regulatoria en el derecho administrativo. Un análisis comparado”, *Direito Público*, vol. 17, núm. 93, 2020, pp. 215-239.

⁴⁶ Moreno Castillo, Luis Ferney, *Teoría de la regulación: hacia un derecho administrativo de la regulación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

La interamericanización de la calidad normativa:...

derecho y los derechos humanos.⁴⁷ De este modo, sigue siendo necesario abrir el campo de estudio de los estándares de calidad normativa y para esto es necesario acercarse a la interamericanización de la calidad normativa. El SIDH ha traído una verdadera transformación al derecho público, de modo que mal haríamos en pretender entender los estándares de calidad normativa dejándolo de lado.

3.1. La calidad normativa en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Elaborar un estudio de la calidad normativa en el SIDH implica en realidad un trabajo más grande del que podemos elaborar acá. Supondría una investigación minuciosa de todos los estándares del sistema. Mi objetivo es más acotado, pero no por ello poco relevante. Trato de determinar en qué medida el SIDH contribuye a robustecer los estándares de calidad promovidos por la OCDE. En especial, desde el punto de vista de la participación ciudadana, el acceso a la información y la transparencia.

En alguna medida, esta cuestión es diferente de la judicialización de la mejora regulatoria. La literatura europea ha indagado por esto,⁴⁸ es decir, por la cuestión acerca de cómo los jueces aplican los principios de la mejora regulatoria poniendo de presente sus pros y sus contras, dado que, generalmente, se trata de principios de *soft law*. Pero no es esto lo que entenderemos por

⁴⁷ Las recomendaciones de la OCDE mencionan los derechos, pero no los derechos humanos o fundamentales.

⁴⁸ Popelier, Patricia, “Preliminary Comments on the Role of Courts as Regulatory Watchdogs”, *Legisprudence*, vol. 6, núm. 3, 2012, pp. 257-270. Por ejemplo, frente al estándar de consulta, esta autora señala los siguientes casos, como algunos en donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sin imponerlo, celebra que se generen estos procedimientos. Véase TEDH, *Caso Hatton vs. Reino Unido* (Gran Sala), núm. 36022/97, ECHR 2003-VIII; *Caso Evans vs. Reino Unido* (Gran Sala), núm. 6339/05, ECHR 2007-I; *Caso A, B and C vs. Irlanda* (Gran Sala), núm. 25579/05, ECHR 2010; *Caso Zammit Maepel vs. Malta*, sentencia de 22 de noviembre de 2011, núm. 24202/10, ECHR 2011. En *ibidem*, p. 260.

interamericanización de la calidad normativa en este capítulo. No pretendo evaluar si el SIDH aplica —y cómo— los principios promovidos por la OCDE. Y no lo hago porque esto implicaría asumir cierta jerarquía entre actores internacionales. Así, en la búsqueda de un diálogo, la interamericanización supone entender cómo se pueden nutrir los principios y recomendaciones de la OCDE a la luz del mandato transformador del ICCAL.⁴⁹

En todo caso, resulta interesante advertir que la literatura sobre judicialización de la mejora regulatoria pone al descubierto el rol que pueden jugar las cortes internacionales en la promoción de la calidad normativa. Algunas investigaciones han mostrado cómo la revisión judicial de las cortes europeas desarrolla criterios de calidad normativa; criterios como el principio de equidad, de proporcionalidad, de legalidad, de seguridad jurídica o debida motivación. Con una mirada más procedimental, se ha mostrado cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utiliza estándares procedimentales, lo que ha llevado a desarrollar evaluaciones de impacto integradas que incluyan un test de derechos fundamentales.⁵⁰

En el ámbito latinoamericano, puede decirse que el SIDH irriga los estándares de calidad normativa de los que hemos venido hablando. Y los irriga tanto en sentido sustantivo como procedimental. Por tanto, es de celebrar investigaciones que, como las de este libro, han comenzado a determinar el impacto de los tratados internacionales y decisiones judiciales sobre derechos humanos en el ejercicio de la función administrativa y los desafíos que esto trae para las administraciones públicas.⁵¹ Y la pregunta por los impactos del SIDH en la función administrativa puede trasladarse a la calidad normativa, pues implica determinar en qué

⁴⁹ Véase Bogdandy, Armin von, *op. cit.*, pp. 3-50.

⁵⁰ Helen Toner explica la importancia que tienen las evaluaciones de impacto integrado (*Integrated Impact Assessments*) en el proceso de producción normativa en la Comisión Europea. Véase Toner, Helen, “Impact Assessments and Fundamental Rights Protection in EU Law”, *European Law Review*, vol. 3, 2006, pp. 316-341.

⁵¹ Klein Gussoli, Felipe, “Dez parâmetros básicos de atuação da Administração Pública segundo os tratados internacionais de direitos humanos”, *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 6, núm. 2, 2019, pp. 46-70.

La interamericanización de la calidad normativa:...

medida los procesos de toma de decisiones de las administraciones públicas cumplen o garantizan los derechos fundamentales de los administrados.

Precisamente por esto, en Europa, por ejemplo, se ha reconocido la importancia de integrar en las EIR que realiza la Comisión Europea el impacto sobre los derechos fundamentales. Con los desafíos que esto implica, esta medición de impactos integrada aún no opera en Latinoamérica. En Colombia, las guías para elaborar EIR⁵² citan el caso de la UE, pero no establecen una guía para evaluar los impactos sobre los derechos fundamentales. Adviértase que no estamos hablando de las evaluaciones de impacto ambiental (EIA) utilizadas para la evaluación de proyectos. Quizás debido a lo reciente de este instrumento todavía no se presentan casos u opiniones en el SIDH sobre las EIR de forma expresa; sin embargo, esto no significa que el SIDH no tenga una incidencia sobre los estándares de calidad normativa. Por ejemplo, sobre la necesidad de medir el impacto de las regulaciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha ordenado informes a los Estados en donde se evalúe el impacto *ex ante* de los proyectos de ley.

En *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil*, tras la explosión de una fábrica de fuegos artificiales en donde murieron 60 personas y ante el proyecto de ley aprobado por el Senado en 2017, que pretendía regular “la fabricación, el comercio y el uso de fuegos artificiales”, se solicitó a Brasil un informe en el que indicara: *i*) cambios específicos a la legislación actual que se proponían en el proyecto de ley; *ii*) el impacto que potencialmente tendría la nueva legislación, y *iii*) el plazo estimado para su “aprobación definitiva”.⁵³ Veamos ahora cómo puede verse esta interamericanización en los estándares que aquí nos convocan.

⁵² DNP y OCDE, *Guía metodológica de análisis de impacto normativo*, 2015, <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/DesarrolloEmpresarial/GuiaMetodologicadeAnálisisdeImpactoNormativo.pdf>

⁵³ Corte IDH. Caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C, núm. 407, párr. 288.

3.2. La interamericanización del principio de participación, acceso a la información y transparencia

Interesa observar ahora el entendimiento del principio de participación ciudadana, transparencia y acceso a la información. Ya vimos que los países de la región se han enfocado en llevar a consulta pública los proyectos regulatorios, aunque todavía con algunas debilidades, de modo que profundizar más puede aportar nuevas líneas para mejorar su aplicación por parte de los Gobiernos y las administraciones públicas. Y esto puede hacerse dando una mirada a diferentes instrumentos internacionales del SIDH que ponen de relieve la importancia de la participación ciudadana. En especial, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, de 1948, en su artículo 34 y 45, literal f, y el Pacto de San José, de 1969, en su artículo 23, se refieren a la participación ciudadana en la vida política y en las decisiones que involucren su desarrollo. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 13, reconoce el derecho a la libertad de expresión, entendido por el Sistema Interamericano como el eje de la sociedad democrática y, en su artículo 25, señala el derecho de todos los ciudadanos de participar en “la dirección de los asuntos públicos”. Otros instrumentos multilaterales que tienen relevancia para la participación ciudadana son la ya mencionada Declaración de Gobierno Abierto de 2011, que crea la Alianza para el Gobierno Abierto (AGA, Open Government Partnership) y a la cual hace referencia la OCDE y, más recientemente, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, de 2018, mejor conocido como el Acuerdo de Escazú. Los últimos dos instrumentos han sido entendidos como un refuerzo a los principios y obligaciones de la normativa y jurisprudencia interamericana. El primero se ha entendido principalmente como un refuerzo al contenido del derecho de acceso a la información pública y al principio de transparencia. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) entiende que el compromiso con el Gobierno abierto fortalece las capacidades de los Estados en la lucha contra

La interamericanización de la calidad normativa:...

la corrupción.⁵⁴ El acuerdo de Escazú, por su parte, refuerza principalmente el derecho a un ambiente sano, así como el derecho a defender el medioambiente.⁵⁵

El SIDH también nos permite detallar mejor el alcance y contenido del principio de participación ciudadana. Dos decisiones resultan fundamentalmente esclarecedoras. En el caso *Yatama vs. Nicaragua*,⁵⁶ la Corte IDH entró a considerar el artículo 23, que establece la participación en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, así como el derecho al voto, a ser elegido y a desempeñar funciones públicas. Esta decisión expresó la relevancia de estos derechos políticos para la democracia representativa, y de la democracia representativa para todo el Sistema Interamericano. Para lograr el ejercicio efectivo de estos derechos, los Estados tienen que disponer las condiciones y mecanismos óptimos. De manera relevante, resalta la importancia de que esas condiciones garanticen la igualdad y no discriminación, lo cual supone tomar medidas para equilibrar la situación de debilidad de ciertos sectores sociales. Si bien este caso se centra en las limitaciones electorales de grupos indígenas, resulta de interés porque resalta el vínculo entre participación, democracia y no discriminación. Otro tanto sucede con *Castañeda Gutman vs. México*,⁵⁷ el cual recuerda que los derechos políticos son derechos humanos vinculados a otros, como la libertad de expresión y de reunión, entre otros. Quizás más llamativo es el hecho de considerar el ejercicio de los derechos políticos como un fin en sí mismo, así como un medio para garantizar los demás derechos humanos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

En términos de la participación en una política concreta, la Resolución 1/2020 de la CIDH sobre pandemia y derechos hu-

⁵⁴ CIDH, Resolución 1/18, *Corrupción y Derechos Humanos*, 16 de marzo de 2018.

⁵⁵ CIDH, Comunicado de prensa 94/21, 21 de abril de 2021.

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.

INDIRA LATORRE

manos tiene un impacto relevante sobre las administraciones públicas y, de hecho, comparte cierto lenguaje con la política regulatoria, en la medida en que ordena adoptar medidas para proteger la salud, la vida y la integridad personal, con base en la evidencia científica. Además, dispone que todas las medidas tomadas, entre ellas las que pretendan la recuperación económica y social, deben mantener un enfoque de derechos humanos. La resolución llama la atención sobre la necesidad de asegurar planes de actuación con procedimientos para prevenir, detectar, tratar, controlar y hacer seguimiento a la pandemia.

Estos procedimientos deben ser, entre otros, transparentes, claros, participativos e inclusivos. La participación adquiere un énfasis importante, pues debe utilizarse para evaluar los impactos de las medidas tomadas y así realizar ajustes, con lo cual adquieren relevancia los impactos *ex post*. Aquí es importante advertir que la resolución se refiere a la participación social, como algo distinto de los espacios de diálogo con expertos. La participación también se refiere a la necesidad de asegurar que las mujeres estén en posiciones de toma de decisión, bien en comités o en grupos de trabajo. Finalmente, la resolución presenta un modelo participativo de cooperación internacional. Reconoce la crisis global generada por la pandemia y, por ende, la necesidad del diálogo internacional para reconocer buenas prácticas. Pero este diálogo no se queda en el nivel de los expertos: la resolución llama a la inclusión de los grupos afectados y de la sociedad civil.

Por su parte, el derecho de acceso a la información, la publicidad y la transparencia se vinculan con el principio democrático. *Claude Reyes y otros vs. Chile*⁵⁸ es un caso paradigmático con incidencia en la Administración pública. Ante la negativa de una empresa jurídica de derecho público de entregar información sobre un proyecto de deforestación, la Corte IDH establece que la publicidad y la transparencia en la gestión pública son principios clave de la actuación del Estado, que son necesarios para el ejercicio del control democrático de la función pública y, por ende, contribuyen a promover la participación en la gestión pública. Importante: estos deberes de los Estados se enmarcan en el

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151.

La interamericanización de la calidad normativa:...

cumplimiento del derecho a la libertad de expresión, establecido en el artículo 13 de la CADH. La libertad de expresar es también la libertad de buscar, recibir y difundir información, sin que deban demostrar interés directo para ello. Esta mirada es compartida por el acervo interamericano: la Resolución 3 de 2006 y la Carta Democrática Interamericana (arts. 4 y 6). Asimismo, recordemos que el Acuerdo de Escazú y la Declaración de Gobierno Abierto resaltan, en igual medida, el derecho de acceso a la información y el deber de los Gobiernos de promoverlo.

En la opinión consultiva⁵⁹ solicitada por Colombia, referida a la forma como se debe interpretar el Pacto de San José cuando existe el riesgo de que la construcción y el uso de las nuevas grandes obras de infraestructura afecten de forma grave el medioambiente marino en la Región del Gran Caribe, la Corte IDH, repasando los artículos 13 y 23.1 de la CADH, señaló el carácter instrumental del acceso a la información, en este caso, para el derecho a la salud, la vida o la integridad personal. Recordó que la participación ciudadana o pública también tiene este carácter instrumental. Además, mostró la riqueza de instrumentos que se centran en la participación en asuntos ambientales y en decisiones relacionadas con el desarrollo sostenible,⁶⁰ así como la relevancia que adquiere este derecho cuando se trata de pueblos indígenas.⁶¹ Señaló que la participación debe darse desde las primeras fases de los procesos de toma de decisión, esto es, en

⁵⁹ Corte IDH. OC-23/17. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23.

⁶⁰ Se destacan las declaraciones de Río, Estocolmo, la Carta Mundial de la Naturaleza. Esta última señala la participación de las personas en el proceso de preparación de decisiones que atañen al medioambiente.

⁶¹ El caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* es clave en este sentido. En este la Corte IDH ordena establecer canales de información para explicar los impactos sociales y ambientales del proyecto, y hace especial énfasis en el derecho de consulta previa. Véase Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245.

lenguaje de mejora regulatoria, desde las primeras fases del ciclo de política pública.

IV. DESAFÍOS Y CONTRIBUCIONES DEL ICCAL PARA LA MEJORA DE LA CALIDAD NORMATIVA EN LATINOAMÉRICA

Lo anterior permite observar el importante desarrollo en torno al derecho a la participación, acceso a la información y transparencia que contiene el SIDH. En concreto, en áreas específicas como la ambiental, podría afirmarse que la regulación social en este sector administrativo cuenta con estándares muy completos y definidos, lo cual llama la atención si se contrasta con los déficits de participación reconocidos incluso por los propios Estados.⁶² Esto lleva a preguntarnos acerca de los desafíos y dificultades en la implementación de estándares de calidad normativa en los países de Latinoamérica en diversos sectores de la Administración pública.

Lo primero que podemos hacer es reconocer las debilidades en términos de calidad normativa. Esto no quiere decir que se desconozcan las mejoras realizadas, pero todavía falta un esfuerzo mayor por lograr una aplicación amplia de los estándares, no solo en el sentido que sugiere la OCDE, sino en el de la garantía de la participación como un derecho fundamental. Se observan mejoras, por ejemplo, en la inclusión del principio de participación ciudadana en los sistemas jurídicos nacionales y en las normas administrativas. En Chile, la Ley 20.500 de 2011, en sus artículos 69 y 70, establece la obligación de reconocer el derecho de participar en planes, políticas, programas y acciones, e impone a los órganos de la Administración el deber de establecer modalidades específicas de participación. En Colombia, la ley de procedimiento administrativo, Ley 1437 de 2011, establece la participación como un principio para las autoridades administrativas y el Decreto 270 de 2017 regula la publicidad y promoción

⁶² En una sentencia reciente de la Corte Constitucional colombiana (SU/095-2018) se presentaron las debilidades de los mecanismos actuales de participación ciudadana ambiental y se ordenó al poder legislativo la creación de un nuevo mecanismo de participación. Véase Corte Constitucional colombiana, Sentencia SU-095, de 11 de octubre de 2018.

La interamericanización de la calidad normativa:...

de la participación en los proyectos de regulación. Pero si bien se destacan avances, los problemas de los Gobiernos y administraciones públicas subsisten. Vale recordar la crisis reciente que generó la propuesta de reforma tributaria en Colombia, no necesariamente por el contenido de esta, sino por la falta de consulta con los grupos y ciudadanos afectados.⁶³

Adicionalmente, cuando se desciende del nivel de principios y se mira la práctica administrativa, se advierten algunos déficits; entre ellos, los reconocidos por la OCDE y que enunciamos en la primera parte. Además, precisamente a partir del contraste entre las recomendaciones de la OCDE y los estándares interamericanos a los que se hizo referencia, puede decirse que hay una disonancia entre ambos. A la luz del SIDH, la participación no debe entenderse agotada en la obtención de evidencia, sino en la efectiva satisfacción de un derecho fundamental; un derecho que es fin en sí mismo y también un medio para satisfacer otros derechos. Pero este enfoque de derechos no aparece explícito en las recomendaciones de la OCDE. Acá, por tanto, aparece un primer desafío: aplicar los principios de la mejora regulatoria con perspectiva de derechos fundamentales. Esta perspectiva, irrigada por todo el acervo interamericano descrito, puede incorporarse en herramientas como la EIR y, por esto, debe trabajarse en evitar que este instrumento se convierta en un procedimiento burocrático y permita hacer una EIR integral, que evalúe aspectos sociales y de derechos fundamentales.

Un segundo desafío tiene que ver con la articulación entre la política regulatoria, el SIDH y los poderes judiciales del nivel nacional. Por articulación me refiero al fortalecimiento de la gobernanza regulatoria, en donde las decisiones judiciales se integren a la política regulatoria; no solo para la revisión legal de las regulaciones en casos concretos, sino como herramienta de evaluación

⁶³ Así, por ejemplo, la CIDH señaló en sus recomendaciones generales a Colombia promover un diálogo genuino con todos los sectores, así como “fortalecer la garantía y protección de los DESCAs [...] con un enfoque de igualdad y no discriminación, participación ciudadana y rendición de cuentas”. CIDH, Observaciones y recomendaciones de la visita de trabajo de la CIDH a Colombia realizada del 8 al 10 de junio de 2021, p. 41.

INDIRA LATORRE

*ex post*⁶⁴ e incluso como parte del inicio de la agenda regulatoria. Esto último teniendo en cuenta que, en algunas ocasiones, los jueces imponen a los Estados la obligación de regular. Un claro ejemplo se observa en el caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil*,⁶⁵ en donde se indicó que todos los Estados tienen la obligación de regular los aspectos específicos que garanticen el cuidado de la salud y la integridad de las personas que están expuestas a actividades peligrosas,⁶⁶ así como fiscalizar y supervisar este tipo de actividades, incluso si son realizadas por entidades de naturaleza privada. En este sentido, le ordenó al Estado avanzar en la aprobación de un proyecto de ley para regular la fabricación y el comercio de la pirotecnia; realizar supervisión de las medidas de cuidado y seguridad de las fábricas de fuegos artificiales, y crear una política de desarrollo socioeconómico para promover que las personas que trabajaban en las fábricas de fuegos artificiales pudieran trasladarse a otros mercados laborales.

Similarmente, en *Hernández vs. Argentina*,⁶⁷ la Corte IDH identificó la falta de capacidades de la unidad carcelaria para atender a las necesidades médicas de un recluso, por lo que, entre otras cosas, ordenó garantizar la atención médica, recordó el deber de regulación permanente de “la prestación de servicios (tanto públicos como privados) y la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad”.⁶⁸ Ordenó crear una política para garantizar la capaci-

⁶⁴ No se hacen evaluaciones *ex post* para determinar la efectividad de las regulaciones.

⁶⁵ Corte IDH. *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C, núm. 407, párr. 119.

⁶⁶ La Corte IDH asumió el conocimiento de un caso en el que fallecieron 60 personas como consecuencia de la explosión de una fábrica de fuegos artificiales, en el cual se constató que, pese a que las autoridades administrativas conocían que en la ciudad existía comercio de fuegos artificiales, nunca se tomaron las medidas necesarias para garantizar que en los hospitales locales hubiera servicio de atención médica que permitieran atender estas emergencias.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso Hernández vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C, núm. 395.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 77.

La interamericanización de la calidad normativa:...

tación de todos los funcionarios penitenciarios, en relación con la identificación, prevención y reacción ante las enfermedades frecuentes en los reclusos. De este modo, más que observar con ojos críticos el papel de las cortes, por ejemplo, por considerar que afecta la planeación regulatoria, debería integrarse de manera consciente en la política de mejora regulatoria, ya que ello contribuye a que la función regulatoria asegure el cumplimiento de los derechos fundamentales.

A los desafíos anteriores, que en principio parecen difíciles de enfrentar, el ICCAL puede aportar guías interesantes. En primer lugar, porque la función regulatoria, al ser función pública, se nutre por todo el SIDH, y este marco contribuye a que los reguladores mejoren su comprensión sobre los estándares de calidad normativa. Tal y como lo ha hecho este escrito, se ha mostrado que existen decisiones que aclaran, detallan y fijan el alcance de dichos estándares. Sobre el principio de participación, por ejemplo, hemos visto cómo existe una relación entre participación e igualdad y no discriminación, relación que debería garantizarse cuando se realizan procesos de consulta pública

Igualmente, el SIDH puede ayudar a configurar las EIR para que incorporen los derechos fundamentales. Así como vimos que se presenta en la Comisión Europea, el SIDH puede ayudar a construir mediciones de impacto más integrales. Del mismo modo, el ICCAL también puede enriquecer los análisis cualitativos de las medidas regulatorias. En cierta forma puede hacerlo más en el ámbito de la regulación social, pero también en el análisis de impactos sociales y de derechos humanos de la regulación económica. Finalmente —y aunque no fue tema central de este capítulo, pero que vale la pena profundizar en futuros trabajos—, el ICCAL puede contribuir a extender la comprensión sobre la cooperación regulatoria internacional, integrando en el contexto latinoamericano regulatorio no solo el sistema de cooperación económico que rodea a la región, sino a todo sistema internacional de los derechos humanos. En una frase, la cooperación regulatoria internacional no solo debe mirar los impactos económicos globales de las regulaciones nacionales o internacionales, sino también los impactos sociales y de derechos humanos.

V. CONCLUSIONES

Este capítulo ha buscado contribuir al análisis de los estándares de calidad normativa, en especial los de participación, acceso a la información y transparencia, poniendo en diálogo la comprensión que sobre los mismos tiene la OCDE y el SIDH; esto con el fin de mostrar cómo estos estándares resultan enriquecidos por el SIDH, así como dejar planteadas algunas contribuciones que puede realizar el ICCAL. De esta manera, se puede hablar de una interamericanización de la calidad normativa, por cuanto las administraciones públicas cuentan con herramientas y principios para mejorar la calidad de sus regulaciones que van más allá de las planteadas por la OCDE.

He mostrado que los países de la región avanzan cada vez más en la incorporación de estos estándares, pero que, si se quiere asegurar que su cumplimiento contribuya al Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos, la perspectiva del ICCAL resulta necesaria. El ICCAL permite mejorar la aplicación de los estándares trayendo la perspectiva de los derechos fundamentales; perspectiva que no se advierte en los estándares de la OCDE. Así, dos conclusiones se extraen de este capítulo. Primero, que la interamericanización de la calidad normativa permite imaginar políticas regulatorias que garanticen los derechos humanos. Segundo, que esto solo es posible si las políticas de mejora regulatoria promovidas por la OCDE entran en diálogo con el SIDH. Este capítulo ha pretendido contribuir a dicho diálogo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA, Victòria y MARTÍ, José Luis, “The Birth of the Crowd-Law Movement: Tech-Based Citizen Participation, Legitimacy and the Quality of Lawmaking”, *Analyse & Kritik*, vol. 40, núm. 2, 2018.
- ALVIAR GARCÍA, Helena y LAMPREA, Everaldo (eds.), *El Estado regulador en Colombia*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2016.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Regulación, mito y derecho: desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Navarra, Thomson Reuters, 2010.

La interamericanización de la calidad normativa:...

- BOGDANDY, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, 2015.
- BOULIN, Ignacio y CADENAS, Enrique, *Innovar el derecho administrativo: bases para la mejora del sistema regulatorio y la calidad de las políticas públicas en Argentina*, Buenos Aires, Universidad Austral, 2018.
- BREYER, Stephen G. et al., *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*, 6a. ed., Nueva York, Aspen Publishers, 2006.
- BROWN, Ciara y SCOTT, Colin, “Regulation, Public Law, and Better Regulation”, *European Public Law*, vol. 17, núm. 3, 2011.
- DNP y OCDE, *Guía metodológica de análisis de impacto normativo*, 2015, [https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo Empresarial/Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo.pdf](https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo+Empresarial/Guía+Metodológica+de+Análisis+de+Impacto+Normativo.pdf).
- GALLO APONTE, William Iván; LIMA LÓPEZ, Vivian Cristina y FÁCIO, Rafaella, “La utilización de inteligencia artificial en la actividad regulatoria: una propuesta en favor del desarrollo nacional sostenible”, *Veredas do Direito*, vol. 17, núm. 39, 2020.
- GALLO APONTE, William Iván y PINILLA RODRÍGUEZ, Diego Enrique, “Las transformaciones de la regulación inteligente y la incorporación de instrumentos de mejora regulatoria en el derecho administrativo. Un análisis comparado”, *Direito Público*, vol. 17, núm. 93, 2020.
- KLEIN GUSSOLI, Felipe, “Dez parâmetros básicos de atuação da Administração Pública segundo os tratados internacionais de direitos humanos”, *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 6, núm. 2, 2019.
- KOOP, Christel y LODGE, Martin, “What is regulation? An interdisciplinary concept analysis”, *Regulation & Governance*, vol. 11, núm. 1, julio de 2017.
- KOSTI, Nir et al., “Legislation and regulation: Three Analytical Distinctions”, *Theory and Practice of Legislation*, vol. 7, núm. 3, septiembre de 2019.

INDIRA LATORRE

- LATORRE, Indira, “La política de mejora regulatoria: oportunidades y desafíos para Colombia”, *Revista de Derecho Público*, núm. 33, 2014.
- LEVI-FAUR, David y JORDANA, Jacint, *¿Hacia un Estado regulador latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores*, Barcelona, CIDOB, 2005.
- MALYSHEV, Nick y OCDE, *The Evolution of Regulatory Policy In OCDE Countries*, s. f., <https://www.OCDE.org/gov/regulatory-policy/41882845.pdf>.
- MANDELKERN GROUP ON BETTER REGULATION, *Final Report*, 2001, http://ec.europa.eu/smartregulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf
- MEUWESE, Anne y POPELIER, Patricia, “Legal Implications of Better Regulation: A Special Issue”, *European Public Law*, vol. 17, núm. 3, 2011.
- MORENO CASTILLO, Luis Ferney, *Teoría de la regulación: hacia un derecho administrativo de la regulación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- MORENO, Luis Ferney y GALLO APONTE, William Iván, “De la simplificación administrativa a la calidad regulatoria”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 17, 2019.
- POPELIER, Patricia, “Preliminary Comments on the Role of Courts as Regulatory Watchdogs”, *Legisprudence*, vol. 6, núm. 3, 2012.
- PROSSER, Tony, *The Regulatory enterprise: government, regulation, and legitimacy*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- TONER, Helen “Impact Assessments and Fundamental Rights Protection in EU Law”, *European Law Review*, vol. 3, 2006.
- URUEÑA, René, “Global Water Governance and the Rise of the Constitutional Regulatory State in Colombia”, en DUBASH, Navroz y MORGAN, Bronwen (eds.), *The Rise of the Regulatory State of the South*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- VOERMANS, Wim, “Concern about the Quality of EU Legislation: What Kind of Problem, by What Kind of Standards?”, *Erasmus Law Rev*, vol. 2, núm. 1, 2009.