

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y POLÍTICAS PÚBLICAS



**INCIDENCIA DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO EN EL
EJERCICIO DE LA POTESTAD NORMATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA SALVADOREÑA**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE
MAESTRA EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y POLÍTICAS PÚBLICAS**

PRESENTADO POR:

LICENCIADA ROXANA MAYBELLY MILAGRO RAMOS LÓPEZ

DOCENTE ASESOR:

DOCTOR RICARDO ANTONIO MENA GUERRA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, 1 DE NOVIEMBRE DE 2021.

AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado

RECTOR

PhD. Raúl Ernesto Azcúnaga LÓPEZ

VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Antonio Alarcón Sandoval

SECRETARIO GENERAL

AUTORIDADES

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco

VICEDECANO

Dr. José Miguel Vásquez López

DIRECTOR DE UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO

AGRADECIMIENTOS

A Dios todo poderoso, quien hizo esto posible, toda la gloria, honra y honor sea para él.

A mi estimado Asesor de tesis: doctor Ricardo Mena Guerra, quien de manera desinteresada y por su pasión por el conocimiento, me guio e instruyó en este trabajo de investigación.

A mis seres queridos por su apoyo incondicional, paciencia, ayuda y palabras de aliento en cada momento.

Al licenciado César Monroy y al doctor Henry Orellana, por compartirme sus conocimientos y experiencias en el tema de mejora regulatoria y el ejercicio de la potestad normativa de la administración pública.

A la Universidad de El Salvador y todos los catedráticos que me impartieron sus conocimientos y me transmitieron su amor por la justicia y el derecho como una herramienta a favor de los ciudadanos en la construcción de un mejor El Salvador.

Contenido	
INTRODUCCIÓN.....	i
ABREVIATURAS.....	iv
CAPÍTULO 1.....	1
SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA POTESTAD NORMATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	1
1.1 Surgimiento y relación Ley-Reglamento en el régimen constitucional Frances de los siglos XVIII, XIX y XX.....	1
1.2 Evolución Histórica de la Regulación y Potestad Normativa de las Administraciones Independientes en los Estados Unidos de América.....	10
1.3 Surgimiento de la Organización de Cooperación de Desarrollo Económica OCDE, y de la Mejora Regulatoria.....	18
1.4 La evolución histórica de la Potestad Normativa en El Salvador.....	23
CAPÍTULO 2.....	30
GENERALIDADES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.....	30
2.1 El Poder Público.....	30
2.2 Las Potestades Públicas.....	32
2.3 Potestades Públicas Originarias.....	33
2.4 La potestad Legislativa.....	34
2.5 La potestad Jurisdiccional.....	34
2.6 Potestad Administrativa.....	34
2.7 La Potestad Reglamentaria.....	35
2.8 Límites a la Potestad Reglamentaria.....	38
2.9 Titularidad de la potestad reglamentaria.....	47

2.10	Del Reglamento	48
CAPÍTULO 3		59
LA CALIDAD DE LA REGULACIÓN		59
3.1	La regulación normativa.....	59
3.2	Importancia de la Calidad de las Normas.	60
3.3	Política Regulatoria.....	61
3.4	La Mejora Regulatoria.....	62
3.5	Definición de Mejora Regulatoria.	64
3.6	Gobernanza Regulatoria.....	69
3.7	Importancia del procedimiento de Elaboración de reglamentos y demás normas administrativas, para mejorar la calidad normativa.	73
3.8	Calidad Formal de las normas Jurídicas: Técnica Normativa.	74
3.9	La Calidad Material de las Normas jurídicas.....	74
3.10	Objetivos de la Mejora Regulatoria	75
3.11	Principios de la Mejora Regulatoria.	77
3.12	Presupuestos que deben cumplir las normas desde la política de mejora regulatoria.	82
3.13	Rectoría de la Mejora Regulatoria en El Salvador.	84
3.14	Herramientas de Mejora regulatoria.....	86
CAPÍTULO 4		89
LA EVALUACION DE IMPACTO REGULATORIO Y SU INCIDENCIA EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD NORMATIVA EN EL SALVADOR.		89
4.1	La Evaluación de Impacto Regulatorio (EIR).....	89
4.2	Beneficios de la Evaluación de Impacto Regulatorio.....	91

4.3	Clasificación de Evaluación de Impacto Regulatorio EIR.....	92
4.4	Elementos de la Evaluación de Impacto Regulatorio.	98
4.5	Procedimiento de elaboración de la EIR	125
4.6	El Procedimiento para la Aprobación de Normas Administrativas en El Salvador.....	131
4.7	La Asamblea Legislativa y a obligación de elaboración de EIR en el proceso de formación de Ley.	135
4.8	Mecanismos de Control de elaboración de normas administrativas y del uso de la EIR según corresponda.	137
	CONCLUSIONES	145
	ANEXOS	148
	BIBLIOGRAFIA	155
	INDICE BIBLIOGRAFICO	155
	INDICE LEGISLATIVO:	157
	INDICE JURISPRUDENCIAL.....	158
	INDICE BIBLIOGRAFICO VIRTUAL.....	159

INTRODUCCIÓN

La presente de investigación sobre el tema “**Incidencia de la Evaluación de Impacto Regulatorio en el Ejercicio de la Potestad Normativa de la Administración Pública Salvadoreña**” surge con el objetivo de determinar la incidencia del uso de la Evaluación de Impacto regulatorio en el ejercicio de la potestad normativa de la administración pública. Por tal motivo, se desarrolla la historia de la potestad normativa desde sus inicios en Francia de 1891, como ha venido evolucionando y marcando sus límites, características propias y elementos esenciales, en legislaciones como la francesa, la estadounidense, su auge y mayor desarrollo con Organización para la Cooperación y el Desarrollo económico, así como también se desarrolla un estudio de la evolución del ejercicio de la potestad normativa salvadoreña, hasta la creación del incipiente sistema de mejora regulatoria actual.

En este contexto, la presente investigación se reviste de novedad e importancia, puesto que desarrollará los aspectos fundamentales de la nueva regulación al ejercicio de la potestad normativa por parte de la administración pública, visto desde el enfoque de la política de mejora regulatoria, que en El Salvador por medio del Convenio Reto del Milenio introduce todo un sistema de Mejora Regulatoria, que pretenden mejorar la calidad de las normas emitidas por los diferentes entes reguladores, que para lo cual, se promulgó la Ley de Procedimientos Administrativos, la Ley de Mejora Regulatoria y la Ley de Eliminación de barreras Burocráticas; que a la vez, introduce el uso de nuevas herramientas como la evaluación de impacto regulatorio, que están enfocados en asegurar la calidad de las regulaciones emitidas por la administración pública, para mejorar la competitividad, el comercio, el clima de negocios e incentivar el crecimiento y desarrollo económico del país.

Debido a que este incipiente sistema de mejora regulatoria en El Salvador, ha entrado en vigencia progresiva a partir de 13 de febrero de 2019, con la entrada en vigencia de la LPA; la presente investigación, pretende constituir uno de los primeros aportes sobre el tema a nivel nacional. Por tales motivos, se abordó la investigación desde la dogmática jurídica, a un nivel exploratorio y descriptivo, ya que se sustenta en el análisis de las normas jurídicas de un modo abstracto y teórico de la normativa y doctrina actual, tanto a nivel internacional como nacional; con respecto a las técnicas e instrumentos utilizados en la investigación para la recolección de la información, se recurrió al análisis documental y entrevista a profesionales especializados en la materia.

En cuanto a su contenido, se distribuye en cuatro capítulos, el primero: que aborda el Surgimiento y evolución histórica de la potestad normativa, inicia en Francia Post revolucionaria del siglo XVIII, en que se introduce la figura de la Ley como la expresión máxima de la soberanía del Pueblo, y se le confiere al ejecutivo un poder

normativo originario subordinado a las leyes, con limitaciones y competencias muy específicas, tendientes a la ejecución de las leyes, que ha venido desarrollándose conforme a las necesidades socio económicas de la república Francia hasta la Constitución de 1950.

Seguidamente, en el mismo capítulo se detallan los aportes más relevantes del ejercicio de la potestad normativa en la legislación de los Estados Unidos de América, resaltando la creación del sistema de administración por agencias, que ha mostrado eficiencia y eficacia en el ejercicio de sus competencias, convirtiéndose en referente internacional en cuanto a velar por la calidad de las normas. Posteriormente se detalla el auge de la regulación y mejoramiento de la calidad de las normas desarrollado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico OCDE, que a la fecha es el principal organismo internacional que realiza estudios y recomendaciones sobre la mejora regulatoria desde un enfoque de integral que persigue el desarrollo y crecimiento socio-económico de los países miembros y no miembros.

Finalmente, se estudia la evolución del ejercicio de la potestad normativa en El Salvador, desde la primera constitución como república independiente en 1824, pasando por las 19 constituciones que han regido este país, destacando los avances que algunas constituciones han realizado en la incipiente preocupación por mejorar la calidad de las normas, así mismo se destaca el salto cualitativo que El Salvador ha realizado a partir de 2018, fecha en la que por primera vez se establece en una norma con rango de ley, el procedimiento estandarizado para la creación de normas administrativas que emitan las instituciones del Estado facultadas para ejercer potestad normativa.

En el segundo capítulo, desarrolla los aspectos generales sobre la Potestad normativa partiendo de las definiciones de las potestades públicas originarias con énfasis en la potestad administrativa, profundizando en la potestad reglamentaria o normativa, con el objetivo de sentar las bases necesarias para distinguir esta potestad, detallando su naturaleza, principios rectores, los límites para su ejercicio, así como la procedencia de la titularidad con la que se ejerce y finalizando la clasificación de instrumentos reglamentarios en los que se materializa la potestad normativa de la administración pública tanto a nivel doctrinal como su aplicación a nivel nacional.

En cuanto al tercer capítulo, se aborda con más precisión la importancia de mejorar la calidad de la Regulación, independientemente del sujeto emisor, sin distinción de su rango y denominación, puesto que los instrumentos normativos, constituyen una de las principales herramientas con las que cuenta el Estado para desarrollar las políticas y acciones en distintas materias, por tanto, su contenido concreto es de gran importancia, al establecer mandatos, obligaciones y derechos que inciden en diferentes variables macroeconómicas (como el PIB, la inflación, productividad, la inversión y crecimiento económico etc.); por ello, es importante el abordaje de calidad de la regulación, tanto de la forma, como de su contenido, pues tienen una incidencia directa y significativa

en la actividad económica, al facilitar, condicionar, entorpecer o incluso imposibilitar el acceso al mercado y las transacciones de los operadores económico. En tal sentido, se desarrolla, además, la vinculación de calidad de las regulaciones con la gobernanza regulatoria y la Mejora regulatoria, sus objetivos, principios, elementos, la creación y competencias del Organismo de Mejora Regulatoria, como rector del sistema nacional de mejora regulatoria y se abordan las herramientas de mejora regulatoria.

Finalmente, se desarrolla el cuarto capítulo, que despliega detalladamente la parte medular de la investigación, es decir, la evaluación de impacto regulatorio partiendo de su definición, sus objetivos, beneficios, clasificaciones, elementos esenciales que lo componen, tal como la determinación del problema, la identificación de sus objetivos, alternativas regulatorias y no regulatorias, los tipos de análisis de las alternativas regulatorias y la participación ciudadana como elemento indispensable para la creación de normas.

También se desarrolla el procedimiento de elaboración de normas administrativas, basadas en el título VI de la LPA; se pormenoriza los requisitos, elementos y procedimiento que se debe seguir para la creación de normas que afecten el clima de negocios, la competitividad, la atracción de inversión y desarrollo económico, y que de acuerdo con la LMR se debe realizar una Evaluación de impacto regulatorio, escribiendo cada una de sus etapas de conformidad con la LMR y los Lineamientos de Elaboración de Evaluación de Impacto Regulatorio Ex -Ante. Además, se plantea como la EIR puede ser utilizada en los proyectos de ley presentados en la Asamblea Legislativa, para pasar por el proceso de formación de ley convertirse en ley de la República. Posteriormente, se exponen los mecanismos de control administrativo del ejercicio de la potestad normativa por parte del registro nacional de Instrumentos y el Tribunal de Eliminación de Barreras Burocráticas y como su aplicación, podría contribuir a mejorar la calidad de las leyes y en consecuencia su efectividad práctica para resolver un problema público.

Para finalizar se enumeran las diferentes conclusiones a las que se llegó en la realización de la investigación, y el cumplimiento de los objetivos propuestos; se plantea para ello dos recomendaciones que podría ayudar a que la aplicación de la EIR, tenga una mejor incidencia en el ejercicio de la potestad normativa de la administración pública salvadoreña.

ABREVIATURAS

ABREVIATURA SIGNIFICADO

ACB	Análisis Costo Beneficio
AIR	Análisis de Impacto Regulatorio
Cn	Constitución de la República.
EIR	Evaluación de Impacto Regulatorio
ICC	Interstate Commerce Commission
LEEIREA	Lineamientos para la Elaboración de Evaluación de Impacto regulatorio Ex Ante.
LEBB	Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas
LMR	Ley de Mejora Regulatoria
LPA	Ley de Procedimientos Administrativos
LOBCR	Ley Orgánica del Banco Central de Reserva
OCDE	Organización de Cooperación de Desarrollo Económica
OECE	Organización Europea para la Cooperación Económica
OIRA	Office of Information and Regulatory Affaire (Oficina de Información y Regulación)
OMB	Office of Management and Budget
OMR	Organismo de Mejora Regulatoria
PIB	Producto Interno Bruto
SMR	Sistema de Mejora Regulatorio
TEBB	Tribunal de Eliminación de Barreras Burocráticas.
UE	Unión Europea

CAPÍTULO 1

SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA POTESTAD NORMATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1.1 Surgimiento y relación Ley-Reglamento en el régimen constitucional Frances de los siglos XVIII, XIX y XX.

Con la caída de la concepción absolutista del Derecho que imperaba en el régimen monárquico francés, que consideraba al derecho como manifestación de la voluntad del rey, se puede ubicar la génesis de la potestad normativa, en la Francia de la revolución burguesa de 1789, que lideró política e intelectualmente el surgimiento y desarrollo de la teoría de separación de poderes del Estado, cuyos máximos exponentes son Montesquieu y Rousseau, en los siglos XVIII y XIX, sustentada en dos postulados fundamentales: 1) La voluntad general: cuya legítima expresión es la ley general; y 2) La sujeción de la Administración a la ley,¹ por tanto, la Administración carecía de cualquier poder normativo originario, aun con carácter provisional.

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se presenta como un concepto institucional de derecho subjetivo y la técnica de la legalidad o del reino de la Ley como cause necesario del ejercicio del poder político, y a la vez se presenta como una garantía de la libertad y de los derechos en ella inherentes. Bajo esta corriente filosófica, el concepto de Ley se sustenta en la combinación de dos elementos formales y materiales, definiendo Ley como *“Todo acto de voluntad general” (forma u órgano), que participa de los caracteres de “generalidad” (contenido u objeto) y abstracción (destinatarios) constituyéndose en presupuesto de toda actuación administrativa, en tanto que técnica adecuada para garantizar la libertad, la igualdad y la seguridad de todos los ciudadanos*². Por ende, la voluntad general, deja de ser la voluntad soberana del Estado (voluntas), para pasar a ser creación de la voluntad de todos los ciudadanos (ratio) a través de sus representantes, de forma que, la libertad consiste en no obedecer más que a las leyes.³

¹ Francisco Lorenzo Hernández González, “La evolución de la potestad reglamentaria en el constitucionalismo francés: Mitos y realidades,” Revista de Administración Pública, (Nº163, 2004), págs. 465-494, dialnet.uniroja.es

² *Ibíd.*

³ Eduardo García de Enterría et al., La Lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa, Real Academia Española. (Madrid, 1994.) https://www.rae.es/sites/default/files/Discurso_Ingreso_Eduardo_Garcia_de_Enterria.pdf.

1.1.1 Las Constituciones del siglo XVIII.

La Constitución francesa de 1791, le confiere de forma exclusiva la potestad normativa al Cuerpo Legislativo,⁴ facultándolo para promulgar leyes y decretos indistintamente, contaran o no con la sanción del rey. Por tanto, *“la Asamblea Constituyente se proclama dueña del poder constituyente, que le permite dictar una nueva Constitución y del poder legislativo, que le habilita para dictar leyes, los instrumentos jurídicos del mando y del orden por excelencia, con su poder de reconfiguración del conjunto de relaciones sociales.”* Lo que provoca un cambio radical en la titularidad de la soberanía que forjó la doctrina del Pacto Social, en virtud de la cual la Asamblea se ha declarado representante de la nación y titular del poder constituyente, que se ha nutrido de todo su contenido la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y la consagración de la igualdad, con la eliminación del sistema esencial de privilegios en el antiguo régimen, introduciendo en su contenido la palabras claves del nuevo sistema político: “derechos, ley, libertad, poder, etc., al definir el sujeto como ciudadano y al declarar con ello una finalidad, la conquista de la libertad, los diputados instauran la expresividad revolucionaria de los derechos.”⁵

Bajo las mismas ideas revolucionarias se diseña un Poder Ejecutivo supremo exclusivamente en manos del rey, quien era el jefe supremo de la administración general de todo el reino, la Constitución delega en el Rey, el cuidado de velar por la seguridad exterior del reino, y de mantener sus derechos y posesiones, además, estaba facultado para nombrar embajadores y demás agentes encargados de las negociaciones políticas⁶, por tanto el poder ejecutivo, era concebido como “un delegado del rey” carente de potestad normativa, que se limitaba a dictar *“proclamaciones para ordenar y recordar la ejecución de las leyes,”* que no podía entenderse como una atribución de la potestad reglamentaria al ejecutivo, sino, como una habilitación para ordenar medidas de publicidad, para recordar de nuevo el contenido de las leyes y reglamentos, sin añadir nada a su fuerza propia.

⁴ El Art. 1 Ord. 1° (100), sección Primera, Capítulo III, Título III, Constitución Francesa de 3 de septiembre de 1791, le delega de forma exclusiva al cuerpo legislativo el poder de proponer y decretar las Leyes, así como también le confiere atribuciones normativas que regulan la actividad conferida al rey, como lo es normar la composición del ejército en mar y tierra, tratamiento de tropas, normar los dominios nacionales y ordenar la enajenación, decretar la guerra y requerir al rey negociar la Paz, ratificar los tratados de paz, alianzas y comercio exterior, entre los más importantes, según la temática en estudio.<http://aaajc.com.ar>

⁵ García de Enterría. El lenguaje de los Derechos, 39-42.

⁶ El Art. 1, Capítulo IV, Constitución Francesa de 3 de septiembre de 1791. ° (en orden del documento consultado 134), <http://aaajc.com.ar/home/wp-content/uploads/2016/07/Constituci%C3%B3n-Francesa-de-1791.pdf>

La función ejecutiva, se concebía como de pura ejecución material y de carácter no normativo,⁷ por lo que se consideraba un poder subordinado al poder legislativo, limitando sus actuaciones a la ejecución de las leyes y decretos que éstos emitían; pero en 1789 se empezó a diferenciar entre materia de ley y de decreto de corte, definiendo a los primeros como actos del legislador relativos a medidas generales de seguridad y tranquilidad y de la otra parte, limita las actuaciones del ejecutivo a la ejecución de leyes y decretos del cuerpo legislativo, puesto que la facultad normativa conferida al poder ejecutivo, estaba sujeta al sentido literal de interpretación y aplicación de la ley; actuando como un mero interpretador de la ley⁸.

En la Constitución francesa de 1795, el poder ejecutivo se delega en un directorio de cinco miembros, nombrados por el cuerpo legislativo y se le faculta al poder ejecutivo *para hacer proclamaciones de acuerdo con las leyes y para su ejecución*⁹; es en este momento histórico donde se sitúa el nacimiento de la potestad reglamentaria concibiéndola *“como una potestad delegada del legislador, que participaba de su misma naturaleza y autoridad, pero sin desvirtuar su carácter de disposición secundaria destinada a poner la ley en acción”*¹⁰.

1.1.2 Crisis constitucional entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo en el siglo XIX.

En el siglo XIX el sistema normativo diseñado en la revolución francesa entró en crisis, coincidiendo con el primer gobierno de Napoleón Bonaparte, surgiendo una fuerte tensión entre los poderes Legislativo y Ejecutivo, debido a que la Constitución napoleónica de 1799 le reconocía una amplia potestad reglamentaria al poder ejecutivo, que no se limitaba dictar reglamentos de desarrollo, que se emitían para asegurar la ejecución de las leyes, sino que, además, lo facultaba para adoptar reglamentos para la Administración pública, en todas aquellas materias expresamente remitidas por el legislador, previa intervención del Consejo de Estado.¹¹

Los reglamentos de Administración pública, eran aprobados por el Jefe del Estado o por el primer ministro, previa deliberación en Asamblea General del Consejo de Estado, como una función por delegación, invitación o habilitación de parte del legislador, para regular materias propias de éste, por lo que las competencias propias del ejecutivo en esta área, era mucho más importante constituyendo las normas que

⁷ Santiago Muñoz Machado, “Las Concepciones del Derecho Administrativo y la idea de Participación en la Administración.” Revista de Administración Pública, (1977), dialnet.unirioja.es.

⁸ Hernández, Evolución de la potestad reglamentaria.

⁹ El Art.144 de la Constitución de la República Francesa de 1795, establece en su inciso primero que: “El directorio se ocupa, según las leyes, de la seguridad exterior e interior de la República puede lanzar proclamas conforme a las leyes y para su ejecución. <https://llumsirevolucio.files.wordpress.com/2008/11/constitucion-1795-castellano.pdf>

¹⁰ Francisco Hernández, Evolución de la potestad reglamentaria. 469.

¹¹ Véase. Constitución de la República francesa del 13 de diciembre de 1799, Título IV, Arts. 41, 44, 48, 50 y 54. <http://www.ub.edu>

emitía verdaderos reglamentos autónomos, razón por la cual, durante mucho tiempo la doctrina consideró que los reglamentos de Administración pública participaban del poder legislativo y que, por lo tanto, tenían una naturaleza de actos legislativos, atribuyéndoseles el calificativo de leyes secundarias.¹²

Los reglamentos de la Administración Pública, eran aprobados por el jefe de Estado¹³ o el primer ministro¹⁴, previa deliberación en asamblea general del Consejo de Estado, por delegación del legislador para regular las materias propias de este, por lo que el papel reservado al ejecutivo era mucho más importante que en el tradicional reglamento ejecutivo; tal como lo establece el Art 52 Cn, “*bajo la dirección de los cónsules, el Consejo de Estado está encargado de redactar los proyectos de ley, los reglamentos de administración pública y las dificultades que se presenten en materia administrativa*, donde queda evidenciado la amplia potestad normativa del ejecutivo, razón por la cual, doctrinariamente se sostuvo por muchos años que los reglamentos de Administración Pública participaban del Poder Legislativo y que, por lo tanto, tenían naturaleza de actos legislativos, atribuyéndoles el calificativo de “leyes secundarias.”

Las reformas constitucionales de 1802 y 1804 introducidas por Napoleón Bonaparte, con las cuales se proclamaba Cónsul y Emperador¹⁵ respectivamente, ampliaron las competencias del Poder Ejecutivo¹⁶, confiriéndole al primer cónsul un amplio poder reglamentario, bajo la forma de *ordenes consulares*, que no se limitaban a ejecutar una ley, sino para regular conjuntamente con la ley o donde ésta no dijera nada; en ese período imperial, el poder reglamentario autónomo se extendió a la fijación de las estructuras y la organización del funcionamiento interno de los servicios, así como determinar obligaciones de los ciudadanos, dictando las medidas de policía; con lo cual la función de imponer el orden público, pase de ser una función del parlamento a una del Poder ejecutivo.

¹²Charles Durand et al., en su libro Estudios sobre la relación entre ley y regulación gubernamental en el siglo XIX. diferenciaban los decretos de los reglamentos en cuanto a que los primeros ejecutan la ley (con carácter subordinado a la ley) y los segundos la complementan interviniendo en el ámbito de Legislador (dotándoles un carácter autónomo). Obra citada en Francisco Hernández, La Evolución de la Potestad normativa.

¹³ Art. 34 Constitución Francesa 1799

¹⁴ *Ibíd.*, 50

¹⁵ Según los Art 1 y 2 Senadoconsulto orgánico del 18 de mayo de 1894, se confía el gobierno de la República en un Emperador: Napoleón Bonaparte, es emperador de los franceses.

¹⁶ Tal cual establece el Art. 39 los cónsules son vitalicios, miembros del Senado, al cual dirigen. Los poderes del Primer Cónsul se extendían a la elección del segundo y tercer cónsul, los alcaldes, senadores, presidentes de las asambleas electorales, a su sucesor por causa de muerte y demás funcionarios del ejecutivo. Senadoconsulto orgánico de la Constitución del 4 de agosto de 1802. <http://www.ub.edu>; en cuanto a la Constitución de 1804 en el art. 37 se establece que el Senado y el Consejo de Estado son presididos por el Emperador y todos los actos del senado y el Cuerpo Legislativo, son redactados en nombre del emperador, y promulgados o publicados bajo su sello imperial. Art. 38. <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/cf1804.htm>

Tras la caída de Napoleón y el restablecimiento de la monarquía, la Constitución de 1814, el Poder Ejecutivo vuelve exclusivamente a manos del rey, reduciendo la potestad normativa del rey a emitir los reglamentos y ordenanzas necesarias para la ejecución de las leyes y de la seguridad del Estado, introduciendo de esta manera el principio de colaboración con el Poder Legislativo, ya que éste poder era ejercido colectivamente por el rey, la Cámara de los Pares, y la Cámara de los Diputados de los departamentos; el rey propone las leyes a la Cámara de los Pares y de Diputados, quienes debían discutirla y votarla libremente con la mayoría de cada una de las dos cámaras, si la propuesta es adoptada por las dos cámaras, el rey en uso de sus facultades exclusivas conferidas por la Constitución, la sanciona y promulga las leyes.¹⁷

Tras la revuelta de París en 1830, que motivó la caída de la monarquía borbónica con el nombramiento de Luis Felipe de Orleans como nuevo rey de Francia, se promulgó una nueva Constitución en agosto de ese mismo año, muy parecida a la de 1814, pero que trajo cambios sustanciales en cuanto a la potestad normativa del rey, tanto a nivel constitucional como jurisprudencial ya que se estableció que: 1) el poder reglamentario solo se puede ejercer para asegurar la aplicación de las leyes; y 2) lo que se encuentra regulado en una ley no puede ser modificado derogado más que por otra ley.¹⁸

1.1.3 Ampliación del concepto de ejecución de las leyes a las leyes de plenos poderes.

A finales de la tercera República surgen las “leyes de plenos poderes”, figura por medio de la cual el Parlamento habilitaba al Jefe del Ejecutivo para adoptar de forma temporal medidas pertenecientes a la esfera legislativa, otorgando una habilitación legislativa al gobierno para modificar las leyes vigentes por vía reglamentaria, cuando la urgencia, el tecnicismo o la impopularidad de las medidas adoptadas así lo aconsejaren; éstas leyes de plenos poderes tenían un doble objetivo: Por un lado atenuar la incesante incorporación de nuevas materias a la esfera legislativa como consecuencia de la denominada “reserva por determinación de ley”; y por otro lado, dar una rápida respuesta a los crecientes problemas planteados por la desastrosa situación económica y política de la postguerra.

La Constitución francesa de 1946, no logró resolver los problemas del desequilibrio entre los poderes, pues seguían siendo absolutamente desiguales y con un Parlamento dividido que conducía a la inestabilidad, como consecuencia, la ineficiencia y la parálisis del ejecutivo; no tenía forma de imponerse ante los diputados, porque el gobierno era un campo de disputas partidistas y no un órgano decisorio y ejecutor de las políticas, debido a ello, se establecieron dos importantes restricciones que tenían como objetivo poner límite claro a la utilización abusiva de la potestad normativa, por

¹⁷ Véase arts. 13 al 23 de la Carta Constitucional Francesa del 4 de junio de 1814. <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/cf1814.htm>

¹⁸ Art. 13 Carta Constitucional Francesa del 14 de agosto de 1930. <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/cf1830.htm#FG>

un lado, se prohibió reglar por decreto-ley las materias reservadas para el legislador, ya sea por vía constitucional o por ser materia legislativa por naturaleza que podían comprometer la soberanía nacional, no así aquellas materias reguladas por la ley o materia legislativa por determinación de ley, lo que provocaba una relativa imprecisión en cuanto al contenido exacto de los límites a la legalidad de las habilitaciones legislativas¹⁹.

La ley de habilitación debía de fijar previamente los objetivos perseguidos, quedando prohibidas las cláusulas generales o imprecisas que pudieran suponer unas transferencias al gobierno del ejercicio de esa soberanía nacional, considerándose como acto del Ejecutivo, por lo que quedaba sujeto al control judicial hasta el momento de la ratificación por el Parlamento, calificándolo como actos de poder reglamentario, debido que se planteaba que toda delegación legislativa era inconstitucional.

En esta misma etapa, se introducen *las leyes marco* que eran definidas como aquellas en las que el parlamento se limita a regular los principios generales de la materia, trazando un marco dentro del cual, el ejecutivo puede llevar a cabo el desarrollo reglamentario. Estas leyes marco carecían de control, por lo que dejaban abierto al reglamento a un prácticamente libre de actuaciones en la que quedaba prohibido la delegación legislativa²⁰.

Según diferentes autores como León Duguit²¹, “*el Jefe de Estado hace hoy no solamente reglamentos que se refieren a las leyes verdaderas anteriores, sino muchos reglamentos autónomos que no se refieren a ninguna ley estricta, y cuya validez, sin embargo, nadie trata de discutir,*” se trataba pues, de suplir a la ley en aquellos supuestos en que el mantenimiento del orden y la continuidad de los servicios públicos exigían una adecuada respuesta de los poderes públicos, constituyéndose como una reglamentación necesaria e indispensable.

A partir de este momento histórico, se le reconoce al Ejecutivo, un poder reglamentario *extra legem*, limitado a determinadas materias definidas consuetudinariamente, en los ámbitos de los servicios públicos y de policía administrativa, pero en la práctica, la amplitud de éstos dos conceptos permitirían ir extendiendo progresivamente la potestad reglamentaria autónoma, a todas aquellas materias que no se encontraban reservadas al legislador, colocando los cimientos de una nueva concepción de la legalidad de la doctrina francesa contemporánea²².

Con la amplitud de la potestad reglamentaria anteriormente referida, se pueden distinguir tres tipos de reglamentos en función de su objeto: 1) *Reglamentos orgánicos*

¹⁹ Manuel Alejandro Guerrero, “sistema y régimen político en la quinta república francesa. Algunas comparaciones con México.” (Estudios Sociológicos XVII: 51,1999). Dialnet.unirioja.es. P 787. 788.

²⁰ Ídem.

²¹ L. Duguit. Las transformaciones del derecho, Ob cit en Francisco Hernández, La Evolución de la Potestad Reglamentaria.

²² Hernández, La Evolución de la Potestad Normativa. 479- 482.

de los servicios públicos: que solo producen efectos *ad intra*, en tanto que están dirigidos exclusivamente a organizar los servicios internos de cada ministerio y que pueden ser adoptados por todo jefe de servicios. Adoptado en el arrêt del Consejo de Estado Francés de febrero de 1936; 2) *Reglamentos de policía*: dirigidos a mantener el buen orden, la seguridad y salubridad pública, por lo que no tienen efectos *ad extra* y cuya titularidad se reconoce al jefe del ejecutivo en virtud de sus poderes generales; y 3) *Reglamentos de aplicación de las leyes*: que tienen un triple requisito: a) Requieren de una habitación constitucional o legal, por lo que los ministros carecen por sí mismos del poder de dictar tales reglamentos *ex officio*, instaurados en el arrêt del Consejo de Estado del 24 de noviembre de 1961; b) no pueden contradecir a la ley y c) no pueden imponer obligaciones que por su naturaleza deban ser aprobadas por ley. Arrêt del concejo de Estado del 12 de noviembre de 1954.²³

1.1.4 La Potestad normativa en la Constitución francesa de 1958.

Con dicha Constitución, se inicia la Quinta República, que fue diseñada con tres objetivos principales²⁴: 1) Restaurar la importancia de la presidencia; 2) Reforzar la autoridad del gobierno y 3) Reducir la hegemonía del parlamento, para ello, se estableció un concepto formal-material de ley, fijando de forma estricta las materias reservadas a la ley y dejando, en consecuencia, un amplio campo al reglamento, que pasa a ocupar un papel protagonista; el legislador pierde su capacidad normativa ilimitada, al quedar establecido en el art. 34, las competencias normativas por materia de las cuales el parlamento podía legislar,²⁵ lo que trajo consigo una desvalorización

²³ Posteriormente, fueron recogidos y expresamente establecidos en el art. 34 de la Constitución francesa de 1958.

²⁴ *Ibíd.*, 793.

²⁵ ARTÍCULO 34. Las leyes serán votadas por el Parlamento. La ley fijará las normas sobre: - Derechos cívicos y garantías fundamentales concedidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas; la libertad, el pluralismo y la independencia de los medios de comunicación; las prestaciones impuestas por la defensa nacional a los ciudadanos en cuanto a sus personas y sus bienes. - Nacionalidad, Estado y capacidad de las personas, regímenes matrimoniales, sucesiones y donaciones. - Tipificación de los delitos, así como penas aplicables, procedimiento penal, amnistía, creación de nuevas clases de jurisdicción y estatuto de los magistrados y fiscales. - Base, tipo y modalidades de recaudación de los impuestos de toda clase y régimen de emisión de moneda. La ley fijará asimismo las normas referentes: - Al régimen electoral de las Cámaras parlamentarias las Cámaras locales y las instancias representativas de los franceses establecidos fuera de Francia, así como las condiciones de ejercicio de los mandatos electorales y los cargos electivos de los miembros de las asambleas deliberantes de las entidades territoriales. - A la creación de categorías de entes públicos. 14 - A las garantías fundamentales para los funcionarios civiles y militares del Estado. - A las nacionalizaciones de empresas y transferencias de la propiedad de empresas del sector público al sector privado. La ley determinará los principios fundamentales: - De la organización general de la Defensa nacional. - De la libre administración de las entidades territoriales, de sus competencias y de sus ingresos. - De la enseñanza. - De la preservación del medio ambiente. - Del régimen de la propiedad, de los derechos reales y de las obligaciones civiles y comerciales. - Del derecho laboral, del derecho sindical y de la seguridad social. Las leyes de Presupuestos establecerán los ingresos y los gastos del Estado en las condiciones y con las reservas

de la ley, que se vio desprovista de su carácter soberano, aunque la delimitación de un ámbito reservado exclusivamente a la ley, funcionó como una salvaguarda de las competencias legislativas frente a la potencialidad expansiva del reglamento autónomo.

En cuanto a la titularidad de la potestad reglamentaria, cabe señalar que el poder de dictar tales reglamentos ejecutivos o de aplicación de la ley, de acuerdo con el art. 21²⁶ de la misma Constitución, le confiaba esta potestad al primer ministro, bajo reserva de lo previsto en el art. 13, es decir, que el proyecto de reglamento sea deliberado en el concejo de ministros, por tanto el Presidente de la República (Jefe de Estado) y el Primer Ministro (Jefe de Gobierno) estaban habilitados para adoptar espontáneamente las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de las leyes, aun cuando estas nada digan, en ambos casos, el ejercicio de la potestad reglamentaria ejecutiva no necesita de habilitación legal específica, al estar directamente atribuidas por la Constitución, por consiguiente el jefe de estado y el jefe de gobierno son titulares de una potestad reglamentaria ejecutiva originaria, atribuida por habilitación constitucional, que pueden ejercer de su propia iniciativa.

En cuanto a los ministros, ellos carecían de esta potestad reglamentaria originaria de la que gozaba el jefe de estado y de gobierno, por lo tanto, únicamente pueden aprobar reglamentos generales previa habilitación de una ley o decreto del primer ministro, no obstante, en alguna ocasión el consejo de Estado ha admitido la habilitación implícita de la potestad reglamentaria, cuando tanto por su necesidad como sus límites derivan de la ley o del decreto de manera suficientemente clara y precisa.

El Consejo Constitucional además reconoció una potestad reglamentaria delegada a las autoridades administrativas independientes limitada para evitar el uso abusivo, situación que resultó positiva en el sentido que tenía un ámbito especializado por la materia a regular, ante la necesidad de su despolitización, es así que el Consejo Constitucional admite ciertos ámbitos que pueden afectar, incluso al ejercicio de una

establecidas por una ley orgánica. de programación se determinarán los objetivos de la acción del Estado. Las leyes de financiación de la seguridad social determinarán las condiciones generales de su equilibrio financiero y, teniendo en cuenta sus previsiones. Las orientaciones plurianuales de las finanzas públicas serán definidas por leyes de programación. Se inscribirán dentro del objetivo de equilibrio de las cuentas de las administraciones públicas. Constitución del 4 de octubre de 1958, Dirección de Prensa, Información y Comunicación del Ministerio de Asuntos Exteriores y del Departamento de Asuntos Europeos de la Asamblea Nacional. https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/Ing/constitution-espagnol_juillet2008.pdf

²⁶ ARTICULO 21. El Primer Ministro dirigirá la acción del Gobierno. Será responsable de la defensa nacional. Garantizará la ejecución de las leyes. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13, ejercerá la potestad reglamentaria y nombrará los cargos civiles y militares. Podrá delegar algunos de sus poderes en los ministros. Suplirá, en caso necesario, al Presidente de la República en la presidencia de los consejos y de los comités a que se refiere el artículo 15. Podrá, a título excepcional, suplir al Presidente de la República en la presidencia de un Consejo de Ministros en virtud de una delegación expresa y con un orden del día determinado. Constitución Francesa de 1958.

libertad pública, el legislador podía confiar a una autoridad independiente la regulación de determinadas materias delimitadas tanto el ámbito objetivo de aplicación como en su contenido material.

1.1.4.1 Clases de reglamentos reconocida por la doctrina francesa de 1958:

Como se ha podido observar, dentro de la evolución de la potestad reglamentaria se han reconocido varias clases de reglamentos, clasificación que continua hasta la fecha y las cuales son: 1) Reglamentos Ejecutivos: llamados a aquellos cuerpos normativos dictados por el ejecutivo para el desarrollo y eficiente aplicación de la ley; 2) Reglamentos Autónomos: se consagra de forma definitiva una reserva reglamentaria, en todas las materias que no corresponda regular al legislador, es decir, “las materias que no forman parte de la esfera de la ley; 3) Reglamentos Organizativos: corresponde a los ministros su estipulación, con el objetivo de ordenar la organización y funcionamiento de los servicios administrativos encomendados a su autoridad, que se materializan a través de instrucciones o circulares de servicio, pese a carecer de poder reglamentario originario de urgencia y necesidad, reglamentos delegados, los cuales en el siguiente capítulo de abordaran con detalle

1.1.4.2 Los Parámetros constitucionales de la relación ley-reglamento.

A partir de la Constitución de 1958 se definen los límites de la ley y el reglamento con las siguientes características²⁷:

- 1) La ley pierde su carácter ilimitado, por consiguiente, se produce una desvalorización en favor del reglamento, que pasa a ser la regla en tanto que la ley pasa a ser la excepción. En consecuencia, el Órgano Ejecutivo detenta la competencia normativa del derecho común, mientras que la potestad legislativa queda reducida a una simple “potestad de atribución” sujeta siempre al control constitucional previo.
- 2) El poder normativo del poder ejecutivo no se reducía al concepto tradicional de ejecución de leyes, entendiéndose ésta, como una facultad para aplicar o completar la legislación aprobada en el marco de las materias reservadas a la ley en el ya referido art 34, como una atribución más del ejecutivo para desarrollar sus funciones de conducir la política de la Nación, que se complementaba con el fundamento de un poder reglamentario autónomo e independiente de la ley.
- 3) La relación de Ley-Reglamento, ya no solo se regía por simples criterios jerárquicos, sino fundamentándose en el principio de competencia, en este sentido, se concluye que la relación de la ley y el reglamento ha dejado de ser una relación de subordinación jerárquica para convertirse en una relación de

²⁷ Hernández, La Evolución de la Potestad Reglamentaria. 486.

yuxtaposición, de tal modo que, las disposiciones reglamentarias autónomas ocupan un mismo escalón en la jerarquía de las normas jurídicas.

1.1.5 Influencia de la Jurisprudencia del Consejo de Estado Francés ante el carácter ilimitado de la Ley y la unidad del poder reglamentario en la segunda mitad del siglo XX.

A partir de 1962 el Consejo de Estado en constante jurisprudencia asegura un control de la conformidad de los reglamentos no solo en relación con las leyes, sino además con la Constitución, invocando el art. 37 de la Constitución, para fundamentar la competencia del poder reglamentario, en materia de aplicación de leyes y el art. 21 que solo determina el titular de ese poder, con base a ello, se desarrollan importantes innovaciones que lograron gran trascendencia:

- 1) La reserva de Ley no viene exclusivamente delimitada por la lista de las materias del art. 34 sino que también están reservados a la ley los derechos y libertades proclamados en el proyecto Preámbulo de la Constitución: La libertad individual, de opinión, de expresión y de prensa, el derecho de propiedad; y la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, el derecho a huelga y además de otras materias recogidas en otros preceptos constitucionales²⁸.
- 2) El reglamento no tiene un ámbito reservado porque, poco a poco la ley ha intervenido en su ámbito de competencia, al amparo de la decisión del Consejo Constitucional del 30 de julio de 1982.
- 3) Los reglamentos deben respetar la ley, bajo riesgo de ser declarados inválidos, encontrándose unificados el régimen contencioso de los mismos.

1.2 Evolución Histórica de la Regulación y Potestad Normativa de las Administraciones Independientes en los Estados Unidos de América.

La Constitución Federal del 17 de septiembre de 1787, pone el fin de la guerra civil con la victoria de los Estados del Norte en 1865, que tiene como su base la separación de poderes por lo que todos los poderes legislativos otorgados en la mencionada Constitución le corresponden a un Congreso de los Estados Unidos, que se compone de un Senado y una Cámara de Representantes: el poder Ejecutivo se deposita en un

²⁸ Basado en la teoría de representación y separación de poderes que le atribuye al parlamento la representación de directa de la nación soberana es que resulta que: *“El ámbito de actuación legislativa resultaba así ilimitado; la ley podía regular u ordenar cualquier materia, lo que, por lo demás, no es sino consecuencia de su definición como expresión de la voluntad general, es decir, de su supremacía.* Amelia Pascual Medrano, “La Ley y el Reglamento en el Derecho Constitucional Francés.” Revista de Estudios Políticos Nueva época, (Núm., 106, octubre-diciembre, Burdeos, España, 1999).

Presidente de los Estados Unidos y el poder judicial en un Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que el congreso instituya y establezca en lo sucesivo²⁹.

En cuanto a la regulación sustantiva, desde los primeros años del Estado Constitucional, la separación de poderes se consideró una fórmula jurídicamente inacabada, con insuficiente metodología práctica, por lo que se evolucionó, abriendo paso al nuevo principio: *checks and balances*, o equilibrio de poderes, propio de la Constitución de 1789, que llegó a ser un criterio esencial determinante al sistema de administración por agencias³⁰.

El sistema de administración por agencias, nace estrechamente ligado al surgimiento de la regulación, entendiéndose como “*un control prolongado y localizado, ejercitado por una agencia pública, sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social*”. Ese control prolongado y localizado, estaba más asociado al seguimiento que a la creación normativa, se funda en dos preocupaciones fundamentales que se diferencian de las razones que han llevado en Europa a la creación de entidades semejantes a las de los Estados Unidos. Así, mientras que en Estados Unidos se intenta crear organismos separados del poder político y por lo tanto sustraerlos a los cambios electorales, así como poder organizar los distintos sectores atendiendo tanto al interés general como al de los consumidores³¹.

*Se consolidó como una técnica de las actuaciones mediante comisiones independientes que respondían a su muy particular forma a la separación de poderes, junto al singular entendimiento que la Delegación del poder legislativo en las agencias; es una peculiaridad del sistema estadounidense dada la transferibilidad de los poderes ejecutivos, que el presidente disfruta por delegación hasta el punto de considerarse como una técnica de administración ordinaria*³².

1.2.1 El surgimiento de las Agencias Administrativas Independientes.

Los convulsos acontecimientos de carácter económico, bélico y social, registrados durante las primeras décadas del siglo XX, consideraron como necesaria la creación de nuevas y más poderosas entidades administrativas, autorizadas para ejercer funciones tradicionalmente desempeñadas por los poderes legislativo y judicial. El surgimiento de las agencias como pieza sustancial del Estado regulador, nace marcado por el denominado «progressive movement», movimiento de reforma institucional, que

²⁹ Pablo García Manzano Jiménez de Andrade, “La potestad normativa de las Administraciones Independientes”, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid. 2015. Pág. 77-80.

³⁰ Gabriel Fernández Rojas, La Administración por agencias Independientes en los Estados Unidos de América. (Universitas, núm. 106, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, diciembre 2003). Pág. 7. <https://www.redalyc.org/pdf/825/82510605.pdf>

³¹ Sylvia Martí Sánchez, “Las Agencias Administrativas en Los Estados Unidos: Encrucijada de Poderes. Revista de las Cortes Generales. 2006. Pág. 97-138.

³² Fernández, Administración por Agencias. 107-109

luchaba por una regulación económica que evitara las concentraciones empresariales y situó a los distintos sectores al margen de la lucha partidista³³.

A este movimiento pertenecerán dos futuros presidentes de los Estados Unidos, Theodore Roosevelt y Woodrow Wilson. Este periodo estará presidido por la creación de la Interstate Commerce Commission (ICC) en 1887 a la que se le atribuyeron funciones ejecutivas, cuasi legislativas y cuasi judiciales. Algo más tarde, al final de este primer periodo, se creaba la Pure Food and Drug Administration en (1906), el Federal Reserve System (1913), antecedente del actual Food and Drugs Administration; el Board of Governors del Federal Reserve System y en 1915, para poner en marcha las leyes antimonopolio como la Ley Sherman de 1890 y la Ley Clayton de 1914, la Federal Trade Commission. Ya en los años 20 se establecerán la Federal Power Commission (1920) y la Federal Radio Commission (1927) La ley Hepburn de 1906, le concedió a ICC la potestad de fijar tarifas ferroviarias para el futuro y con carácter general, cosa que fue considerada por la jurisprudencia federal como una potestad de naturaleza cuasi-legislativa y cuasi-judicial³⁴.

Si bien es cierto que las nuevas administraciones respondían a las necesidades de la época, también es cierto que la concentración de tales facultades en un entorno político regido por el equilibrio y la división de poderes, ofrecía serios reparos de inconstitucionalidad. Por lo tanto, para asegurar la adecuación constitucional de las nuevas administraciones, el Congreso aprobó su creación, bajo la modalidad de órganos independientes del gobierno federal. Aquel proceso condujo a lo que podría denominarse, la edad dorada de la administración por agencias independientes en los Estados Unidos, que con el uso de la técnica de la delegación bajo el título “Separation and delegation” les confería a las agencias poderes legislativos y judiciales comparables a los tradicionalmente ejercidos por el Congreso y los tribunales, que se convirtieron en los poderes estrella del arsenal administrativo, puesto que el procedimiento administrativo, las distintas fases de creación y aplicación de la ley que tradicionalmente estaban separadas, se reunían en las manos de una simple agencia, atribución que se conoció como “rulemaking” concebida como una figura de delegación y mixtura de los poderes legislativos y judiciales delegados en una agencia administrativa.³⁵

En esta época, el ejercicio de la potestad legislativa por parte de las agencias, paso de la prohibición absoluta de cualquier tipo de delegación de la potestad legislativa a la regla que prohíbe las delegaciones incondicionadas, es decir, a aquellas que no están limitados por estándares: lo máximo que cabe exigir bajo la doctrina de la separación de poderes, es que el Congreso establezca las políticas generales y las líneas

³³ *Ibíd.*, 177-205.

³⁴ Sylvia Martí, “Las Agencias Administrativas en Los Estados Unidos. Pág. 103.

³⁵ Fernández, Administración por agencias. 84.

inspiradoras de la ley, dejando que las agencias precisen tales estándares, rellenen los espacios en blanco o apliquen al caso particular.

En este orden de ideas, el control constitucional ejercido por los tribunales exigió una serie de principios en las actuaciones de las agencias para que ejercieran la función legislativa por delegación, cuyos requisitos eran: 1) Que la imposición de sanciones administrativas o medidas que afecten la libertad o propiedad de los ciudadanos han de estar establecidos en forma expresa por la norma legal que controle la actuación de la agencia; 2) Que los procedimientos de decisión de las agencias deben estar diseñados para una aplicación objetiva e imparcial de los mandatos legales en los diversos casos (fundamentalmente mediante la concesión de audiencia a los interesados: trial type hearings); 3) Que ha de hacerse posible el control judicial para asegurar el cumplimiento de las reglas anteriormente señaladas; 4) Que los procesos decisorios de la agencia deben facilitar dicha revisión judicial, lo que hace referencia tanto a la motivación fáctica y jurídica de las decisiones adoptadas, como a la observancia de ciertas garantías de tramitación ordenada, archivo de las actuaciones, etc.³⁶

1.2.2 La etapa de la revolución de los derechos y la transformación del procedimiento administrativo en los años 1965-1985.

A partir de este momento se produce un cambio cuantitativo y cualitativo. En el primer sentido tiene lugar la tercera oleada de creación con la Consumer Product Safety Commission (1972), la Commodity Futures Trading Commission (1974), la Nuclear Regulatory Commission (1974), Federal Election Commission (1975), Federal Energy Regulatory Commission (1977) o la National Labour Realtion Authority (1978) y en cuanto al cambio cualitativo, frente a las críticas a la excelencia y profesionalidad de los miembros, de muchos de los cuales se decía que estaban en manos de los partidos, el Congreso comenzó a concretar más los mandatos legislativos estableciendo adicionalmente diversos mecanismos de control (audiencias, vetos legislativos) y a dictar las denominadas «sunset provisions» de forma que una agencia podía desaparecer si su mandato no era renovado en una fecha determinada, todo ello sin perjuicio del incremento del control judicial³⁷.

En este período, se produjo una revolución de derechos, en la que la atención se centró en materias como calidad ambiental, derecho de los consumidores, seguridad laboral y lucha contra la discriminación, que conllevó a diferencias gubernamentales que no se enfocaban tanto en la estabilidad de la economía y el establecimiento de la confianza comercial y financiera de los Estados Unidos, sino más bien, en la protección de la salud pública y la seguridad frente a todo tipo de riesgo; se dejó de un lado las autorizaciones legislativas en blanco, basadas en el amplio criterio del interés público o en la evitación de perjuicios irrazonables, para delinear con cierta precisión las habilidades concedidas a las agencias, en consecuencia, se intensificó igualmente el

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ Martí, Administración por Agencias. 106

control judicial, que llegó a restringir importantes aspectos del procedimiento de actuación de aquellas.³⁸

En este periodo además, se incrementaron los controles sobre las agencias administrativas, el Congreso recuperó el papel principal del impulso legislativo en el proceso regulador, se crearon nuevas leyes referentes a seguridad laboral, medio ambiente, referentes a derechos civiles que provocaron la creación de nuevas agencias reguladoras en estas materias como: Clean Air Act de 1963, National Environmental Policy Act de 1969, Noise Control Act de 1972, entre las más importantes, o las aprobadas en el campo de la seguridad laboral, entre las que se destacan la Contract Work Hours and Safety Standards Act de 1965 y la Occupational Safety and Health Act de 1970- resultan excesivamente larga de reproducir. En paralelo, el proceso significó la creación de agencias reguladoras independientes en estas materias, como la United State Commission on Civil Right (1957 y modificada en 1960); Equal Employment Opportunity Commission (1964); Enviroment Protección Agency (1970); National Highway Traffic Safety Administration (1970) Consumer Product Safety Commisiion (1972); Occupational Safety and Health Administration (1973) Mine Safety and Health Adminsitration (1973) Material Transportation Board (1975) y Nuclear Regulatory Commission (1975)³⁹.

1.2.3 El proceso regulatorio y el control de los poderes Legislativo y Ejecutivo.

1.2.3.1 Control Legislativo.

El control Legislativo ejercido por el Congreso abarca el análisis, el seguimiento y la supervisión de agencias federales, de sus programas, actividades e implementación de sus políticas. Es importante señalar que no era es exactamente la contrapartida de la delegación, porque el Congreso no tiene solo los mecanismos de control previstos en la ley de creación y delegación de la agencia, sino que además tiene todos aquellos mecanismos necesarios para el ejercicio de su función de control prevista en la Constitución de los Estados Unidos; se trata por lo tanto, de una función constitucional, derivada de las competencias expresamente atribuidas al Congreso en el artículo I, así como de los poderes implícitos a los que se refiere también el artículo I sección octava «Para expedir todas las leyes que sean necesarias y convenientes para llevar a efecto los poderes anteriores y todos los demás que ésta Constitución confiere al gobierno de los Estados Unidos o cualquiera de sus departamentos o funcionarios⁴⁰.

En 1996 se promulgó la ley Congressional Review Act (CRA) se previeron mecanismos de control sencillos, que determinaban que previo a que una agencia pueda aprobar una nueva *rule* ha de remitir a cada Cámara del Congreso y al Comptroller General un informe que incluya la regulación propuesta, un resumen especificando si

³⁸ García, Potestad normativa de las Administraciones independientes. 91.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ Martí, Agencias Administrativas en Estados Unidos. 109.

se trata de una *Major rule* y sus previsibles efectos y fecha de entrada en vigor, cada Cámara traslada este informe a las comisiones competentes, quien podrá solicitar una revisión de la ley bajo la cual se ampara la regulación concernida.

En el caso de las mayor rules, el Comptroller General informará en el plazo de 15 días a las comisiones competentes y este tipo de reglas no podrán entrar en vigor hasta 60 días después, al menos, desde que la agencia haya informado al Congreso; como instrumento más fuerte, la CRA prevé que por una resolución conjuntamente firmada por ambas cámaras y aprobada por el presidente, se podrá rechazar la normativa proyectada por la agencia, siempre y cuando dicha resolución haya tenido lugar en el mencionado plazo de 60 días desde su entrada al Congreso; con el resultado de que la agencia no podrá volver a presentar una regulación que sea sustantivamente igual a la desaprobada.

1.2.3.2 Control del Poder Ejecutivo.

Para iniciar este apartado, es importante destacar que la potestad normativa conferida al Presidente en el derecho norteamericano es de singular importancia, puesto que puede dictar las siguientes clases de normas: 1) Proclamaciones: con las que el Presidente exhorta a la reflexión sobre la valoración de determinados hechos de relevancia social; 2) Memorándums: que son normas de carácter interno, en por ejemplo el presidente delega potestades en un órgano inferior y; 3) Órdenes Ejecutivas: que son las normas presidenciales más importantes, puesto que con ellas el Presidente puede regular una variedad heterogénea de asuntos, entre los que destaca la gestión y administración pública⁴¹.

En este punto, es relevante destacar que el presidente además tiene competencias de control sobre las agencias administrativas independientes, cuyas funciones se concentran en la coordinación y supervisión de las actividades que dichas agencias realizan; control que ha ejercido por medio de los siguientes dos instrumentos formales: 1) las circulares emitidas por la Office of Management and Budget (OMB); 2) Las órdenes ejecutivas de los presidentes.

1.2.3.3 Las circulares emitidas por la Office of Management and Budget (OMB).

Se configuran como una entidad que asiste al Presidente, en el desarrollo y la ejecución de sus políticas y programas, se encargan de la asistencia en el control presupuestario, la coordinación de las regulaciones y el análisis y evaluación de la puesta en práctica

⁴¹ Ángel Manuel Moreno Molina, “La Reforma Administrativa en los Estados Unidos. El Plan del presidente Clinton. (Universidad San Carlos III. Madrid, España). Pág. 9

de las diversas políticas, que se materializa en la última fase del procedimiento de elaboración reglamentaria y antes de la publicación definitiva⁴².

Establecido como un mecanismo presidencial para tratar de asegurar su intervención en el proceso de regulación, a través de procedimientos formalizados, que fueron materializados por órdenes ejecutivas y en circulares de la Oficina de Gestión y Presupuesto; la OMB se compone de tres oficinas: Office of Federal Financial Management (Oficina Federal de Gestión Financiera); Office of Federal Procurement Policy (Oficina General de Adquisiciones) y Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA Oficina de Información y Regulación) que es quien se encarga de la función de informe y control previo a la toma de decisiones regulatorias.⁴³

1.2.3.4 Las órdenes Ejecutivas de los presidentes.

Se implantaron bajo la Administración Nixon, con el programa llamado “Quality of life review”, que estaba diseñado para brindar un tratamiento profundo a un amplio elenco de materias, pero que en la práctica se centró casi exclusivamente en las normas medioambientales y fue duramente criticado por socavar la mayor parte de los proyectos normativos revisados.

El Presidente Ford, inició una nueva tendencia consistente en la formalización de estructuras de coordinación por medio de ordenes ejecutivas como la numero 11.821 que establecía un programa llamado “Informe de Impacto Inflacionario” según el cual, las agencias que tuvieran prevista la promulgación de una disposición de carácter general debían con carácter previo, exponer los costes que aquellas iban a suponer para la economía nacional y transmitirlos a la OMB, en la práctica se cuestionó la efectividad de este mecanismo como un medio para incidir en las políticas de las agencias, puesto que fue mínimo y los informes aludidos no fueron más que justificaciones a posteriori de decisiones ya tomadas con anterioridad.

El Presidente Jimmy Carter, por su parte, promulgó la orden 12044, considerada como una directriz procedimental que requería de un exhaustivo análisis regulador, de todas las disposiciones que las agencias pretendían promulgar, para lo cual creó la “Regulatory Analysis Review Group” como identificación de las personas que posiblemente soportarían estos costes; el análisis regulatorio, debía incluir la descripción de las alternativas a la norma proyectada, que se pudieran conseguir esencialmente el mismo objetivo regulador a un coste menos, junto con un análisis de

⁴² Ángel Manuel Moreno Molina, “La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica.” https://books.google.com.sv/books?id=a3kkEAAAQBAJ&pg=PA225&lpg=PA225&dq=Jimmy+Carter+Informe+de+Impacto+Inflacionario&source=bl&ots=zmtfAfwB_W&sig=ACfU3U0T_Nhqpe7etbmPs0ZTzsTfh0NccEg&hl=es&sa=X&ved=2ahUKewiZm4WGic_wAhUKmAKHeFcBVcQ6AEwBXoECAQQA#w=onepage&q=Jimmy%20Carter%20Informe%20de%20Impacto%20Inflacionario

⁴³ García. Potestad normativa de las administraciones independientes. Pág. 106.

los potenciales beneficios y costes que esa alternativa llevaría consigo y una explicación sucinta de las razones jurídicas que desaconsejan la adopción de esas alternativas⁴⁴.

Las agencias también debían elaborar un documento en el que se especificara el apoyo jurídico para la promulgación de la norma, documento llamando “Analysis regulatory review” y finalmente la orden mandaba que las agencias elaboraran dos veces al año la relación de las disposiciones generales que pretendieran promulgar, la relación, “agenda de reglamentos” se compone del título del probable de la disposición y de una descripción sumaria de la misma.

La orden ejecutiva 12.498 del 4 de enero de 1985, instituyó un proceso de planificación de la actividad regulatoria (regulatory planning process), por el que se ordenaba que todas las agencias remitieran anualmente a la OMB una descripción general de las políticas de regulación de la agencia así como los objetivos para el año entrante de los programas que administraran, por consecuencia, la promulgación de estas órdenes del procedimiento ordinario de elaboración de disposiciones generales, establecido en la ley de procedimientos administrativos de 1958 y en las normas complementarias de cada agencia.

En el gobierno de Ronald Reagan, es por medio de la orden 12.291, del 17 de febrero de 1981, que se obligaba a que las *major regulations* que emitían las agencias, incluyeran un análisis de impacto regulatorio, para ser revisado y aprobado por la OIRA y la orden 12.498 del 4 de enero de 1985, que requería una remisión anual a la OMB, para su aprobación, de la planificación de las actividades de regulación.

Bajo la presidencia de Bill Clinton, se promulgó la orden ejecutiva 12.866 del 30 de septiembre de 1993, que se constituye como la norma vigente más importante en materia de coordinación y revisión presidencial del proceso de regulación, se trata de una extensa y compleja orden que deroga las dos últimas mencionadas y trata de llevar a cabo una completa reorganización del proceso regulatorio, llamado Centralized Review of Regulations, que encomienda a la Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA), que está integrado en la OMB, que actúa como un proyecto completo de planes reguladores, cuyo propósito es asegurar la adecuación de éstos a las políticas presidenciales y garantizar, además, la coordinación de la labor reguladora entre las diferentes agencias.⁴⁵

Finalmente, bajo la presidencia de George Bush, con las órdenes ejecutivas 13.258, del 26 de febrero de 2002 y la 13.422 del 18 de enero de 2007, se introducen ciertas novedades de carácter general, como la *Guidance Document* para determinadas regulaciones de alto impacto económico y algunas en particular por lo que hace a los mecanismos de planificación, como la prescripción relativa a que el “plan de

⁴⁴ Moreno. Administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica. 87

⁴⁵ Ídem., 107.

regulación” deba contar con la aprobación del *Regulatory Policy Officer* de la agencia afectada, que habrá de incluir, a su vez, documentación sobre la regulación proyectada.⁴⁶

1.3 Surgimiento de la Organización de Cooperación de Desarrollo Económica OCDE, y de la Mejora Regulatoria.

Después de la segunda guerra mundial, y con la firme convicción de que la cooperación entre los países era la clave para fomentar el crecimiento económico y la prosperidad nacional y global, es que, en Europa, en el año de 1948 se crea la Organización Europea para la Cooperación Económica OECE, para ejecutar el Plan Marshall⁴⁷, financiado por los Estados Unidos de América, para la reconstrucción de un continente devastado por la guerra, y uno de sus objetivos era hacer que los gobiernos individuales reconozcan la interdependencia de sus economías, allanando el camino para una nueva era de cooperación que cambiaría la faz de Europa⁴⁸.

El convenio que transformó la OECE en OCDE, se firmó en el Chateau de la Muette, en París, el 14 de diciembre de 1960 y entró en vigor el 30 de septiembre de 1961, siendo los países Fundadores de la OCDE “Alemania, Austria, Bélgica, Estados Unidos, Canadá, Dinamarca, España, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, Portugal, Suecia, Suiza y Turquía⁴⁹.” Actualmente la OCDE está conformada por 38 países: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Costa Rica, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Lituania, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza, y Turquía⁵⁰.

Los principales objetivos que persigue la OCDE son: 1) Conseguir crecimiento económico y el empleo, pero siempre aumentando el nivel de vida de los ciudadanos, compatibilizándolo con la estabilidad financiera y el desarrollo económico mundial; 2) Contribuir a una expansión económica equilibrada tanto para los países miembros

⁴⁶ Las administraciones por agencias independientes- pág. 193.

⁴⁷ El Plan Marshall era una forma de intervención de los Estados Unidos en Europa más elaborada que la doctrina Truman de marzo de 1947 y que respondía primordialmente a sus intereses, insistía en la unidad de los europeos como condición para la ayuda norteamericana. Gérard Bossuat, *El Plan Marshall y la integración europea. Los límites de una ambición.* http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/ciclos/ciclos_v8_n14-15_06.pdf

⁴⁸ Historia y miembros de la OCDE. Colombia el trigésimo sexto miembro de la organización,

⁴⁹ *El Plan Marshall y la integración europea.* (Buenos Aires: Facultad de Ciencias Económicas. (Universidad de Buenos Aires, 2013). http://bibliotecadigital-ld.econ.uba.ar/download/ciclos/ciclos_v8_n14-15_06.pdf

⁵⁰ Dato extraído de la página oficial de la OCDE, <https://www.oecd.org/acerca/miembros-y-socios/>

como en los países no miembros en vías de desarrollo y 3) La expansión del comercio mundial de forma no discriminatoria⁵¹.

La OCDE, se basa en los principios de economía de mercado, la convicción que los países obtienen mayores beneficios de un entorno económico abierto, en un contexto de libre comercio de bienes y servicios, y de una competencia internacional fuerte y leal, así como la eliminación de obstáculos, restricciones y distorsiones en el funcionamiento de los mercados, se apoya en elementos cuantitativos veraces y en la rigurosa comprobación de los hechos; por lo que, desde sus inicios, se ha reconocido que un análisis económico y político objetivo, con criterios internacionalmente comparables, una sólida base de datos estadísticos, estadísticas económicas claras, concretas y neutrales aprobadas y adoptadas posteriormente, por los países miembros en foros que comprometían a los firmantes a su aplicación, propician el logro de objetivos de desarrollo económico propuestos.

Tras importantes procesos de liberación y privatización de los antiguos servicios públicos, se da paso a una reforma regulatoria, que fomenta la competencia en sectores donde anteriormente existía un monopolio legal, a manera de ejemplo se puede citar los sectores como telefonía, servicio postal, líneas aéreas y el transporte ferroviario., así mismo se llevó a cabo la reforma regulatoria en otros sectores en los que, por sus características estructurales, debían convivir actuaciones en régimen de monopolio natural con otras del régimen de libre competencia, este conjunto de reformas se les llamo “Reformas de Primera Generación⁵².”

1.3.1 Inicios de la Mejora Regulatoria

La preocupación por la mejora regulatoria nace en la OCDE, EN 1989, cuando se publicó el *Directory of Review and Reform Organization in OCDE member countries*, que fue el primer documento donde se hace referencia a la mejora de la regulación como una exigencia general, que tenía como objetivo lograr una regulación eficaz y la aplicación de herramientas y procesos regulatorios, sustentados en la noción de buen gobierno y cuya finalidad debía ser no disminuir, sin más, el número de normas, sino aprobar las precisas, teniendo en cuenta que habían de ser proporcionales a sus fines, con objetivos claros, eficientes, accesibles y transparentes, por ello. Definiendo a la Mejora Regulatoria “*como una iniciativa comunitaria dirigida a favorecer la actividad económica, el desarrollo empresarial y la innovación en los mercados europeos a través de la adopción de un ambicioso programa de revisión de normas comunitarias*”

⁵¹ Antonio Luis Gallardo, “Qué es la OCDE y cuáles son sus funciones.” Hablemos de Empresas, Julio 2020. <https://hablemosdeempresas.com/empresa/que-es-la-ocde/>

⁵² Expresión citada en la página 21, del libro *la Mejora Regulatoria (Better Regulation): Aplicaciones en materia de Contratación Pública*, del autor Carlos Gómez Asensio, ya citado anteriormente.

y estatales vigentes, con instauración de controles ex ante y ex post⁵³ de las propuestas normativas y de las normas vigentes⁵⁴.

Fue en la década de los 90's cuando la búsqueda de una mayor calidad de la regulación adquiere una dimensión sistemática, apareciendo varias iniciativas a nivel europeo, entre las más importantes, la Cumbre Europea de Edimburgo de diciembre de 1992, en la que puede considerarse como el origen del proceso de reforma regulatorio en Europa; posteriormente en 1995, aparecen recogidos en un anexo del Tratado de Ámsterdam, una serie de principios de buena regulación para ser respetados a nivel Europeo, llamado "La Recomendación del Consejo para mejorar la Calidad de la Regulación Gubernamental (Recomendación de 1995), fue la primera declaración internacional en la historia sobre principios regulatorios comunes a los países miembros.

La OCDE produjo un Informe sobre Reforma Regulatoria en 1997 [C/ MIN (97)10 (resumen) y C/MIN (97)10/ADD]. Este informe contiene las recomendaciones que han servido como guía a los países miembros, para la mejora de políticas y herramientas regulatorias, el fortalecimiento de la apertura de mercado y la competencia, así como la disminución de cargas regulatorias. Aunado a lo anterior, estas recomendaciones han constituido la base para los estudios de países miembros, que se han llevado a cabo tanto en el área sectorial como en la de políticas públicas.

Posteriormente, en 2005, se dictaron los Principios Rectores para la Calidad y el Desempeño Regulatorio de la OCDE [C (2005)52 y CORR1] (Principios Rectores de 2005), los cuales partieron de las recomendaciones del informe de 1997 y de la evidencia de estudios de países de la OCDE realizados hasta 2004, dichas recomendaciones, reflejan el estado de la evolución en materia de política regulatoria hasta ese momento⁵⁵. Los principios señalan la importancia de que exista compromiso político con la reforma regulatoria, las características deseables de la buena regulación y los nexos con la competencia y la eliminación de barreras al comercio y la inversión.

El mencionado año de 2005, fue un año clave en el desarrollo de la mejora regulatoria tanto a nivel comunitario como internacional, puesto que los principios contenidos en sus recomendaciones, pretendían dar un nuevo impulso a los esfuerzos de los estados miembro, incluyendo además de los principios para la reforma regulatoria, la adopción de programas amplios de reforma que establecían objetivos claros y precisos para su reglamentación; así como la implantación de los análisis de impacto regulatorio, tanto de naturaleza prospectiva como retrospectiva; la mejora de la transparencia de las

⁵³ Evaluación Ex ante: previa aprobación y Ex post: posterior a su aplicación, en el capítulo 3 se desarrollarán con mayor profundidad cada una de ellas.

⁵⁴ Francisco Marcos, "Calidad de las Normas Jurídicas y Estudios de Impacto Normativo." Revista de Administración Pública, (núm. 179, mayo agosto 2009, Universidad autónoma de Madrid. 2009). Pág. 333.

⁵⁵ OCDE, Recomendaciones del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria, (París, 2012). Pág. 22.

normas, del trabajo de las entidades regulatorias encargadas de su ejecución y de los procesos normativos; la mejora de la efectividad y la aplicación de la normativa de defensa de la competencia; el diseño de la regulación económica de todos los sectores para estimular la competencia y la eficiencia; la eliminación de barreras regulatorias innecesarias al comercio y a la inversión a través de una liberalización continuada; e Inter vinculación de políticas para maximizar resultados⁵⁶.

En el mismo año 2005, la OCDE también publica la Guía Work on Regulatory Tools, que incluye los cinco instrumentos clave para desarrollar una mejora regulatoria: 1) El análisis de impacto regulatorio; 2) La simplificación administrativa; 3) La mejora de la transparencia normativa y la comunicación con los agentes sociales; 4) El análisis de las alternativas regulatorias y 5) El estudio del cumplimiento y la ejecución por los operadores privados de las normas aprobadas⁵⁷. En esta misma guía, se fijan los principios elementales de la mejora regulatoria: La calidad de la regulación, la eficiencia del sistema regulatorio, el estudios de instrumentos alternativos de intervención y mejora de la efectividad y legitimidad del sistema regulatorio, incluyendo una lista de referencias con diez cuestiones a plantearse por los estados en el proceso de elaboración normativa,⁵⁸ esta lista fue conocida como el embrión del Análisis de Impacto Regulatorio y supone el primer reflejo de los principios rectores de la regulación de la calidad⁵⁹.

Si bien la recomendación de 1995 y los principios de 2005 siguen siendo pertinentes, durante la Conferencia Internacional de la OCDE sobre Política Regulatoria, celebrada el 28 y 29 de octubre de 2010, se aceptó que su cobertura debía ampliarse a la luz de las experiencias más recientes, los estudios adicionales y el amplio mandato del Comité de Política Regulatoria. De igual manera, el informe Política y Gobernanza Regulatoria: Apoyando el Crecimiento Económico y Sirviendo al Interés Público (Regulatory Policy and Governance: Supporting Economic Growth and Serving the Public Interest, OECD, 2011), que resume 10 años del trabajo de la organización sobre reforma regulatoria, propone una revisión y actualización del pensamiento colectivo acerca de la política y la gobernanza regulatoria.

A continuación, el informe Regulatory Policy and Governance: Supporting Economic Growth and Serving the Public Interest, adoptado en 2011 en que la OCDE propone “una revisión y actualización del pensamiento colectivo acerca de la política y

⁵⁶ Carlos Gómez Ascencio, La mejora Regulatoria (Better regulation), ob cit Lucia Casado, “La Mejora Regulatoria en España, los nuevos principios que informan el ejercicio de la iniciativa Legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas.” Brasil, 2017. Pág. 7, DOI: 10.21056/aec.v17i67.473

⁵⁷ Gómez Ascencio, La Mejora Regulatoria. 59 y sig.

⁵⁸ La check list contenía: principio de identificación, de intervención mínima, de razonabilidad, de legalidad, de proporcionalidad, de transparencia, de claridad y simplicidad, de accesibilidad y consulta, de ejecutabilidad. Carlos Gómez Ascencio. La Mejora Regulatoria.

⁵⁹ *Ibíd.*, 56

gobernanza regulatoria”, a este informe le sigue en 2012 una nueva recomendación: la Recommendation of the council of the OCDE on Regulatory Policy and Governance, siempre de 2012.⁶⁰ Ésta recomendación presenta la Política y la Gobernanza Regulatoria, como una actividad de gobierno completo integrada al ciclo de políticas de diseño, aplicación, revisión y evaluación en materia regulatoria, con el apoyo de las instituciones adecuadas. Destaca la importancia de la coordinación, la consulta, la comunicación y la cooperación en todo el ciclo de política pública. Más de lo que lo hicieron los instrumentos previos de la OCDE, presta gran atención a la necesidad de contar con evaluación de riesgo y coordinación regulatoria entre órdenes de gobierno, así como a la organización de entidades regulatorias. En conjunto, los principios enunciados en la recomendación proporcionan a los países la base para realizar una evaluación exhaustiva del desempeño de las políticas, las herramientas y las instituciones que sustentan el uso de regulación eficiente y efectiva para alcanzar metas sociales, medioambientales y económicas⁶¹.

A partir de ahí, la definición de regulación fue ampliada por la OCDE; introduciendo una variedad de instrumentos mediante los cuales los gobiernos establecen requerimientos para empresas y personas. Las regulaciones incluyen leyes, órdenes formales e informales y reglamentos 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. La gobernanza regulatoria efectiva maximiza la influencia de la política regulatoria para generar regulaciones que tengan un efecto positivo en la economía y la sociedad, y que alcancen los objetivos implícitos de política pública. Se ocupa del diseño y la implementación de la regulación, así como de asegurar su cumplimiento. Conlleva un enfoque integral para el uso de políticas, herramientas e instituciones regulatorias.⁶²

Es en esta gobernanza regulatoria, donde los gobiernos atraen una gama más amplia de actores incluyendo al poder judicial, al legislativo, a los niveles subnacionales y supranacionales de gobierno, sin dejar a un lado al sector privado. Esta gobernanza regulatoria permite hacer efectiva la política regulatoria ya que maximiza su influencia para emitir normas con efectos positivos en la economía y la sociedad.⁶³

En 2014, las recomendaciones de la OCDE se focalizaron en reconocer el vínculo entre la política regulatoria y una serie de reformas estructurales, de las cuales se ha

⁶⁰ OCDE, “Recommendation of the council of the OCDE on Regulatory Policy and Governance”, <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2012-recommendation>.

⁶¹ OCDE, Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza regulatoria, Pág., 24.

⁶² OCE, Recomendaciones del Consejo sobre Gobernanza Regulatoria. Pag 23

⁶³Véase. OCDE, “*El ABC de la Mejora Regulatoria para las Entidades Federativas y Municipios: Guía Práctica para funcionarios, Empresarios y Ciudadanos*, (México: Centro de publicaciones de la OCDE, 2016):32. <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/abc-manual-for-regulatory-reform-spanish-version.pdf>

documentado vínculos: 1) La relación recíproca entre una política regulatoria eficaz y la apertura de mercados, que tiene como consecuencia abrir canales para la innovación, el emprendimiento y el fortalecimiento de beneficios para los consumidores. 2) La relación entre los principios de la política de competencia y aquellos que fomentan la calidad de la regulación; 3) La relación entre la reforma de mercados regulados y la infraestructura, y los efectos positivos sobre la reducción de precios, la innovación, la calidad en el servicio y la capacidad de elección de los consumidores⁶⁴.

1.4 La evolución histórica de la Potestad Normativa en El Salvador.

En los doscientos años de independencia de El Salvador, se han promulgado 19 constituciones, contando desde la promulgación de la primera Constitución de la República de El Salvador de fecha 12 de junio de 1824, en la que la Asamblea Nacional, proclama a El Salvador, como un Estado libre, soberano e independiente, en su interior administración y gobierno, miembro de la Federación de la República de Centro América; la cual siguiendo la teoría de la separación de poderes anteriormente desarrolla, en su el art. 11 establece que: *el Supremo Poder estará dividido por su administración en Legislativo, Ejecutivo y Judicial*, atribuyéndole en el art. 12 el poder legislativo al Congreso, el ejecutivo al jefe de Estado, y el judicial en las causas civiles y criminales a la Corte Superior de Justicia⁶⁵

Es de vital importancia para la presente investigación señalar el contenido del Art. 29 numerales 1,3,4,5 de la Constitución de 1824, porque no solo le atribuye al congreso la potestad de dictar leyes del Estado, interpretarlas, alterarlas (reformularlas) y/o derogar las ya establecidas⁶⁶, sino que además le atribuye la potestad de dictar su reglamento interior y el de los otros poderes refiriéndose a los 2 órganos constitucionales señalados en el art. 11, es decir el del Ejecutivo y Judicial, aunado a lo dispuesto en los numerales 4 y 5, que le atribuye al congreso la potestad para aprobar los estatutos de las corporaciones y dictar las ordenanzas correspondientes a la milicia, sobre este último punto, es de esclarecer que las ordenanzas a las que se refiere nada tienen que ver con las ordenanzas municipales, que es la expresión por medio de la cual los gobiernos

⁶⁴ OCDE, “El Análisis de impacto regulatorio en el ciclo de gobernanza regulatoria. Implementación del análisis regulatorio en el Gobierno Central de Perú. Caso de estudio 2014-16.” OCDE Publishing Paris, 2019. Pág. 18. <https://doi.org/10.1787/9789264305809-4>

⁶⁵ Congreso Constituyente del Estado, Constitución del Estado de El salvador, San Salvador, 22 de junio de 1824. Art. 1, 2 y 3, http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-politica-de-la-republica-de-el-salvador-de824/html/9215c899-4b99-40cf-8960-f18fb644c894_2.html

⁶⁶ Dentro del proceso de formación de Ley, el Congreso era el competente para ejercer el poder legislativo, aunque también participaba el Consejo Representativo, que ejercía el mecanismo de control de las leyes dictadas por el Congreso, ya que de conformidad con los arts. 25, 26 y 34 núm. 1. del mismo cuerpo constitucional, era atribución del Consejo Representativo el “*sancionar las leyes del Congreso del Estado-Pasándola al Jefe de Estado, tenía la potestad de negar la sanción- devolviendo de forma motivada las observaciones de los proyectos al Congreso*” y el Jefe supremo del Estado, era el competente para publicar la Ley en todo el territorio nacional en un plazo máximo de un mes, bajo pena de responsabilidad por retardación de dicha obligación. Art. Art. 40 núm. 1.

municipales dictan sus actos administrativos de orden general, que constituyen normas de obligatorio cumplimiento en el territorio municipal.

No obstante, en el Art 40 núm. 6, establecía como una de *las Atribuciones del Jefe Supremo: Formar reglamentos para el más fácil cumplimiento y ejecución de las leyes*, atribución con la cual le confería una potestad normativa para dictar reglamentos de ejecución y desarrollo únicamente.

La Constitución de 1841, en su art. 45 núm. 14, le confiere al Poder Ejecutivo la atribución de: *“Expedir reglamentos y ordenanzas para facilitar y asegurar la ejecución de las leyes, la buena administración de las rentas públicas y su legal inversión.”*⁶⁷ En concordancia con la postura del Dr. Roberto Oliva Ortiz, en ésta Constitución se amplía aunque sea de forma escueta la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, puesto que además de reglamentos de ejecución también podía emitir ordenanzas en materias de buena administración de las rentas públicas y su legal inversión, constituyendo un avance que aunque pequeño fue significativo⁶⁸ tomando en cuenta la coyuntura en la cual se promulgó dicha Constitución⁶⁹.

La Constitución de la República de El Salvador, decretada el 19 de marzo de 1864, continúa reproduciendo los preceptos decretados en las constituciones anteriores, confiriéndole de manera exclusiva al Poder Legislativo, la atribución de decretar, interpretar, reformar y derogar las leyes (Art. 28 ord. 1), así como procurar el desarrollo de la instrucción pública en todos los ramos, decretando estatutos y métodos adecuados para tal fin (Art. 28 Ord. 7°), en cuanto a la potestad normativa del Ejecutivo, en el art 35 núm.14, le confiere dentro de sus atribuciones, la de *“Expedir Reglamentos, Decretos y Órdenes para facilitar y asegurar la ejecución de las leyes, la buena administración de las rentas públicas y su legal inversión y sobre todos los ramos que*

⁶⁷ Asamblea Constituyente, “Constitución de El Salvador” San Salvador, 22 de febrero de 1841. http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-politica-de-la-republica-de-el-salvador-de-1841/html/6eed6025-cfce-44e4-b9b9-171ab7fd9e8b_2.html#I_10_

⁶⁸ Roberto Oliva Ortiz, “Potestad Reglamentaria”, Tesis doctoral, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador. <http://www.csj.gob.sv/bvirtual.nsf/3db6532d39e032fd06256b3e006d8a73/293582db7b142fb90625757e00648d83?OpenDocument>.

⁶⁹ Fue en la década siguiente a la disolución de la Federación Centroamericana, una fase de transición a una República independiente, en la que se estaba organizando la distribución de competencias y recursos entre los distintos agentes sociopolíticos, identificándose los principios liberales de la separación de poderes y el sistema electoral, que vertebraron la organización política de El Salvador, la responsabilidad del poder ejecutivo y legislativo en torno a la administración pública, el desarrollo económico nacional, la justicia, el ejército, la policía y la instrucción pública. Para mayor información leer Clara Pérez Fabregat, “La Organización del Municipio salvadoreño entre 1840 y 1869, Una Aproximación a la Construcción del Estado desde el ámbito Local”, Boletín Americanista, Año LXI.1. N° 62, Barcelona, 2011. PP 201-218, ISSN: 0520-4100. <http://dialnet.unirioja.es>

*sean de su resorte, incluso su reglamento interno.*⁷⁰ En palabras del Dr. Roberto Oliva: “ *este Artículo es la mejor adecuación legislativa que del reglamento se ha promulgado, puesto que le confiere al poder ejecutivo la potestad de dictarse su propio reglamento interno, siendo lo más relevante la potestad de expedir los reglamentos necesarios para la buena administración sin limitarlo a la inversión pública.*”⁷¹

Se puede resaltar el valioso aporte de esta Constitución en el desarrollo de la potestad normativa, puesto que se hace una ampliación en cuanto a las formas de materializar dicha potestad ejercida por el Poder Ejecutivo, al facultarla para dictar no solo reglamentos de ejecución y desarrollo como en la Constitución de 1924, sino además se le confiere la potestad de emitir un reglamento autónomo, materializado en su propio reglamento interior, y haciendo una interpretación más amplia de la frase “*para facilitar y asegurar la ejecución de las leyes, la buena administración...y todos los ramos que sean de su resorte*”⁷²,” podría el Ejecutivo emitir reglamentos de urgencia y necesidad según se presente la situación; así también se le atribuye la emisión de decretos ejecutivos y órdenes presidenciales aplicables a todas las ramas o ministerios para mejor cumplimiento de una buena administración pública.

En la Constitución de 1871, en cuanto al ejercicio de la potestad normativa por parte del Poder Legislativo y Ejecutivo se mantiene igual que la Constitución anterior, pero en el art. 56 Ord. 1º, le confiere potestad a la Corte Plena del Poder Judicial, para formar el reglamento para su régimen interior.⁷³ Con lo que le confirió potestad normativa para emitir un reglamento autónomo, ya que no depende de ninguna ley (como podría ser la Ley Orgánica Judicial o una equivalente) sino conferida desde la Constitución, éste reglamento también puede clasificarse como un reglamento orgánico o doméstico, pues regula su composición, organización y funcionamiento.

Las constituciones de 1872, 1880, 1883 no reportan mayores cambios en cuanto a la temática objeto de estudio, razón por la cual no se hace un estudio individual de cada una de ellas.

La Constitución de 1886, al igual que las anteriores le confiere la potestad legislativa a la Asamblea Nacional, atribuyéndole en el art. 68 Ord. 9º “Decretar, interpretar, reformar y derogar las leyes secundarias” y en el Ord. 26º “Decretar leyes sobre el reconocimiento de la Deuda Nacional, así como la creación y designación de los fondos necesarios para su pago”. En cuanto a la potestad normativa conferida al Órgano Ejecutivo, sobre el texto del art. 87, se pueden distinguir los decretos, acuerdos, órdenes

⁷⁰ Congreso Nacional Constituyente, Constitución de la República de El Salvador, San Salvador, 19 de marzo de 1864. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/2/1860-1869/1864/03/886E7.PDF>

⁷¹ Roberto Oliva, Potestad Reglamentaria.

⁷² Art. 35 Ord. 14º Cn 1864.

⁷³ Congreso Nacional Constituyente, Constitución Política de El Salvador. San Salvador, 1871. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda%2FD%2F2%2F1870-1879%2F1871%2F08%2F886E8.PD>

y providencias presidenciales, con una particularidad que para que gozaran de obligatoriedad, debían ser autorizados y comunicados por los ministros en su respectivo ramo, en su defecto por los subsecretarios de estado o por quienes ostentaran similares condiciones, estableciendo en el mismo artículo que la falta de este requisito ocasionaría que no fueran obedecidos. Se considera entonces la autorización y comunicación de los decretos, acuerdos o providencias presidenciales por parte de los ministros o quienes ejercieran las funciones del ramo, como un requisito indispensable para legitimar dichas normas, puesto que su inobservancia producía nulidad de pleno derecho, y en consecuencia que no fueran de obligatorio cumplimiento.

En el 91 Ord 12° esta Constitución faculta al Poder Ejecutivo, para: *expedir reglamentos, decretos y órdenes para facilitar y asegurar la ejecución de leyes y decretar su reglamento interno.*⁷⁴ Si bien es cierto que ésta disposición es más escueta en comparación con su antecesora que demarcaba los ámbitos en los cuales el Poder Ejecutivo podía ejercer su potestad normativa, es importante señalar que le faculta expresamente para decretar estatutos y adoptar los métodos adecuados para fomentar la instrucción pública (Art. 91 Ord°13) así también le facultaba para decretar en Consejo de Ministros el Estado de Sitio cuando el Poder Legislativo se encontrara en receso, debiendo dar cuentas en la próxima reunión de la Asamblea, sobre las causas que la motivaron y las acciones que se llevaron a cabo. Finalmente, el art.93, bajo el principio de legalidad establece que todos los decretos, órdenes o resoluciones que el Poder Ejecutivo emitiera sobrepasando las competencias y facultades expresamente otorgadas por la Constitución adolecen de nulidad (absoluta) y, en consecuencia, no deberán ser obedecidos, aunque no posteriormente fueren sometidos a aprobación del cuerpo legislativo.

En la Constitución de 1935, no establecen aspectos nuevos, sino más bien retoman la redacción de las constituciones pasadas referente a la temática, no obstante, se crea la Corte de Cuentas de la República, como un organismo independiente del Poder Ejecutivo, que tiene a su cargo la fiscalización técnica legal de la gestión de la Hacienda pública, y de acuerdo con el Art 158, Ord 6° está facultada para decretar los reglamentos que sean necesarios para el cumplimiento de su cometido⁷⁵.

La Constitución de 1944, se mantiene el contenido y hasta la redacción de la potestad normativa conferida al Poder Ejecutivo,⁷⁶ al igual que constituciones de los años

⁷⁴ Congreso Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de El Salvador, San Salvador, 13 de agosto de mil ochocientos ochenta seis. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/2/1880-1889/1886/08/886EC.PDF>

⁷⁵ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de El Salvador, San Salvador, 1939. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda%2FD%2F2%2F1930-1939%2F1939%2F01%2F886F1.PDF>

⁷⁶Art. 90 Ord 12° establece como uno de sus deberes: “*Expedir reglamentos, decretos y órdenes para facilitar y asegurar la ejecución de las leyes y decretar su reglamento interior.*” Asamblea Nacional

1945, 1950 y 1962, no se encontró ningún cambio, ni avances mínimos en cuanto al desarrollo de la potestad normativa ejercida por el órgano ejecutivo, lo que denota la poca importancia que se le ha dado, abordándola de forma muy escueta, lo que ha traído como consecuencia, poco control jurídico al respecto.

Finalmente, encontramos la Constitución de la República de El Salvador, promulgada en 1983, que continua vigente hasta la actualidad, y de la cual se hará un estudio más profundo en el capítulo 4, no obstante, de una forma general y muy resumida, se puede adelantar que le confiere de forma exclusiva la potestad legislativa a la Asamblea Legislativa (Art. 131 Ord. 5), a su vez le faculta para dictar su reglamento interno (Art. 131 Ord. 1°), como en las constituciones anteriores; así mismo, esta Constitución le confiere potestad reglamentaria de desarrollo al Presidente de la República (Art. 168 Ord. 14) y al Consejo de Ministros, lo faculta para Decretar el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo y su propio reglamento (Art. 167 Ord. 1°), así mismo, le confiere potestad reglamentaria autónoma a la Corte de Cuentas (Art. 195 atribución 6ª) y a las municipalidades, les confiere potestad normativa o reglamentaria, para decretar las ordenanzas y reglamentos locales, es decir que su obligatoriedad está sujeta a la circunscripción territorial del municipio (Art. 204 Ord. 5).

En cuanto a la potestad normativa ejercida por otros entes estatales, no es una potestad originaria conferida por la constitución, sino a través de leyes especiales en las cuales el Legislativo, les delega dicha potestad para el mejor desarrollo de sus funciones, verbigracia La Ley Orgánica Judicial, le confiere potestad reglamentaria a la Corte Plena para elaborar su Reglamento Interior (Art. 51 Atribución 1ª);⁷⁷ la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva de El Salvador, que le confiere al Banco Central, la potestad normativa para dictar las políticas y las normas correspondientes en materia monetaria, crediticia, cambiaria y financiera (Art 3 literal j);⁷⁸ la Ley de Acceso a la Información Pública, le confiere potestad reglamentaria al Instituto de Acceso de la Información Pública para: establecer los lineamientos para el manejo, mantenimiento, seguridad, y protección de los datos personales, e información pública, confidencial, reservada; para la elaboración de guías de procedimientos, de acceso a la información pública, elaborar su reglamento interno, y demás normas de operación; (Art. 58 letra J, k, p, respectivamente)⁷⁹ y la ley del Seguro Social, le confiere potestad reglamentaria

Constituyente, Enmiendas a la Constitución Política de 1886 por decreto número 251, San Salvador, 20 de noviembre de 1945. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/2/1900-1909/1900/01/886ED.PDF>

⁷⁷ Ley Orgánica Judicial, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1984). http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_slv_judicial.pdf

⁷⁸ Ley Orgánica del Banco Central de Reserva de El Salvador, El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1991).

⁷⁹ Ley de Acceso a la Información Pública, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011).

al Consejo Directivo del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, (Art. 14 lit B LISSS)⁸⁰.

En cuanto al control del ejercicio de la potestad normativa de todas órganos e instituciones públicas, fue por medio de Ley de la Jurisdicción contenciosa-administrativa de 1978⁸¹, que se legisló, por primera vez los conflictos suscitados entre los particulares y el Estado; estableciendo en su Art. 3 letra c): “*Procede la acción contenciosa administrativa: contra los actos que se pronunciaren en aplicación de disposiciones de carácter general de la administración pública, fundada en que tales disposiciones adolecen de ilegalidad.*” Es decir, que si bien es cierto que no se podía impugnar la disposición general (llámese reglamento, acuerdo, instructivo, circular etc.) de una forma directa, al menos se podía incoar acción contra la resolución gravosa que estuviera fundada en una norma administrativa ilegal.

En cuanto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones de carácter general emitidas por la administración pública en el sentido amplio,⁸² es la Sala de lo Constitucional, por medio de la demanda de inconstitucionalidad o el amparo, el único ente competente para estudiar la constitucionalidad o no, de los reglamentos y demás disposiciones de carácter general,⁸³ pudiendo decretar inconstitucionalidad de éstas normas y en consecuencia ordenar la inaplicabilidad o derogatoria de la misma.

En este orden de ideas, cabe mencionar que la Constitución y leyes secundarias que confieren potestad normativa a los diferentes entes públicos, solo reguló en cuanto al funcionario u organismo al que le confiere dicha potestad, pero no estableció en ninguna ley, los requisitos de forma y fondo que debería contener los actos administrativos de carácter general para su validez, para incidir de forma directa en los intereses y derechos de los ciudadanos, por tanto, debido al poco interés de los legisladores en el desarrollo legal de la potestad normativa ejercida por la administración pública, y para suplir los vacíos legales es que la Sala de lo Constitucional y la Sala de lo Contencioso Administrativo, se encargaron de regular a base de jurisprudencia los límites formales y materiales del ejercicio de dicha potestad así como de los límites constitucionales y doctrinarios en el contenido de los mismos, con la finalidad de tutelar los derechos e intereses de los particulares ante los actos generales dictados por la administración pública en ejercicio de sus competencias.

⁸⁰ Ley del Seguro Social, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1953).

⁸¹ Ley de la Jurisdicción Contenciosa administrativa, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador San Salvador, 1978.

⁸² Es decir, en cuanto a que el ente público que realice algún tipo de función administrativa.

⁸³ Art.1 núm. 1) Son procesos constitucionales., los siguientes: el de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos. Ley de Procedimientos Constitucionales, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador; 1960.

Esta situación se mantuvo hasta septiembre de dos mil catorce, fecha en la que El Salvador, comprometió con los Estados Unidos de Norteamérica, a través del Convenio Reto del Milenio, adquirir la responsabilidad crear proyectos que mejoren el de clima de inversiones, estableciendo objetivos claros para atraer e incrementar la inversión privada en el país, mejorar el clima de negocios, por medio de la Actividad de Mejora Regulatoria, acorde a las recomendaciones de la OCDE, que buscan implantar un sistema de mejora regulatoria, encaminado a generar propuestas para mejorar la calidad de las leyes y disposiciones económicas que inciden directamente en las actividades de inversión, identificar las barreras que afectan el clima de negocios; de verificar que la forma de elaboración de regulaciones en El Salvador puedan producir efectos positivos tanto en la economía, como en la efectividad de las políticas públicas de orden social.⁸⁴

Posteriormente, en noviembre de 2015 que se crea por decreto ejecutivo, el Organismo de Mejora Regulatoria, como una unidad dependiente de la Secretaría Técnica y de Planificación de la Presidencia de la República, que sirviera de mecanismo para mejorar el clima de inversión en el país, cuyo objetivo era desarrollar un Sistema de Mejora Regulatoria que ejecute una estrategia asociada a la mejora del clima de inversión en el país⁸⁵

Y es en base a lo anteriormente aludido que después de décadas finalmente en 2018, se promulgan la tan esperada Ley de Procedimientos Administrativos (LPA), que después de un año de Vacatio Legis, entró en vigencia el 13 de febrero de 2019, posteriormente y en la misma fecha se promulgan Ley de Mejora Regulatoria y Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas, que entraron en vigencia en abril de 2019 y que complementan a la LPA en cuanto a regular y controlar el ejercicio de la potestad normativa de la Administración Pública en El Salvador.

⁸⁴ OCDE, Políticas normativas en los países de la OCDE. Del Intervencionismo a la gobernanza normativa. 2003. www.oecd.org/bookshop.

⁸⁵ Véase. Creación del Organismo de Mejora Regulatoria, (Presidencia de la República de El Salvador, Decreto Ejecutivo No 90, 2015).

CAPÍTULO 2

GENERALIDADES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.

2.1 El Poder Público.

Para una mejor comprensión del tema en cuestión, es importante iniciar este capítulo con el concepto general de **poder**, definido como dominio sobre una persona o cosa; quien tiene el poder, dispone de los medios necesarios para lograr los objetivos que se propone en relación a la persona o la cosa sometida a su dominio, en las relaciones intersubjetivas, el poder existe cuando una persona impone a otra su voluntad y condiciona su comportamiento⁸⁶.

El concepto de poder goza de una amplia connotación al contener múltiples perspectivas, por lo que es necesario delimitar el presente acápite al *Poder Público*, el cual históricamente ha tenido una tendencia natural a funcionar sin límites, imponiéndose a los ciudadanos en virtud de la superioridad de su “imperium,⁸⁷” ya que dependiendo quien ostente el poder, así es la forma de ejercerlo y los objetivos que se logren con ello; por lo que, es necesario poner límites al ejercicio del poder por parte de sus funcionarios.

Desde la perspectiva clásica de un Estado Democrático, se concibe como imprescindible que los poderes públicos, queden subordinados a la soberanía de la Ley, definida como la voluntad popular, en la que el poder legislativo se impone al poder ejecutivo y judicial, quedando sometidos al imperio de la ley, persistiendo el poder legislativo fuera de este control, bajo la premisa que el legislativo encarna la soberanía del pueblo.⁸⁸

En un Estado Social Democrático de Derecho, el énfasis del poder se deposita en la racionalidad del ejercicio del poder, es decir, que todos los poderes públicos están

⁸⁶ David Blanquer. *Derecho Administrativo: El fin, los medios y el Control*. (Volumen 1º, Tirano lo Blanch, Valencia, 2019).

⁸⁷ En sentido estricto, representa una manifestación de poder, pero de un poder más amplio, aunque no absoluto, ni siquiera en los casos en que se atribuye al dictador en casos de extrema y urgente necesidad, incluye un mando militar que poseían exclusivamente los magistrados mayores, singularmente los cónsules y pretores. En sus orígenes consulares es un poder supremo un global, *domi militiaeque*, que confería a su detentador amplios poderes sobre cualquier ciudadano romano situado bajo su jurisdicción. Eduardo Gamero Casado, *La Potestad Administrativa: Concepto y Alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*.

⁸⁸ A éste tipo de Estado se le denominó “Estado Legal”, puesto que solo se hizo una transición entre la soberanía del rey a la soberanía de la ley, es decir, una *legitimación del título del poder*, que de hereditario pasa a ser democrático al menos en apariencia, pero que no implica en sí misma una transformación de la “legitimidad del ejercicio” puesto que como el legislador democrático es soberano, puede hacer cualquier cosa, sin encontrar ningún obstáculo a su arbitrariedad, por tanto, el poder de la mayoría parlamentaria también puede ser ilegítimo cuando la ley es caprichosa o despótica. Ídem.

sometidos a mandatos jurídicos, porque la soberanía no reside en la representación parlamentaria sino en la Constitución, por tanto, en su marco constitucional, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos,⁸⁹ cumple una insustituible función en la defensa de las minorías, contra la tiranía o la opresión de la mayoría democráticamente elegida, en otras palabras, ello sucede cuando la soberanía de los números se somete a la soberanía de la razón, la soberanía del legislador es la de la mayoría parlamentaria, y frente a ella, se erige la soberanía de la Constitución que establece los límites jurídicos para las competencias de cada uno de los entes que integran el poder público⁹⁰.

En ese orden de ideas, el Poder Público se define como “*la potestad constitucional, basada en la soberanía popular de la cual deriva, para el ejercicio de la voluntad colectiva por parte del Estado, a través de legítimos representantes elegidos para tal fin por medio del sufragio.*”⁹¹ Es decir que, el poder es ejercido por personas legítimamente escogidos por el pueblo, quienes están subordinados a la Constitución y el respeto a las leyes; en consecuencia, es necesario para el buen funcionamiento de un Estado, que el poder sea controlado, como se ha visto anteriormente.

A través de la historia, se ha buscado formas de limitar el ejercicio del poder y evitar la posibilidad de su incremento arbitrario, y es así que contemporáneamente se han establecido en las constituciones un conjunto de disposiciones encaminadas a limitar las esferas de competencias de los detentadores del poder y asegurar ciertos derechos a los ciudadanos, constituyendo tales disposiciones, el principal mecanismo de control del poder, puesto que, al ser la ley suprema actúa como un instrumento idóneo para articular los sistemas de control⁹².

He ahí que la clave del ejercicio del poder reside en limitar el poder, para lo cual se aplica un sistema de frenos y contrapesos, que como se estudió anteriormente, tiene su base en la teoría de separación de poderes de Montesquieu, instaurando la visión

⁸⁹El Principio de Interdicción de la arbitrariedad, busca prohibir toda manifestación caprichosa, subjetiva y antojadiza por parte de los poderes públicos, sin que su ámbito de cobertura se limite a lo meramente administrativo, se convierte en consecuencia en la correcta corrección de la juridicidad que debe imperar en toda relación jurídico-administrativa. Se manifiesta en la motivación de los actos administrativos, bajo los principios de confianza legítima, la transparencia administrativa, entre muchos otros que concurren al de la interdicción de arbitrariedad, el cual tiene un núcleo más amplio y una cobertura más extensiva, porque lo arbitrario, así como la mitológica Hidra de Lerna, tiene un solo cuerpo, pero muchas cabezas. Luis Mariano Argüello Rojas, “El Principio Constitucional de Interdicción de la arbitrariedad”, Revista Pensamiento Actual, (Volumen 17, N°29. Universidad de Costa Rica, 2017). P 8-16. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/pensamiento-actual/article/view/31584/31288>

⁹⁰ Gamero. Potestad Administrativa. 56

⁹¹ María A. Bonnemaïson, “Mecanismos constitucionales de control del Poder Público,” (Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo. Venezuela)

⁹² Carla Huerta Ochoa, “Mecanismos Constitucionales para el control del Poder Político,” (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos núm. 1, Universidad Autónoma de México. México, 2001).

tripartita del Estado, conformado por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que se vinculan en una relación de interdependencia, que evita la concentración del poder en una sola mano y cumple con la función de equilibrio y limitación, que permiten orientar el ejercicio del poder a la satisfacción del interés general como su fin.

2.2 Las Potestades Públicas.

Con la finalidad de legitimar las facultades conferidas a cada órgano, se delimitan las competencias de cada uno de los órganos y entes públicos dotándolos de **Potestades**, que para efectos de la presente investigación se definen “*como un medio jurídico que habilita a su titular para imponerse sobre otros determinando su comportamiento*”⁹³. La titularidad de las potestades es un signo de supremacía que el ordenamiento jurídico confiere a algunas personas o instituciones y del correlativo sometimiento de quienes están sujetos a su ejercicio.

Es mediante el ejercicio de la autotutela de potestades unilaterales y exorbitantes, que se pone de manifiesto la supremacía de los gobernantes y la subordinación de los gobernados a través los siguientes recursos: 1) Humanos (servidores públicos); 2) Materiales: los bienes públicos; 3) Formales: las potestades unilaterales de carácter exorbitante, que actúan como medios formales que permiten a la administración pública satisfacer al interés general, y para conseguir ese objetivo puede ser necesario condicionar o forzar el comportamiento de los ciudadanos.⁹⁴

Las potestades públicas se vinculan a las funciones atribuidas a los órganos constitucionales, no desde el criterio orgánico, sino desde el criterio funcional, en que cada uno de los órganos desarrolla en cierta medida, funciones propias del otro órgano, es así que, aunque el legislativo es un órgano deliberante autorizado para elaborar leyes, también cuenta con facultades político-administrativas como la delimitación del territorio del Estado; el desafuero y juicio político son ejemplos de sus facultades político-jurisdiccionales; el Poder Ejecutivo se encarga de la correcto cumplimiento y ejecución de las normas, aunque además realiza funciones legislativas al expedir diferentes clases de reglamentos, haciendo uso de su facultad reglamentaria.

Por su parte, el Órgano Judicial, se encarga de asegurar la eficacia del sistema jurídico a través de la defensa de la Constitución y los derechos fundamentales, además de regular entre el legislativo y el ejecutivo, vigilando que no se invadan las esferas de sus competencias, aunque además desarrolla funciones administrativas dentro de su organización y para su buen funcionamiento.

2.2.1 Características de la Potestad Públicas.

- 1) *Poseen un carácter genérico*, en el que el “deber” se convierte a situaciones potenciales, que se concretan mediante su ejercicio, es decir,

⁹³ Blanquer, Derecho Administrativo, 154.

⁹⁴ *Ibíd.*

transformándolo en algo concreto y actual, lo que era algo simplemente genérico y potencial.

- 2) *Son irrenunciables*, pues quien las ostenta se encuentra obligado a ejercerla sin posibilidad de renuncia, pues este deber de ejercicio impide la frustración de su fin, o dicho, en otros términos, es una garantía del esfuerzo para la efectiva satisfacción del interés general.
- 3) *Son un título fiduciario en beneficio de un tercero* y por ello son de obligatorio ejercicio, es decir que la administración competente no puede decidir si ejercerla o no, puesto que su razón de ser es la satisfacción del interés general.
- 4) *Son intransferibles*, ya que solo se adquieren de forma originaria, que es lo que sucede cuando una norma atribuye la prerrogativa a la administración pública, las potestades pueden ser objeto de delegación o avocación, pero no son transferibles a un tercero; el origen de la potestad está en una norma imperativa, orientada a la satisfacción del interés general, por ello la trasmisión de la potestad implica la vulneración de la norma, y la lesión del interés general por ella protegido.
- 5) *Son Concretas*: Cuando además de determinar la facultad conferida, se identifica al órgano administrativo a quien se atribuye la competencia para ejercerla, se identifican los trámites procedimentales que deben despachar para ejercerlo o se concretan los límites que no se pueden rebasar en el ejercicio de la potestad, para la garantizar la seguridad jurídica.
- 6) *Específica*: La atribución es específica, cuando la ley determina la forma expresarse, es decir, que la ley identifica la técnica que debe utilizar la Administración para relacionarse con los ciudadanos (mandatos negativos o prohibiciones, autorizaciones, comunicaciones, inscripción, en un registro, entre otras técnicas de control de la actividad de los particulares)⁹⁵.

2.3 Potestades Públicas Originarias.

Existen tres tipos originarios de potestades públicas: la potestad legislativa, la administrativa y la jurisdiccional, tradicionalmente cada una de ellas era ejercida por un órgano constitucional diferente, ya que lo que se perseguía en su momento, como se abordó anteriormente, era conseguir un contrapeso institucional del poder, los sistemas constitucionales reconocen así tres poderes públicos fundamentales: el ejecutivo, el legislativo y el judicial.

No obstante, cada uno de éstos poderes, ostentaría en principio, un tipo diferente de potestades públicas, la evolución del sistema ha reconocido que las potestades públicas

⁹⁵ Gamero. Potestad Administrativa. 48

no permanecen nítidamente segmentadas conforme a criterios orgánicos, sino que los nuevos mecanismos constitucionales de articulación del poder reposan sobre bases diferentes, y deparan un entrecruzamiento orgánico de las potestades públicas, que no resultan adscritas individualizadamente a un órgano constitucional concreto, sino que se distribuyen y compartimentan entre varios de ellos.⁹⁶ Como consecuencia inevitable de ello, la distinción entre potestades públicas no es orgánica, sino que se efectúa en razón de su respectiva naturaleza o finalidad.

2.4 La potestad Legislativa

Es una potestad normativa sólo vinculada a la Constitución. La ley no se encuentra sujeta a control judicial, aunque sí a control jurisdiccional, representado El Salvador por la Sala de lo Constitucional (Art.183 Cn), lo que supone precisamente su subordinación a la Constitución y solo a ella. Conforme a la Constitución la función legislativa corresponde propiamente a la Asamblea Legislativa (Art 131 Ord. 5° Cn), pero también participa en ella el gobierno, mediante la presentación de proyectos (iniciativa de ley Art.133 Ord. 2° y 3°Cn), excluimos en este sentido la normación reglamentaria, que ostenta una naturaleza jurídica diferente por ser propiamente una potestad administrativa.

2.5 La potestad Jurisdiccional

Es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en aplicación del art. 172 Cn, La potestad jurisdiccional, se divide en jurisdicción ordinaria y la constitucional; la diferencia entre esta jurisdicción y la ordinaria, la establece el Art.183Cn. que establece que la Corte Suprema de Justicia por medio de la sala de lo Constitucional, será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio y a petición de cualquier ciudadano, mientras que el art. 172 Cn se refiere a la jurisdicción ordinaria configurada como control judicial, entendido como “aquella manifestación del poder jurisdiccional del Estado que se encuentra sometida a la Constitución y a la ley.

2.6 Potestad Administrativa.

Para Eduardo Gamero Casado, la potestad administrativa es un poder jurídico unilateral, atribuido conforme al principio de legalidad para la satisfacción del interés general, sometido a la ley y al control jurisdiccional (judicial y constitucional).⁹⁷

⁹⁶ De Otto y Pardo, afirman que “legislación, ejecución y justicia no son denominaciones que se aplican a órganos del Estado, sino que designan operaciones del Estado” desde el punto de vista de la teoría del Derecho, pues la separación de poderes no atiende a las distinciones formales que también existen entre los productos jurídicos emanados de cada órgano constitucional, ya que cada una de estas funciones puede ser desarrollada simultáneamente por órganos constitucionales diversos. De Otto y Pardo, “Las fuentes del Derecho” (Tecnos, Madrid, 1988, Ob cit Delimitación conceptual de la potestad administrativa. Eduardo Gamero Casado).

⁹⁷ Gamero, Potestad Administrativa. Pág. 75.

De conformidad con la definición anterior, según el autor, en la jurisprudencia española se existen tres elementos que permiten diferenciar la potestad administrativas de cualquier otras: 1) Su vinculación a la satisfacción del interés general, que constituye su carácter funcional, esto es un poder vinculado, dirigido a la satisfacción del interés general y cuando se dirige a un fin distinto del previsto, aunque fuera un fin público, se incurre en el vicio calificado como desviación de poder; 2) Su articulación mediante el principio de legalidad, es decir, su plena sujeción a la ley; 3) Su sujeción al control jurisdiccional y constitucional⁹⁸.

La potestad administrativa incorpora en su espectro, la potestad reglamentaria, o también llamada potestad normativa, en la cual se centra la presente investigación, es una potestad legislativa, que se atribuye como poder funcional. Y la nota distintiva de la potestad reglamentaria es la sujeción a la ley y al control judicial, por consiguiente, la potestad de dictar normas jurídicas sometidas a la ley y a control judicial es también una potestad administrativa, función que no solo se pueden desempeñar las normas dictadas en forma de ley, sino también, las subordinadas a éstas. Y es precisamente esta subordinación formal del reglamento a la ley junto a la reserva constitucional de ley en ciertas materias, lo que legitima la existencia de la potestad reglamentaria en el sistema constitucional y junto al control judicial de la potestad reglamentaria, permite distinguir ambos productos jurídicos: Ley y reglamento.

2.7 La Potestad Reglamentaria

Podría definirse *como la aptitud que tiene el Estado, en manos del Poder Ejecutivo, y en especial, la Administración Pública, que la habilita a emitir actos de alcance general que regula la institución de situaciones generales, objetivas y obligatorias*⁹⁹. Es decir, que constituye un acto unilateral de la administración que bajo sustento legal o constitucional permite que un órgano de la Administración Pública emita normas jurídicas generales y obligatorias, destinado a regular situaciones objetivas e impersonales, García de Enterría sostiene que “se llama potestad reglamentaria, al poder en virtud del cual la Administración dicta reglamentos; es, quizás, su potestad más intensa y grave, puesto que implica participar en la formación del ordenamiento.”

La potestad de dictar normas jurídicas sometidas a la Ley y al control judicial es también una potestad administrativa, la función normativa que no solo puede desempeñar las normas dictadas con forma de ley, sino también, las subordinadas a éstas y es precisamente esa subordinación formal del reglamento a la ley, junto a la reserva constitucional de ley en ciertas materias, lo que legitima la existencia de la potestad reglamentaria en el sistema constitucional y junto al control judicial de la

⁹⁸ Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, STS 29/11/95, A.A.280/96 ob cit Gamero Casado, Potestades Administrativas, pág.77.

⁹⁹ Rafael Heredia, “Límites a la potestad reglamentaria de la Administración pública,” Pontificia Universidad católica Madre y Maestra, República Dominicana, 2021 <http://www.researchgate.net/publications/34048>.

potestad reglamentaria, permite distinguir ambos productos jurídicos: la ley y el reglamento.¹⁰⁰

Al respecto, la Sala de lo Constitucional, precisó que *“La potestad reglamentaria es un poder de producción normativa, es decir, un poder para producir o crear disposiciones jurídicas abstractas y generales que vinculan a sus destinatarios y que tienen como fin el desarrollo de leyes o la creación de la estructura interna de un órgano estatal o un ente público,”* sostuvo además que el desarrollo de leyes se lleva a cabo mediante los llamados reglamentos de ejecución, mientras que la creación de la estructura interna de un órgano se realiza por la vía de los reglamentos autoorganizativos¹⁰¹.

Así mismo, la Sala de lo Constitucional, en reiterada jurisprudencia ha reconocido que la Ley frecuentemente necesita de la colaboración reglamentaria, señalando que *“la potestad reglamentaria ha sido reconocida como un medio indispensable para el cumplimiento de los fines de la Administración y como una exigencia inevitable ante la complejidad creciente de la dinámica social, a la que se responde mejor con la habitualidad, rapidez y continuidad de la producción reglamentaria.”*¹⁰² esto gracias al tecnicismo y especialidad de los órganos y entes administrativos con potestad reglamentaria que hacen posible redactar normas más precisas y de un mayor grado de complejidad en la aplicación de las leyes a la satisfacción de las necesidades e intereses de los ciudadanos.

En sintonía con los argumentos anteriormente planteados, y al consultar diferentes autores, se ha determinado que la Potestad reglamentaria y potestad normativa de la administración pública, son dos denominaciones que se refieren a la misma facultad conferida al órgano ejecutivo, por medio de un mandato constitucional (como es el caso de la potestad conferida al Presidente de la República, Consejo de Ministros, Corte de Cuentas de la República y Consejo Municipal); como los demás entes públicos cuya potestad normativa, es delegada a través de una ley especial en la que se le faculta para ello, que tienen como característica esencial que las regulaciones que pueden emitir en virtud de dicha potestad, se encuentra subordinada a la Constitución y a las leyes secundarias y que en la mayoría de los casos (reglamentos de ejecución, de funcionamiento interno, normas técnicas, circulares), son creadas para ejecutar una ley.

En este sentido, la Ley de Procedimientos Administrativos, en su título VI, utiliza la denominación “potestad normativa” para referirse al poder para producir o crear disposiciones jurídicas abstractas y generales que vinculan a sus destinatarios y que tienen como fin el desarrollo de leyes o la creación de la estructura interna de un órgano

¹⁰⁰ Gamero, Potestad Administrativa. 81

¹⁰¹ Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 26-2008. (El Salvador, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2009).

¹⁰² Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 13-2012, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

estatal o un ente público; puesto que el art. 159 LPA establece que tiene por objeto establecer las reglas básicas para el ejercicio de la potestad normativa que comprende la adopción de reglamentos, normas técnicas, planes, programas y cualquier otra disposición de carácter general, con independencia de la denominación que se adopte. Por tal motivo, el uso de la denominación Potestad normativa o Potestad reglamentaria se entiende como la misma, por lo que para efectos del presente trabajo se tomará como sinónimos.

2.7.1 Naturaleza de la Potestad Reglamentaria.

La doctrina ha expresado que la potestad reglamentaria, posee por finalidad hacer factible la ejecución de las leyes, a través de la precisión de las normas contenidas en ellas, sin contrariar su contenido esencial. Por consiguiente, al reglamento le corresponde regular los aspectos no esenciales, es decir, aquellos aspectos complementarios o de detalle.

Al respecto la Sala de lo Constitucional, en su sentencia de inconstitucionalidad 16-95 destacó que existen por lo menos 2 tesis que pretenden fundamentar dicha potestad: (i) La delegación de poderes legislativos, que parte del supuesto de que la potestad para emitir disposiciones generales e impersonales entre ellas las reglamentarias, que se reviste de naturaleza materialmente legislativa, por lo que, según el principio de separación e independencia de órganos, corresponde a la Asamblea Legislativa, y si se le ha conferido a la Administración, es porque ha habido una delegación del Órgano Legislativo en favor de ella; y (b) La tesis de los poderes propios, según la cual el ejercicio de la potestad reglamentaria supone el ejercicio de potestades que derivan directamente de la Constitución.

La citada sentencia precisó que la tesis aplicable a la Constitución salvadoreña, es *la tesis de los poderes propios*. Por tanto, el mencionado tribunal sostuvo que “[...] *la potestad reglamentaria, tanto en lo relativo a la organización interna como en lo relativo a la ejecución de las leyes, deriva de competencias que la propia Constitución otorga a la Administración, por considerar que su funcionamiento normal y cotidiano la requiere como un medio indispensable para el cumplimiento de sus fines*”. Esta postura había sido objeto de análisis previamente en la sentencia de 16 de julio de 1992, inconstitucionalidad 7-91, de acuerdo con la cual “[...] del contenido de la Constitución se deriva el principio de separación de poderes, de acuerdo al cual, la potestad reglamentaria sobre la materia que se administra está implícita en el órgano al que compete la ejecución o aplicación de la ley, precisamente para conservar su independencia y evitar la injerencia de otros órganos¹⁰³”

Finalmente, la Sala de lo Constitucional ha establecido que: “tendrán la naturaleza de reglamento, en su sentido material *las normas emanadas dentro de la función*

¹⁰³ Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 10-2020, (El Salvador, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2021).

administrativa, cuyo contenido esté subordinado a una ley, y que innoven el ordenamiento jurídico mediante la inclusión de una regla perdurable en el tiempo, destinada a una pluralidad indeterminada de personas. En ese sentido, la naturaleza reglamentaria material de un instrumento jurídico se establecerá con base en sus características esenciales de normatividad, generalidad, abstracción, perdurabilidad y subordinación legal, sin atender al sujeto que las haya emitido, y mucho menos, al apelativo del instrumento que las contiene¹⁰⁴.

2.7.2 Principios que rigen la Potestad Reglamentaria.

Debido a que en la práctica, los reglamentos son la fuente de más ilegalidad y arbitrariedad en el campo de la administración, tal como sostiene Agustín Gordillo,¹⁰⁵ no es en los actos individuales donde la administración despliega toda su arbitrariedad, sino en la redacción de largos reglamentos, pseudo normas generales que luego alegan limitarse a cumplir, cuando ellos mismos los ha preparado y emitido, por ello, es que es necesario establecer los principios rectores del ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que si bien todos los principios generales del derecho le son aplicables, es necesario hacer énfasis en los principios de legalidad, vinculación positiva, jerarquía normativa, reserva de ley y separación de poderes.¹⁰⁶ Ya que a su vez se convierten en limitación material al ejercicio de la potestad normativa conferida a la administración pública, razón por la cual se desarrollaran dichos principios en los límites materiales recién aludidos.

2.8 Límites a la Potestad Reglamentaria.

Partiendo de la premisa que la potestad reglamentaria es un poder condicionado, limitado, tanto por su misma finalidad como por disposiciones procesales que regulan su actuación bajo pena de invalidez, estas restricciones pueden ser de dos tipos: Formales y Materiales. Las primeras corresponden al procedimiento requerido para ejercer la potestad reglamentaria, como consecuencia del principio de legalidad o juridicidad. Las segundas corresponden al conjunto de principios que forman parte fundamental del Estado, los cuales no deben ser inobservados por quien ostenta dicho poder en el entendido de que, estos principios forman parte del ordenamiento jurídico y por lo tanto vinculan a quien ejerce el poder reglamentario¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 62-2020, (Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2020).

¹⁰⁵ Agustín Gordillo, “Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, (Tomo 1, Parte General, 1ª Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013). Pág. 316.-

¹⁰⁶ Rafael Augusto Heredia Santos, “Límites a la potestad reglamentaria de la Administración Pública” (Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 21 de febrero de 2021). ([PDF](#)) [LÍMITES A LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA \(researchgate.net\)](#)

¹⁰⁷ *Ibíd.*

2.8.1 Límites Formales.

Corresponden al procedimiento requerido para ejercer la potestad reglamentaria, como consecuencia del principio de legalidad o juridicidad. El elemento formal integra todos los componentes que genéricamente podemos calificar como formales-competenciales, procedimentales, de publicidad, etc., En este sentido, cabe destacar que no todos estos elementos coinciden en los distintos ordenamientos jurídicos de los que emanan esta clase de norma, no que los componentes de esta formalidad pueden ser objeto de variación dependiendo de la naturaleza de la Administración y sus formas procedimentales.

2.8.1.1 La Competencia.

Es importante señalar que el límite formal de competencia, se determina con un carácter significativo, puesto que si bien la administración pública está integrada por una pluralidad de sujetos, no todos los órganos de la Administración están facultados para emitir un reglamento, sino que el órgano debe contar con la atribución necesaria para desarrollar dicha acción, de este modo, la competencia de un órgano debe estar formalizada y taxativamente establecida en alguna normativa positivizada, ya sea en la Constitución o mediante la ley¹⁰⁸.

2.8.1.2 La Jerarquía Normativa.

Se puede ver desde dos manifestaciones diferentes; la primera en cuanto a las normas jurídicas, estas se encuentran escalonadas, ubicándose el reglamento siempre por debajo de la ley y la Constitución, esto se debe a que la Administración posee un carácter instrumental, por encontrarse al servicio de la sociedad, y por tanto el reglamento supone una absoluta subordinación a la ley¹⁰⁹.

Y segundo, en cuanto a los órganos de la administración, los órganos subordinados se encontrarán sujetos a los actos y decisiones que emanen de su superior jerárquico. Por tanto, la organización y el rango de las normas será determinante para su ejecución, no pudiendo entonces, una disposición inferior vulnerar aquello que establezca una norma superior como puede ser una ley o la Constitución, es así como, las normas no se presentan con el mismo valor normativo, sino que en el caso del reglamento se subordina a otras de rango superior.

Al respecto, la Sala de lo Constitucional en sentencia de inconstitucionalidad 21.-2020/23-2020/ 24-2020/25-2020, estableció que: *“las zonas de reserva de competencias comprenden un margen de competencias indelegables distribuidas por la Constitución, cuyo ejercicio no puede ser obstaculizado, impedido u ordenado por otro órgano distinto al que se le atribuyen, a menos que esto sea la consecuencia*

¹⁰⁸ *Ibíd.*, 15

¹⁰⁹ *Ibíd.*

*normativa de un mecanismo de control institucionalizado en la norma fundamental o por el ejercicio de otra competencia que ella confiere.*¹¹⁰”

2.8.1.3 Los presupuestos procedimentales para la elaboración de reglamentos y demás normas administrativas.

Finalmente, se puede señalar como un límite formal los presupuestos procedimentales para la elaboración de los reglamentos, límite fundamental consistente en el establecimiento de una serie de pasos que han de seguirse por la administración que ostenta esta potestad, la observancia del procedimiento en cuestión tiene un carácter ad solemnitatem, de modo que la omisión y/o defectuoso cumplimiento del mismo arrastra la nulidad de la disposición que se dicte.

al igual que el procedimiento para dictar actos administrativos o resoluciones singulares, el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias juega una importante función legitimante, la observancia de unos trámites, establecidos por el ordenamiento jurídico, otorga al reglamento la necesaria legitimidad para establecer mandatos normativos en el marco que le fijan otras normas de superior rango.

Es el ejercicio de la potestad reglamentaria, el resultado de una actividad jurídica formalizadora, lo que significa que ésta no puede cumplirse de cualquier forma, sino que ha de desarrollarse conforme a un procedimiento prescrito con carácter general; éste procedimiento está establecido, como todos los procedimientos, con la doble finalidad de la garantía de la regularidad, la oportunidad y el acierto de la decisión (normativa), es decir, de la correcta formación de la voluntad del órgano competente, de un lado, y de otro los derechos e intereses de las personas o sectores sociales potencialmente afectados.¹¹¹

2.8.2 Límites Materiales

Son aquellos a los que se refieren al contenido del reglamento en sí mismo, aspectos que deben regir para que este último sea válido en esencia y conforme al ordenamiento jurídico, corresponden al conjunto de principios que forman parte fundamental del Estado, los cuales no deben ser inobservados por quien ostenta dicho poder en el entendido de que, estos principios forman parte del ordenamiento jurídico y por tanto vinculan a quien ejerce el poder reglamentario. Estos límites son: 1) La vinculación material a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; 2) Los principios generales del derecho, en especial los principios de interdicción de la arbitrariedad e irretroactividad de los reglamentos desfavorables; y 3) La reserva de Ley como límite constitucional a la potestad reglamentaria.

¹¹⁰ Sentencia de Inconstitucionalidad en acumulación de acciones, Referencia: 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020, (Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2020).

¹¹¹ Luciano Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Administrativo*, (10ª Edición, Tirant lo Blanch, 2020). Pág. 273.

2.8.2.1 La vinculación material a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Como se indicó anteriormente, los reglamentos se encuentran sometidos a la Constitución y a las leyes de manera forma por su ubicación en el sistema de fuentes, también se encuentra subordinados desde la perspectiva material, puesto que en su contenido los reglamentos no pueden transgredir el contenido de normas de mayor jerarquía.

La vinculación se puede ver desde dos perspectivas, dependiendo a su destinatario, esto es en cuanto a las formas de sujeción al ordenamiento jurídico, puesto que la administración pública como los ciudadanos, se encuentran sujetos a las leyes, esta vinculación se da de maneras diferentes, las personas se encuentran vinculados de manera negativa, permitiéndole todo aquella que la ley no prohíba (art 8Cn); mientras que la Administración Pública, se encuentran vinculada de manera positiva, puesto que la Administración solo puede hacer aquello para lo que está facultada o habilitada por la ley, (Art 86 Cn); por tanto, las competencias y capacidad de actuación de la Administración se encuentra determinado expresamente por la ley.

En esta línea de ideas, la Sala de lo Constitucional señaló que: *“nuestra Constitución se declara como norma suprema, por tanto, inspira y enmarca todo el resto del ordenamiento jurídico, disponiendo claramente en el Art. 246 inc. 2 Cn., que la Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos.”* Como resultado de esta supremacía constitucional, todo el ordenamiento jurídico se encuentra subordinado a la Constitución, tal como ordena el artículo 246 Cn., todas las leyes, reglamentos, ordenanzas y normas, deben ser ante todo congruentes con la Constitución y respetar sus preceptos; los mecanismos de protección, control e interpretación de la carta magna.¹¹²

2.8.2.2 Los principios generales del derecho, principio de interdicción de la arbitrariedad e irretroactividad.

Como se expresó en la parte de los principios de la potestad reglamentaria, es de vital importancia resaltar el papel que juegan los principios generales del derecho, como medida de validez de las normas, y la especial importancia en el caso de los reglamentos, puesto que de su inobservancia, resulta la invalidez de los reglamentos que infrinjan éstos principios al dotar a las normas reglamentarias de potestades sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales de una verdadera y propia eficacia retroactiva, capaz de incidir en situaciones individualizadas consolidadas o perfeccionadas antes de su entrada en vigor.¹¹³

¹¹² Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 26-2008, (Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2009).

¹¹³ Parejo Alfonso, Lecciones de Derecho Administrativo, 126.

En relación al principio de interdicción de la arbitrariedad, el mismo adquiere sentido en el entendido que la potestad reglamentaria es una potestad normativa, de naturaleza discrecional, en la cual su titular goza de una libertad de configuración de la norma al poder establecer libremente las determinaciones de su contenido. Sin embargo, la amplitud de esa libertad va a diferir de acuerdo con el tipo de reglamento, puesto que, en el caso de un reglamento independiente o dictado en base a una remisión legal en blanco, el grado de discrecionalidad será mayor que cuando es un reglamento ejecutivo, o dictado mediante una habilitación legal que fija límites concretos para su ejercicio¹¹⁴.

Desde este punto de vista, el principio de interdicción de la arbitrariedad constituye un parámetro de control judicial indispensable para los reglamentos, puesto que si bien no se puede determinar la forma en que éstos quedaran redactados, si pueden anularse en tanto estos carezcan de motivación suficiente, no resultaren razonables o si son manifiestamente arbitrarios.

Respecto del principio de irretroactividad, este se deriva del principio de seguridad jurídica, que exige que los individuos sepan de antemano a qué atenerse y que no se puedan ver sorprendidos por la aplicación de una norma no existente al tiempo de actuar. Por lo que resulta posible declarar nulo cualquier reglamento que disponga sanciones o consecuencias no favorables o restrictivas de los derechos de los individuos de manera retroactiva.

Al respecto, la Sala de lo Constitucional ha señalado que *“no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con las normas de producción anteriores, especialmente cuando la fuente de derecho que se cuestiona se produjo replanteando el sistema de creación jurídica vigente en el momento de su promulgación. No obstante, si el sistema de producción normativa vigente al momento de la emisión del reglamento disponía la reserva legal y la necesaria existencia de una norma habilitante o con la remisión requerida para el instrumento de desarrollo de la misma, entonces, el legislativo debe en atención a ello, emitir en la actualidad la ley formal necesaria que será desarrollada por un reglamento de ejecución*¹¹⁵.

En cuanto a la limitación de los derechos de los particulares, la Sala de lo Constitucional ha establecido que *“los actos del poder ejecutivo como decretos o reglamentos no tienen validez alguna para limitar derechos fundamentales, no son ni pueden asemejarse bajo ningún concepto a la ley formal, aunque por sus efectos materiales quedan sujetos al control constitucional”* Pues no es el Ejecutivo el órgano el que la Constitución instituyó para la creación de las leyes; por tanto, el abuso de la potestad normativa de ejecución, limitando derechos fundamentales usurpa una

¹¹⁴ Rafael Heredia, Límites potestad reglamentaria. 36

¹¹⁵ Inconstitucionalidad 41-2005.

función que la carta magna solo concedió al Órgano Legislativo (art. 86 inc. 1, 87 inc. final y 131 N°5 Cn¹¹⁶.

2.8.3 El Principio de Reserva de Ley.

Como lo establece la Sala de lo Constitucional, el principio de la reserva de Ley, “Es una técnica de distribución de potestades normativas a favor de la Asamblea Legislativa, en relación con ciertos ámbitos de especial interés para los ciudadanos.”¹¹⁷ Supone un límite material a dicha potestad en tanto excluye de estas ciertas materias que por su especial trascendencia para el orden jurídico no pueden ser desarrolladas por un reglamento, sino que deben ser previstas de manera exclusiva por una ley.

Para Carlos F. Balbín, el principio de Reserva de Ley, establece que: el poder de regulación del núcleo de las situaciones jurídicas es propio del Congreso (Asamblea Legislativa) y, además le está reservado a él; por tanto, el Poder Ejecutivo no puede inmiscuirse en ese terreno ni avasallar las competencias regulatorias del legislador, aun cuando éste no hubiere ejercido dicho poder (omisión regulatoria).¹¹⁸

La Sala de lo Constitucional, además ha sostenido que los derechos fundamentales son a la vez límite frente a la ley y objeto de su regulación. Claro ejemplo de ello es la idea de que el legislador no debe ser una amenaza para los derechos fundamentales, sino más bien su garantía mediante la reserva de ley y la determinación normativa. Frente a la vinculación negativa de la ley a los derechos fundamentales, en tanto que estos operan como tope o barrera a la libertad legislativa de configuración del ordenamiento jurídico, existe también una llamada vinculación positiva que impone al legislador una tarea de promoción de los derechos fundamentales.

La sala de lo Constitucional ha establecido la reserva de ley, como una garantía institucional y como técnica de distribución de potestades reguladoras a favor de la Asamblea Legislativa, en relación con ciertos ámbitos de especial interés para los ciudadanos. Esta preferencia hacia la ley surge de los principios que rigen la integración y el funcionamiento de dicho órgano, es decir, la democracia, el pluralismo, la contradicción, el libre debate y la publicidad, que le proporcionan una legitimación reforzada respecto de los demás órganos estatales y entes públicos con potestades normativas. En una manifestación más precisa, “*la reserva de ley implica, en principio,*

¹¹⁶ Habeas Corpus, Referencia: 148-2020 Ac. (Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2020)

¹¹⁷ Inconstitucionalidad 26-2008.

¹¹⁸ Carlos F. Balbín, *Manual de Derecho Administrativo*, (3ª Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Thomson Reuters, La Ley, 2015.

la prohibición de que órganos distintos a la Asamblea produzcan normas sobre la materia reservada."¹¹⁹

Cabe mencionar que este privilegio o centralidad de la ley, supone dos importantes premisas: 1) Que la ley es el factor central de estructuración y definición del ordenamiento jurídico; y 2) Que los aspectos más relevantes del sistema normativo son regulados por leyes formales-reserva de ley. La Reserva de Ley, constituye el principal límite a la potestad reglamentaria, por cuanto ni la ley puede definir en términos absolutos de forma libre su ámbito de actuación, regulando o dejando de regular determinadas materias, ni el reglamento puede actuar a su arbitrio en todas las materias no ocupadas por la ley¹²⁰.

No obstante, la zona de reserva de ley no significa, como apresuradamente podría pensarse que la Asamblea Legislativa es el único órgano del Estado con competencia para dictar normas, puesto que existen otros órganos y entes públicos a los que la Constitución y el ordenamiento jurídico reconocen potestad normativa. Por tanto, la reserva de ley se refiere más bien a un conjunto de materias, que, por así establecerlo la Constitución, le corresponden exclusivamente a la Asamblea Legislativa, y [...], la cual no está constituida por un único objeto, sino que se mueve en diferentes ámbitos, formando un conjunto heterogéneo de aspectos, relacionados con el patrimonio, la libertad, la seguridad y la defensa.¹²¹

Es importante señalar que la reserva constitucional de una materia a la ley no significa la prohibición total de acceso a la misma de la potestad reglamentaria, sino únicamente la exclusión absoluta de los reglamentos independientes, en el ámbito material, no cabe una regulación reglamentaria sin ley previa que la habilite para ello, de ahí que el grado de colaboración entre ley y reglamento difiere según las materias y los grados de remisión normativa¹²².

De esta forma, este principio se vuelve más exigente cuando se trata del desarrollo de derechos fundamentales, lo cual no significa que la reserva legal establecida en la Constitución sea absoluta, sino que admite la colaboración reglamentaria, siempre que no se altere el núcleo esencial del derecho fundamental concernido, esto supone entonces, que el reglamento simplemente pueda referirse a aspectos de organización o procedimentales, o en su defecto, a aspectos materiales que exijan una apreciación técnica o de circunstancias concretas variables que convenga separar de la regulación abstracta y permanente propia de las leyes.

¹¹⁹ Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 13-2012, (Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2012).

¹²⁰ Heredia, Límites a la potestad reglamentaria. 41.

¹²¹ Inconstitucionalidad 26-2008.

¹²² Parejo Luciano, Alfonso. *Lecciones de Derecho Administrativo*, (5ªed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012). 147

Al respecto, la Sala de lo constitucional en sentencia de inconstitucionalidad 21.-2020/23-2020/ 24-2020/25-2020, estableció que: “*las zonas de reserva de competencias comprenden un margen de competencias indelegables distribuidas por la Constitución, cuyo ejercicio no puede ser obstaculizado, impedido u ordenado por otro órgano distinto al que se le atribuyen, a menos que esto sea la consecuencia normativa de un mecanismo de control institucionalizado en la norma fundamental o por el ejercicio de otra competencia que ella confiere.*”¹²³”

A manera de ejemplo, en cuanto a la potestad sancionadora, la potestad reglamentaria tiene un carácter reducido, puesto que los reglamentos que se dicten en desarrollo de las leyes podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de infracciones o sanciones previamente establecidos en la ley, con el objeto de contribuir a la más correcta identificación de las conductas o a las precisas determinación de las sanciones correspondientes, pero sin llegar a tipificar nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla.

Por lo anteriormente expuesto, se puede advertir que la reserva de ley adquiere un valor primordial en la determinación de la relación y el reglamento, puesto que la misma se ve alterada por la técnica de la delegación o habilitación legislativa, en este sentido, la remisión normativa da cabida a una tipología de reglamento distinta a los reglamentos ejecutivos e independientes; los reglamentos delegados.

La legislación delegada es una necesidad que no altera la división de poderes, por cuanto el legislador siempre delega dentro de ciertos límites y puede reasumir en todo momento su potestad de legislar; por tanto, la delegación no solo debe estar sujeta a límites claramente establecidos, sino que también debe ser expresa y especial, instaurándose para cada caso y no en forma genérica, a fin de permitir su acotamiento por medio de límites materiales. En resumidas cuentas, la delegación no significa que el Poder Legislativo abandone sus responsabilidades y las transfiera a otro poder estatal, puesto que esto no puede hacerlo ningún órgano debido a que todo poder es antes una facultad, una función, por tanto, la delegación constituye un llamado que da la ley al reglamento para que este colabore en la regulación que ella misma hace. No es un cheque o una entrega formal en blanco, sino que es un requerimiento a la administración para que utilice su poder reglamentario propio en complementar una normativa concreta y determinada¹²⁴.

De acuerdo con la doctrina europea, puede funcionar de dos maneras distintas: Como una Reserva Absoluta y como una Reserva Relativa. La reserva absoluta implica que la ley en sentido forma regula por sí misma toda la materia reservada, de tal forma, que

¹²³ Sentencia de Inconstitucionalidad en acumulación de acciones. Referencia: 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020, (Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2020).

¹²⁴ Heredia, Límites a la potestad reglamentaria. 46

queda completamente excluida de la acción del ejecutivo y los entes autónomos, y, en consecuencia, de sus productos normativos.

En cambio la reserva relativa implica que la ley en sentido formal no prohíbe totalmente el acceso a la misma a otras potestades normativas, admitiendo su colaboración, en estos casos, la ley se limita a establecer los aspectos básicos de la materia, remitiendo sus aspectos complementarios a otras fuentes del derecho inferiores, aunque la ley debe establecer los criterios y directrices de la regulación subordinada, así como una delimitación precisa de su ámbito, es decir, que la norma remitente renuncia deliberadamente a agotar toda regulación y consciente de ello, llama a otra norma para que la complete¹²⁵.

Al respecto, la Sala de lo Constitucional ha instituido que: “en las cuestiones sometidas a reserva relativa, la colaboración que el reglamento presta a la ley, para ser constitucionalmente admisible, no sólo exigirá una ley previa, sino que también debe respetar el contenido fijado por dicha ley –como en las materias no reservadas–. Solo así puede armonizarse, por un lado, el reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria y, por otro lado, las reservas de ley contenidas explícita o implícitamente en la Constitución. - La colaboración que el reglamento de ejecución presta a la ley formal debe limitarse al cumplimiento de la regulación legal. Cuanto más detallada sea la ley, menos margen habrá para el desarrollo del reglamento remitido. De aquí que el problema sea delimitar hasta qué punto puede llegar la sumariedad de la ley para que el reglamento, por falta de referencias previas, no se convierta en algo independiente de ella y, por tanto, inconstitucional¹²⁶.”

Para que la reserva de ley relativa goce de legalidad debe cumplir con los siguientes requisitos: 1) Una regulación sustantiva de la materia, que deliberadamente no pretende ser exhaustiva; 2) La determinación de instrucciones, criterios o bases que, sin llegar a suponer una regulación agotada, resulten lo suficientemente expresivos como para que, a partir de ellos, pueda luego desarrollarse la normativa; 3) Una habilitación expresa o tácita a una norma inferior a la ley para que efectúe una regulación de la materia, que sin esta habilitación, resultaría inconstitucional y cuya realización no ha de exceder las instrucciones legales.

Cabe mencionar que en la Ley de Procedimientos Administrativos, establece límites materiales para el ejercicio de la potestad normativa por parte de la administración pública dotada con tal potestad, se identifican los siguientes; 1) La Jerarquía, puesto que toda regulación emitida deberá estar sujeta a la constitución y a las leyes; 2)

¹²⁵La Sala de lo Constitucional, sostiene que tal reserva de ley en su carácter relativo, no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí excluye que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, de tal manera que el reglamento puede realizar solamente una ordenación complementaria y subalterna de misma materia reservada. Inconstitucionalidad 26-2008.

¹²⁶ Inconstitucionalidad 41-2005.

Reserva de Ley: Ya que cualquiera que sea la denominación que adopte la regulación administrativa, solo podrá cumplir siempre una función de desarrollo o colaboración con respecto de la ley, por tanto no podrá tipificar infracciones, ni sanciones administrativas, establecer delitos ni penas, ni tributos, no exacciones para fiscales u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público¹²⁷.

En cuanto a los límites formales, la LPA se limita a enunciar que previo a la decisión de regular o no regular se debe realizar una evaluación de impacto regulatorio, de conformidad con los lineamientos que dicte el organismo a quien corresponda vigilar el cumplimiento de la política de mejora regulatoria y es la ley de mora regulatoria, la que complementariamente desarrolla estos límites.

2.9 Titularidad de la potestad reglamentaria

Existen diversos titulares de la potestad reglamentaria en nuestro régimen constitucional. Así se desprende del art. 168 Ord. 14° Cn. La titularidad de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, para el caso de los reglamentos de ejecución; en los arts. 167 Ord. 1° y 159 inc. 1° Cn. se establece la potestad reglamentaria organizadora del Consejo de Ministros; los arts. 131 Ord. 1° y 167 Ord. 1° Cn en la potestad reglamentaria autónoma conferida a la Asamblea Legislativa y Consejo de Ministros; en el Art. 195 Ord. 6°, se faculta con potestad reglamentaria a la Corte de Cuentas de la República y en el Art 204 Ord. 5°Cn. se faculta con tal potestad a los Consejos Municipales.

Todas estas disposiciones constitucionales tienen como común denominador que consagran expresamente dicha facultad a los órganos y funcionarios anteriormente mencionados, concibiendo la potestad reglamentaria como una potestad originaria, en cuanto emana directamente de la Constitución, y no de la ley.

Esto podría inducir a pensar que la potestad reglamentaria no debe respetar el marco legal relativo a la materia regulada ni mucho menos necesita de una habilitación o remisión expresa por parte de la ley. Pero ello no es así, a manera de ejemplo se puede citar el ya referido Art 168 Ord. 14° Cn, establece que es atribución y obligación del Presidente de la República decretar los reglamentos que fueren necesarios para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponde; de lo que se deriva que son condiciones sine qua non para el ejercicio de la potestad reglamentaria: (i) la existencia de una ley previa, y (ii) la necesidad de viabilizar su implementación¹²⁸.

Es importante destacar que la potestad reglamentaria, puede ser reconocida por la ley, es decir, el otorgamiento de competencias normativas por parte del legislador a autoridades administrativas diferentes a las ya mencionadas, con el propósito de que éstas regulen materias específicas o determinadas, bajo la teoría de la delegación

¹²⁷ Art. 161 LPA

¹²⁸ Inconstitucionalidad 26-2008.

legislativa.¹²⁹ Finalmente, es importante concluir que el alcance de la potestad reglamentaria depende del contenido de la ley que pretende ejecutar. Si es materia no reservada basta que el reglamento respete el contenido determinado por la ley; en cambio, cuando es materia sujeta a reserva (relativa) debe existir una habilitación o remisión legal. Estas exigencias van implícitas en el contenido constitucional de la potestad reglamentaria, por lo que su desconocimiento implica per se una violación del art. 168 Ord. 14° Cn¹³⁰.

2.10 Del Reglamento

Desde un criterio corriente, podría conceptualizarse como cuerpos normativos, generalmente emanados del órgano ejecutivo y que tienen como fin el desarrollo de leyes o la creación de la estructura interna de un órgano estatal o un ente público.

Desde una perspectiva jurídica, la potestad reglamentaria supone el ejercicio de poderes propios de la Administración, la cuales derivan directamente de la Constitución, y puede decirse que ésta otorga a la Administración la potestad reglamentaria, considerando su funcionamiento normal y cotidianamente dinámico la requiere como un medio indispensable para el cumplimiento de sus fines.

Para José Luis Peñaranda Ramos, “*el reglamento es la norma jurídica dictada por el Poder Ejecutivo (Gobierno y Administración), de rango inferior a la Ley y que, por esa razón, resulta controlable por los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Su naturaleza normativa, su procedencia del Gobierno o Administración Pública y su rango inferior a la Ley y su control judicial, son pues sus rasgos característicos.*”¹³¹

Por lo anteriormente expuesto, deben entenderse sin perjuicio de que el reglamento pueda regular cuestiones de detalle o técnicas de las que la ley, por su carácter general y vocación de permanencia, no puede ni debe ocuparse; que el reglamento también puede intervenir, en general, en todas aquellas cuestiones que por su naturaleza cabe considerar de poca o nula incidencia en la esfera jurídica de los ciudadanos. Asimismo, el reglamento puede contener disposiciones que simplemente retoman o concretan principios generales del derecho. Esta enumeración de supuestos no debe entenderse en un sentido taxativo, sino meramente ilustrativo, ya que las formas concretas que la colaboración normativa entre el reglamento y la ley adopta son múltiples y heterogéneas.

¹²⁹ Edgar González López, *Nuevas Tendencias del Derecho Administrativo: Conmemoración de los primeros 20 años de la Especialización en Derecho Administrativo*, (Pontificada Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, Tirant lo Blanch, 2020). 190

¹³⁰ Inconstitucionalidad 41-2005

¹³¹ José Luis Peñaranda Ramos, *El Reglamento como Fuente específica del Derecho Administrativos y el Principio de Legalidad*, (Madrid, Universidad Carlos III, Madrid). Pág. 83

La Sala de lo Contencioso Administrativo, retoma la definición de Luciano Parejo Alfonso, estableciendo que: *“El Reglamento lo constituye una norma escrita estatal emanada del poder ejecutivo y subordinado jerárquicamente a las normas, con rango y fuerza de la ley formal. De lo anterior se deduce que dicha ley formal es la Proveniente del plus de legitimación que posee la Asamblea Legislativa, por sobre el resto de órganos estatales y entes públicos con potestad normativa, en virtud de que recoge y representa la voluntad general.”*¹³²

2.10.1 Elementos esenciales del reglamento

1. Su carácter normativo;
2. Su semblante secundario a la ley;
3. Su emisión de un órgano o autoridad dotado de una potestad atribuida expresamente por el ordenamiento jurídico;
4. El cumplimiento de ciertas solemnidades en la emisión de los reglamentos;
5. Su imposibilidad de invadir las materias reservadas a la ley¹³³.

2.10.2 Clasificación de los reglamentos.

Dentro del género reglamentos, se comprenden como especies, en primer lugar, a aquellos emanados del Poder Ejecutivo, aunque como sostiene Rafael Heredia, también incluye los actos de alcance general emanados del jefe de gabinete, decisiones administrativas de los ministros o de los órganos jerarcas de los entes descentralizados¹³⁴.

La clasificación adoptada por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, parte desde la perspectiva que la relación de los reglamentos con la Ley y que ésta condicione la derivada de los efectos de las normas reglamentarias, como son los ejecutivos o secundum legem, independientes-autónomos o extra legem, y los de necesidad o contra legem. Es normal y frecuente que la ley no complete en todo su detalle la regulación de la materia que constituye su objeto, concentrándose en aspectos más principales, generales y más perdurables que el de la regulación, descargando la decisión sobre los aspectos secundarios y particulares en el poder ejecutivo para que las ordene mediante normas reglamentarias (menos solemnes y más flexibles y por ello más fácilmente adaptable a la evolución y las exigencias de la realidad); así como, en todo caso, más aptas para resolver las cuestiones técnicas¹³⁵.

¹³² Sentencia de Ilegalidad, Referencia: 310-2009, (Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia, 2009).

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ *Ob cit* pág. Cita 90

¹³⁵ Sentencia 310-2009, Sala de lo Contencioso Administrativo.

2.10.3 Los reglamentos de ejecución o ejecutivos:

Según Julio Comandira, “*son los que dicta la Administración pública en ejercicio de facultades normativas propias, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador.*”¹³⁶

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional en cuando al Reglamento de Ejecución, define que: “*Los reglamentos de ejecución son aquellos que se emiten para establecer los medios instrumentales que posibilitan la aplicación de una ley formal*”. Pero, aparte de realizar esta actividad meramente ejecutiva, el reglamento de ejecución también cumple una función normativa complementaria, la cual consiste en hacer operativas disposiciones que por su generalidad son inaplicables a los ciudadanos, o en disciplinar algunas cuestiones que la ley ha remitido al reglamento por algún motivo, como puede ser el carácter excesivamente técnico de la regulación o la necesidad de actualizarla frecuentemente.¹³⁷

La Sala de lo Contencioso Administrativo, sobre el mismo tema define a los reglamentos de ejecución como aquellos que en ejercicio de atribuciones constitucionales propias (Art. 168 núm. 14° Cn) emite el Poder Ejecutivo para hacer posible, o más bien conveniente, la aplicación o ejecución de las leyes llenando o previendo detalles omitidos en ésta que aunque subordinados a la ley, la complementan regulando los detalles indispensables para asegurar no solo su cumplimiento, sino también los fines que se propuso el legislador¹³⁸.

De lo cual resulta que los reglamentos de ejecución, contienen disposiciones que procuran facilitar la aplicación de la ley, cabe señalar que ejecutar la ley no es dictarla; es decir, un reglamento no puede alterar el espíritu de la ley con excepciones reglamentarias. Podemos decir que la ley puede limitarse a establecer lo básico de la disciplina o materia, remitiendo el resto a otras normas, aunque la ley debe establecer los criterios y directrices de la regulación subordinada, así como una delimitación precisa de su ámbito. Es decir, lo esencial radica en la circunstancia en que la norma remitente, en los casos habilitados, renuncia deliberadamente a agotar toda la regulación y, consciente de ello, llama a otra norma para que la complete, formando entre las dos un solo bloque normativo.

2.10.4 Reglamentos autónomos, independientes o constitucionales.

Son los dictados por la Administración Pública, en el ejercicio de una facultad constitucional propia, prescindiendo de cualquier ley anterior con la que medie algún tipo de ligamen o dependencia. Estos reglamentos regulan una materia encomendada

¹³⁶ Julio Rodolfo Comandira, et. Al. *Curso de Derecho Administrativo*, (en Prensa), (Tomos 2, *Revista de Derecho* 22.22, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, 2013). 189-191.

¹³⁷ Inconstitucionalidad 41-2005.

¹³⁸ Sentencia 310-2009, (Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia, 2012).

*por la Constitución de forma directa no teniendo relación con el desarrollo o ejecución de forma directa o teniendo relación con el desarrollo o ejercicio de una ley (Praeter Legem o en ausencia de la Ley).*¹³⁹

Los Reglamentos autónomos, se encuentran dentro de la zona de reserva de la Administración, constituyendo normas generales que ésta dicta en el ámbito de materias correspondientes a dicha zona, prescindiendo de la existencia de una ley previa habilitante, en la cual directamente se interpreta y aplica la Constitución.¹⁴⁰

Para la Sala de lo Constitucional, los reglamentos autónomos o independientes se rigen por el principio praeter legem y son aquellos que no guardan relación directa con alguna ley en especial, sino de facultades propias resultantes de la Constitución; así los Arts. 131 Ord 1° y 167 Ord 1° facultan respectivamente a la Asamblea Legislativa y al Consejo de ministros para emitir esta clase de reglamentos¹⁴¹.

Para Luciano Parejo Alfonso, los reglamentos independientes únicamente expresan un triple dato negativo, que lo diferencia del reglamento ejecutivo, los cuales son: 1) No trae causa de una específica habilitación para su dictado por una ley precisa; 2) No tiene por objeto el desarrollo de una ley, en términos de complemento indispensable de la misma; 3) No puede, derogar, modificar normas con rango formal de ley o reglamento superior, así como tampoco incidir negativamente en derechos subjetivos o situaciones individualizadas perfeccionadas, lo que no significa en ninguna forma, ausencia de límites, ya que operan aquellos inherentes a la potestad reglamentaria, tanto los que resultan del ordenamiento jurídico en su conjunto, como los que representan a las leyes que rijan en el momento de su promulgación¹⁴².

Autores como Fiorini, afirma que estos reglamentos no son autónomos, puesto que se sustentan en el poder de organización que la Constitución reconoce a cada uno de los poderes estatales y que antes de definirlos como expresión de la competencia interna de la Administración Pública deberá destacarse que son inherentes y provienen de la organización y funcionamiento de cada poder. Sostiene además que los reglamentos autónomos o independientes tienen la finalidad de ordenar la vida interior de cada ente administrativo y tienen relación con sus agentes, sus actos, sus relaciones Inter orgánicas.

2.10.5 Los reglamentos delegados.

De acuerdo con el Dr. Henry Mejía, son también llamados reglamentos de habilitación o de integración, son emitidos por el órgano ejecutivo o por otro órgano de la

¹³⁹Ob cit en Ricardo Mena Guerra, “Una Aproximación a las fuentes en el derecho administrativo, desde la óptica del ordenamiento jurídico salvadoreño,” 1ª Edición, San Salvador, 2009.

¹⁴⁰ Comandira, Curso de derecho Administrativo. 35.

¹⁴¹ Sentencia referencia 41-2005, (Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia, 2013).

¹⁴² Parejo. Lecciones de Derecho Administrativo. 259.

Administración Pública, previa delegación del Poder Legislativo, dichos reglamentos norman materias propias del legislativo por que se requieren de una ley formal que haga tal habilitación.¹⁴³ Para el Caso de El Salvador, el art 86 Cn., prohíbe la delegación de funciones de los órganos de gobierno, por lo cual esta clase de reglamentos no es posible decretarlos.

Doctrinariamente, corresponden a los actos de alcance general normativo dictados por el Órgano ejecutivo o eventualmente, por otros órganos de la Administración Pública, sobre materias propias de la competencia del Órgano Legislativo, con base en la autorización previamente acordada por éste mediante una ley formal. En esta clase de reglamentos el elemento esencial es la existencia o no de la transferencia del ejercicio de la competencia legislativa, sea total, llana o incondicionada, o en cambio limitada o circunscripta por límites de diverso alcance, como restricciones cualitativas o de carácter temporal¹⁴⁴.

2.10.6 Reglamentos de necesidad y urgencia.

Son los aquellos dictados por el Ejecutivo en materias que la Constitución reservó al legislador, con fundamento en la existencia de un estado de necesidad súbita que tornare imperiosa una solución normativa inmediata siempre que no fuere posible obtener respuesta del Congreso con la premura exigida por la situación.¹⁴⁵

Para el jurista José L. Peñaranda, los reglamentos de necesidad (contra legem) son normas reglamentarias que dicta la Administración con carácter excepcional y transitorio, para hacer frente a situaciones de emergencia, que faculta a ciertos funcionarios para adoptar las medidas necesarias en supuestos de calamidades públicas o situaciones de riesgo para las personas y bienes, con la obligación de dar cuenta al pleno¹⁴⁶.

De acuerdo con la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, “la competencia del Consejo de ministros para adoptar el régimen establecido en el art. 29 inc. 1° y 167 Ord 6° Cn. debe interpretarse como algo muy excepcional, en el caso que la Asamblea Legislativa no estuviere reunida, dicha reunión o sesión legislativa no puede entenderse como “de momento no está en sesión o no está sesionando”, sino como un impedimento proveniente de fuerza mayor o de caso fortuito que coloque a los diputados de la Asamblea Legislativa en la imposibilidad de sesionar. De manera que el Presidente de la República no está habilitado para declarar un estado de emergencia por el solo hecho de que aquella no esté sesionando. Para que pueda hacerlo, es condición necesaria que a la Asamblea Legislativa le resulte imposible sesionar de acuerdo a lo anteriormente

¹⁴³ Henry Alexander Mejía, *Manual de Derecho Administrativo*, (1ª Edición, Editorial Cuscatlán, El Salvador, 2014).

¹⁴⁴ Comandira, Curso de derecho Administrativo.

¹⁴⁵ Ricardo Mena, Una propuesta alas fuentes del derecho administrativo. Pág. 81.

¹⁴⁶ José Luis Peñaralda, *El reglamento como fuente del Derecho administrativo*. Pág. 47

mencionado. Ahora bien, cuando el Presidente haga esta propuesta, la Asamblea Legislativa tiene la responsabilidad de sesionar con urgencia, sin más trámite que el de la convocatoria, para deliberar la propuesta de emergencia. Y esto es así, aunque se esté en días y horas inhábiles.¹⁴⁷ Razón por la cual, se sostiene que este tipo de reglamentos no es permitido en El Salvador.

2.10.7 Los reglamentos internos de los órganos del Estado

Dentro de la Clasificación de reglamentos, se encuentran los reglamentos internos de los Órganos estatales cuyo fundamento constitucional, de acuerdo con la Sala de lo Constitucional, es el principio de separación e independencia de los órganos, establecido en los arts. 86 inc. 1° y 87 inc. 3° Cn., de lo que prescriben los arts. 167 Ord. 1° y 159 Cn, el art. 168 atrib. 11ª Cn. La interpretación sistemática de tales disposiciones indica que en aquellos aspectos que integran su ámbito de atribuciones y competencias, el Órgano Ejecutivo y, en particular, el Presidente de la República, poseen una competencia para autoorganizarse por iniciativa propia, estableciendo, según sus necesidades, la estructura de sus unidades administrativas dependientes¹⁴⁸.

Cabe mencionar que la autonomía normativa conferida a los órganos constitucionales y demás entes gubernamentales dotados con potestad normativa, en la elaboración de los reglamentos de organización no son nunca un fin en sí mismo, sino un instrumento destinado a proveer la satisfacción de los fines institucionales que tienen estos encomendados por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, el ámbito en el que se desarrollan estos reglamentos, son por definición, siempre limitado, vinculándose estrechamente a las necesidades tanto estructurales u organizativas como funcionales que tienen los mismos, es decir adecuados a la realidad institucional del órgano en cuestión. De ahí que su extensión varíe necesariamente de un órgano a otro, aunque sea posible establecer unas pautas generales, un mínimo común denominador, presente en todos ellos¹⁴⁹.

Estos reglamentos se dictan en virtud de una habilitación de la ley, o a un reglamento de mayor jerarquía y tienen como finalidad, entre otros aspectos, el establecer la estructura de los órganos, sus competencias internas, forma de relacionarse con otras entidades y con los ciudadanos, los efectos de estos reglamentos in strictu sensu es para la misma administración, es decir, con efectos ad intra.¹⁵⁰

En este mismo orden de ideas, la Sala de lo Constitucional ha señalado que: “Los reglamentos autoorganizativos son del tipo de reglamento que se ocupa de la estructura y organización de las unidades administrativas dependientes del Ejecutivo (aunque

¹⁴⁷ Inconstitucionalidad 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020.

¹⁴⁸ Inconstitucionalidad 10-2020.

¹⁴⁹ José María Porras, “Fundamento, Naturaleza, Extensión y Límites de la Potestad Reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial.” (Revista de Estudios Políticos Nueva Época, Núm. 87, marzo 1995).

¹⁵⁰ Mejía. Manual de derecho Administrativo. 90

derivativamente puedan incluirse en el mismo las relaciones con agentes, usuarios y colaboradores de los servicios administrativos que se encuentran en una situación subordinada a la organización de la Administración).

Como todo cuerpo normativo, los reglamentos auto organizativos poseen límites, los cuales de conformidad a jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional son¹⁵¹:

1. *Un carácter genérico-material*, consistente en que estos reglamentos de organización (constituyen un instrumento técnico para asegurar el cumplimiento de las funciones que por la Constitución y por la ley se atribuyen al Órgano Ejecutivo), por tanto, no puede tener más extensión que la necesaria para garantizar la independencia de tal órgano y el eficaz cumplimiento de tales funciones.
2. *Respeto por los ámbitos de atribuciones y competencias conferidas a los otros órganos estatales*, ya que por la vía de los reglamentos de organización no se puede transferir una competencia de un órgano a otro que ha sido atribuida por la Constitución y por la ley.
3. *Respeto a ciertos límites formales* como la irretroactividad (art. 21 Cn.) y la reserva de ley.

Dentro de las normas administrativas de organización, no se circunscriben exclusivamente a los reglamentos de auto organización, sino, además las ordenanzas municipales, las circulares y los instructivos.

2.10.8 Las Ordenanzas Municipales.

Tienen su fundamento en el Art. 204 atribución 5a Cn. en la cual se le otorga al municipio la facultad de “decretar las ordenanzas y reglamentos locales.” En el Art. 2 del Código Municipal se le reconoce al municipio su calidad de “*Unidad política Administrativa primaria dentro de la organización estatal*” dotándola de autonomía para darse su propio gobierno, el cual está encargado de la rectoría y gerencia del bien común local, en coordinación con las políticas y actuaciones nacionales, gozando para ello de funciones de poder, autoridad y autonomía suficiente para decretar sus ordenanzas municipales y reglamentos locales.

Por tanto, la potestad normativa, es una característica inherente a su autonomía, definida por la Sala de lo Constitucional como: “*la discrecionalidad organizativa de autogobierno, para desarrollar competencias constitucionales y legales.*” Tal autonomía municipal, no la concibe únicamente como una forma de independencia del Estado, sino por cuanto su relación con las políticas estatales en general, sosteniendo además que “*la autonomía de que gozan las Municipalidades no es absoluta, sino, relativa, por cuanto el municipio forma parte del Estado, y en razón de ello todas las*

¹⁵¹ Inconstitucionalidad 10-2020.

*actividades a nivel local pueden estar vinculadas en un momento dado a los planes y programas del gobierno central.*¹⁵²”

El Código Municipal definió las ordenanzas municipales como: “*Normas de aplicación general dentro del municipio sobre asuntos de interés local (Art. 32) y a los reglamentos como “constitutivos de normas, disposiciones y mandatos sobre el régimen interno municipal y la prestación de servicios (Art. 33) y finalmente define a los acuerdos municipales como “Disposiciones específicas que expresan decisiones del Consejo Municipal sobre asuntos de gobierno, administrativos o de procedimientos con interés particular (art. 34)*¹⁵³” Al respecto, la Sala de lo Constitucional expresó que: “*En términos prácticos, las ordenanzas establecen vinculaciones entre el gobierno local y los habitantes del municipio normas –ad extra– mientras que los reglamentos como normas internas de la Administración –normas ad intra– no producen efectos directos más allá del concreto ámbito de la Administración.*”

Por tanto, se puede identificar que la diferencia entre ellos radica en que la primera se refiere a normas municipales cuya aplicación es de carácter general sobre cuestiones de interés municipal; el segundo, se refiere a la organización interna del gobierno municipal y de la prestación de servicios municipales y lo tercero, se refiere a actos administrativos que contienen decisiones del consejo municipal sobre asuntos específicos de su funcionamiento y/o de respuesta a un interés particular de una solicitud de alguno de sus ciudadanos.

En la misma Sentencia anteriormente aludida la Sala de lo Constitucional, estableció que las ordenanzas municipales y reglamentos locales son cuerpos normativos que *constituyen una herramienta idónea para incidir en la situación jurídica de los habitantes de un municipio y sirven para desarrollar en forma eficaz el funcionamiento de las competencias locales.* A manera de ejemplo se citan las potestades de policía, el uso de la técnica autorizatoria, la ordenación de espacios públicos y el ejercicio de la potestad sancionadora, entre otras.

Finalmente, es relevante indicar que las ordenanzas municipales constituyen actos legislativos con efectos generales y obligatorios, de sustancia y naturaleza jurídica normativa, al constituir leyes en sentido material, pero que su ámbito de aplicación se reduce a la circunscripción territorial del municipio y son una manifestación del ejercicio del poder político de la entidad local, al ser emanadas de un órgano de gobierno elegido mediante el sufragio popular, como una expresión soberana de la voluntad local¹⁵⁴.

¹⁵² Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 148-2014, (Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2017).

¹⁵³ Código Municipal, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1986).

¹⁵⁴ Ricardo Mena Guerra, *Una Aproximación a las fuentes en el Derecho Administrativo, desde una óptica del ordenamiento jurídico salvadoreño*, (1ª edición, Editorial Guanaxia, Centro de Estudios Jurídicos, San Salvador, 2009).

2.10.9 Normas técnicas e instructivos o circulares.

Además de los reglamentos en sentido estricto, existe una pluralidad de disposiciones emanadas de la Administración Pública (entendida desde la concepción objetiva, que incluye no solo al ejecutivo, sino a las a todos los entes públicos en cuanto ejerzan función administrativa); son disposiciones dictadas con el fin de conducir y ordenar la actividad de los órganos inferiores en la construcción jerarquizada del complejo Gobierno-Administración, es decir, de canalizar eficaz y regularmente el impulso y la información desde los niveles superiores a los subordinados para asegurar un funcionamiento coherente de la organización en su conjunto.¹⁵⁵

Estas normas reciben la denominación de instrucciones circulares, normas técnicas, son capaces de portar los más variados contenidos, desde el punto de vista sustantivo: pueden ser informativos, interpretativos o preceptivos, desde el punto de vista del alcance: son reglas generales y reglas singulares y órdenes de servicio, por tanto, no solo son reglas organizativas y directivas de la actividad de los inferiores, sino, incluso, materialmente equiparables a las estrictamente reglamentarias, son básicamente expresiones de la potestad autoorganizativa inherente a todo el poder constituido. Son normas específicas, que deben de respetar no solo las leyes, sino también los reglamentos vigentes, cuyo rango y eficacia vienen determinados por la posición jerárquica que en la estructura de la organización correspondiente posea el órgano autor de las mismas¹⁵⁶.

Este tipo de normas, se diferencian de los reglamentos, en base a que su pronunciamiento descansa en otros presupuestos diferentes a la potestad conferida a los entes públicos en la Constitución y la Ley, tenemos en primer término, que son facultades que tienen los funcionarios y/o jefes de servicio para ordenar la buena marcha y funcionamiento del servicio sobre las bases del principio de eficiencia y eficacia en la actuación de los órganos públicos. En segundo lugar, aparece la posición de supraordenación que estos detenta respecto de sus funcionarios dependientes, lo cual les permite dar órdenes generales y singulares para el cumplimiento de sus funciones. Por último, está el margen de discrecionalidad que el ordenamiento jurídico entrega a estas autoridades para adoptar las decisiones más acordes con los principios que han de regir toda gestión administrativa dentro de los márgenes fijados por la ley¹⁵⁷.

2.10.9.1 Normas técnicas.

Las normas técnicas en un sentido general, se pueden definir como: *normas administrativas que usa la administración pública para el mejor cumplimiento de las funciones que les fueron encomendadas*, pudiendo definirse de una forma más técnica

¹⁵⁵ Parejo. Lecciones de derecho Administrativo. 218.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, 219

¹⁵⁷ Eduardo Cordero Quinzaca, “Las Normas administrativas y el sistema de Fuentes.” (Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 17-º1, scielo, 2010). P 21-50

como “un documento establecido por el consenso y aprobado por un organismo reconocido, que suministra, para uso común y repetido, reglas, directrices y características para las actividades o sus resultados, encaminados al logro del grado óptimo de orden en un contexto dado.”¹⁵⁸

2.10.9.2 Circulares o instrucciones.

En cuanto a las circulares o instrucciones, se entienden como “normas que dictan los jefes de servicio en virtud de su potestad jerárquica o de mando, dentro del margen de discrecionalidad que le entrega el ordenamiento, para la buena marcha y funcionamiento de la entidad pública”.¹⁵⁹ Pueden cumplir distintas funciones jurídicamente relevantes: 1) Informar a los inferiores jerárquicos proporcionándoles datos o estadísticas; 2) Establecer directrices de funcionamiento o el estándar mínimo de prestación de un servicio público; 3) Reducir la discrecionalidad de los inferiores jerárquicos en la interpretación de las normas, o en la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados¹⁶⁰.

Es importante resaltar que las circulares internas interpretativas o aclaratorias, solo vinculan a los inferiores jerárquicos, por lo que mantiene su carácter de actos administrativos de carácter general y sin fuerza normativa, puesto que no gozan de capacidad para innovar el ordenamiento jurídico. Y no vinculan a terceros que son ajenos a la administración pública¹⁶¹.

2.10.9.3 Circulares de las administraciones independientes.

A diferencia de las anteriores, estas circulares con contenido normativo, dictadas por administraciones independientes, organismos de reguladores de actividades específicas, organismos controladores o fiscalizadores, investidos con potestad reglamentaria, emiten verdaderos reglamentos sectoriales que innovan el ordenamiento jurídico y vinculan a terceros ajenos al ámbito interno de la estructura organizativa de esas organizaciones independientes.

A diferencia de las administraciones municipales, que están investidas de una potestad reglamentaria general, que pueden ejercerla en relación a cualquier materia, las administraciones independientes o reguladoras, su potestad normativa esta circunscrita al ámbito de aplicación de la materia concreta, reducido al específico mercado económico de que se trate, es decir, que la potestad funcionalmente está constreñida a los ámbitos materiales que le son propios. Tal diferencia se fundamenta en que, en el caso de la potestad reglamentaria del gobierno, hay una competencia originaria, atribuida por la propia Constitución, como es el caso del Presidente de la República y las municipalidades, en tanto que la potestad reglamentaria de las autoridades

¹⁵⁸ Mena. Aproximación a fuentes en Derecho Administrativo. 105

¹⁵⁹ Cordero. Normas administrativas y sistema de Fuentes. 29

¹⁶⁰ Blanquer. Derecho Administrativo. 246.

¹⁶¹ *Ibíd.*, 247.

reguladoras es *una competencia de atribución*, que de forma derivativa se confiere por la ley o un reglamento gubernamental, por lo que su aplicación se constriñe al ámbito material que le es competente. Vale la pena enfatizar que siempre debe existir una norma con rango o valor de ley que le confiera a la administración reguladora la titularidad de la potestad reglamentaria, pero en ocasiones además se necesita de otra habilitación más inmediata dispuesta en un reglamento aprobado por el gobierno o por un ministro, distinguiendo así dos escenarios: 1) Cuando la administración reguladora aprueba una norma reglamentaria en ejercicio de una habilitación directamente conferida en una ley; y 2) Cuando la ley atribuye la potestad normativa a la administración independiente, pero condiciona su efectivo ejercicio a una habilitación posterior y específica realizada por el gobierno o un ministro. (considero podría ser la

CAPÍTULO 3

LA CALIDAD DE LA REGULACIÓN.

3.1 La regulación normativa.

Para iniciar este capítulo, es necesario partir de la noción de **regulación**, definiéndola como “*Conjunto de normas jurídicas de distintos niveles jerárquicos que definen la participación de las personas o las empresas en un mercado, en un sector o una actividad económica o social. El proceso mediante el cual se establecen e implementan las reglas, pudiendo definir su pertinencia, importancia y efecto sobre el sujeto y objeto de la normativa.* Esto implica que el proceso de emisión de la normativa determina la calidad de la misma y tiene un efecto directo sobre los resultados o consecuencias en la política pública¹⁶².”

Para la OCDE, la regulación está compuesta por: “*el conjunto de instrumentos y de decisiones de carácter jurídico: la Constitución, la legislación formal, las normas con fuerza de ley, los decretos, las ordenanzas, las normas, las licencias, los planes, los códigos, e incluso a veces la reglamentación 'gris', como las recomendaciones y las instrucciones; por medio de los cuales los poderes públicos definen las condiciones en las que se han de comportar los ciudadanos y las empresas. Se puede comprobar que las leyes son sólo un subconjunto, ciertamente importante, de los textos que componen la reglamentación aplicada en un país*¹⁶³”

De lo anterior, se puede establecer que la regulación es una función esencial del Estado, que tiene el poder de promover, procurar y preservar el desarrollo de un país, por tanto, podría decirse que *la regulación se crea con el fin de establecer las reglas de juego que regirán en las diferentes relaciones de los agentes que conforman una sociedad.*¹⁶⁴ Debido a que la calidad en el proceso de emisión de la normativa, tiene un efecto directo sobre los resultados previstos, una vez que se pone en marcha, tiene una influencia importante sobre el cumplimiento de los objetivos planteados y el posible beneficio neto potencial, ya que una regulación específica puede abrir o cerrar mercados, puede promover la eliminación de monopolios o su formación; puede generar barreras de entrada; puede reducir o impulsar los incentivos para innovar o emprender; etc.

¹⁶² OCDE, *El análisis de impacto regulatorio en el ciclo de gobernanza regulatoria. Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en el Gobierno Central del Perú: Estudio de Caso 2014-16.* (París 1019). Pág. 18. <http://doi.org/10.1787/9789264305809-es>

¹⁶³ Diana Vicher García, “La Reforma Regulatoria, Desde la perspectiva de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico,” *Revista Buen Gobierno*, núm. 3, julio-diciembre, (México, 2007), pp. 156. www.redalyc.org/articulo.oa?id#569660524005

¹⁶⁴ Dirección de Mejora Regulatoria, “Compendio de Legislación de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites.” Ministerio de Economía, Industria y Comercio, Costa Rica, 2018. <https://www.meic.go.cr/meic/documentos/7mfn8x9r1/manualregulacionessimples2.pdf>

También puede asegurar la calidad de los servicios públicos como la educación, la salud, etc.¹⁶⁵

En el ámbito nacional, se ha conceptualizado la regulación: *“como una actividad protagónica en el seno de la Administración Pública, con la participación de los poderes legislativo y judicial, cuya función es dictar normas jurídicas de contenido económico, social y técnico a las actividades económicas (regulación económica), a las actividades no económicas (regulación social), a los bienes privados, y a los bienes públicos, mediante prohibiciones, títulos habilitantes, autorizaciones, órdenes, establecimiento de derechos e imposiciones, de obligaciones sujetas a unos principios transversales y a una jerarquía normativa para que se cumplan unas finalidades u objetivos de interés general trazados por la Constitución o por la Ley.”*¹⁶⁶

3.2 Importancia de la Calidad de las Normas.

La relevancia de las normas tanto en rango de ley como reglamentario, tienen una profunda incidencia en la actividad económica y en el funcionamiento de los mercados, lo que demuestra que el desarrollo económico, la productividad y la innovación en los Estados se multiplican y crecen condicionados al entorno institucional y legal del país, es decir, que el marco regulatorio y el funcionamiento de los entes gubernamentales es que va generando las condiciones favorables o desfavorables para un clima de inversión y desarrollo de un país.

Por tanto, las normas jurídicas emanadas de todas las instituciones públicas, sin importar cual sea su rango, constituyen una de las principales herramientas con las que cuenta el Estado para desarrollar las políticas y acciones en distintas materias, cuyo contenido concreto es de gran importancia, al establecer mandatos, obligaciones y derechos que inciden en diferentes variables macroeconómicas (como el PIB, la inflación, productividad, la inversión y crecimiento económico etc.); por ello, tanto la forma, como el contenido de la regulación tienen un resultado directo y significativo en la actividad económica, ya que facilitan, condicionan, entorpecen o incluso imposibilitan el acceso al mercado y las transacciones de los operadores económico.

Es importante resaltar, que la calidad de las normas jurídicas se refiere tanto a su calidad técnica, que tiene que ver con la forma en que éstas son redactadas y que exige rigor, claridad expositiva y sistemática y también coherencia con el resto del Ordenamiento (calidad técnico-formal), pero también tiene que ver con su contenido, en la medida que la norma sea adecuada, necesaria y proporcional para alcanzar los objetivos normativos propuestos (calidad material). La evaluación del cumplimiento de estas condiciones se refleja en los respectivos procedimientos de elaboración y

¹⁶⁵ *Ibíd.*

¹⁶⁶ Henry Alexander Mejía, *VI Congreso de Derecho Administrativo*, Corte Suprema de Justicia, (Departamento de Publicaciones, San Salvador, 2019). Pág. 125.

formulación de las normas, que contemplen herramientas de diverso tipo destinadas a satisfacerlas.

La calidad formal de las normas, se refiere a la corrección técnica de las reglas concretas que en ellas se contienen, tanto de forma individual como en su conjunto, y exige no sólo claridad y precisión en su formulación, sino también la racionalidad, coherencia y unidad de la norma, el respeto a otras normas y a los principios básicos del ordenamiento jurídico en el que se integra. El control de la calidad formal de las normas emplea herramientas híbridas, de distinta naturaleza, para velar por la corrección teórica e institucional (dogmática) de las normas, su lógica y su formulación concreta, su organización y su colocación interna¹⁶⁷.

La inteligibilidad de la norma exige el empleo de un lenguaje adecuado, la identificación y delimitación precisa de los objetivos perseguidos y la articulación de un régimen jurídico sencillo, lógico y coherente para alcanzar esas finalidades. Debe evitarse mezclar otros propósitos o realizar intervenciones públicas heterogéneas en la misma norma jurídica, explicitando de manera detallada su régimen transitorio y las disposiciones preexistentes que se modifican o derogan, todo lo cual facilita la comprensibilidad de la norma por sus destinatarios, incrementando la previsibilidad en su aplicación y la seguridad jurídica¹⁶⁸.

3.3 Política Regulatoria.

Originalmente la política regulatoria concentraba sus objetivos en el ámbito económico, pretendiendo solucionar problemas para incentivar la inversión, el desarrollo económico y la ampliación de los mercados, pasando por diversas etapas: desde la teoría del “interés público”, luego formalizada en la teoría sobre fallas de mercado, hasta llegar la Teoría Económica de la Regulación, que entiende que el proceso político de toma de decisiones, responde a los mismos incentivos y puede ser estudiada utilizando conceptos semejantes a los de cualquier mercado: bien, oferta, demanda, precio y utilidad. Utilizando estos conceptos y sus formalizaciones, permiten intentar predecir qué mercados serán regulados, en qué medida lo serán y a quién beneficiará dicha regulación, llegando incluso a intentar predecir el resultado de la regulación, y proponer formas de intervenir en el proceso político para asegurar que el resultado sea más acorde con el interés público¹⁶⁹.

En la actualidad, La política regulatoria, pretende mejorar la calidad de las normas, partiendo desde una óptica integral, que puede fomentar la innovación, facilitar el ingreso a nuevos mercados, promover la adopción de estándares internacionales y

¹⁶⁷ *Ibíd.*, 335.

¹⁶⁸ *Ibíd.*

¹⁶⁹ Ministerio de Justicia y Derechos humanos, “Guía sobre el análisis de impacto regulatorio: Introducción a la Evaluación Post Regulatoria.” Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria (Perú, 2017). Pág. 15.

mejorar la competencia, así mismo, ayuda en el plano social trazándose objetivos como la protección del medio ambiente, protección a los consumidores y de los trabajadores, puesto que todo ello contribuye a una mayor productividad y crecimiento inclusivo¹⁷⁰. Por tanto, la definición de “regulación”, pasa a entenderse como una forma de intervención del Estado en la economía y el equilibrio de la sociedad ante las fallas del mercado, abriéndose a nuevas perspectivas de análisis, dejando de ser una noción puramente económica, puesto que también tiene que ver con la modificación de comportamientos, actuando como un mecanismo de control social, y como norma con objetivos específicos¹⁷¹.

Con esta visión más amplia se ha venido observando que la noción de regulación comienza a incorporarse objetivos sociales, que necesitan la colaboración del gobierno, resaltando así la necesidad de comprender que existen distintos aspectos a considerar por parte de los reguladores, de modo que se llegue a comprender que no solo el ámbito económico debe servir como centro de los diseños institucionales, sino que otras variantes confluyen y a la vez legitiman las decisiones de los reguladores; lo que no significa que la eficiencia deje de ser un factor importante en la creación de políticas públicas, sino expandir la regulación al bienestar de las economías y de la sociedad, lo que permite interpretar que tanto la regulación económica como social tienen cabida.

Según la OCDE, la noción de regulación, no se limita a las normas subordinadas provenientes del órgano ejecutivo, sino también las del legislativo e incluso de organismos no gubernamentales; abarcando así una variedad de instrumentos mediante los cuales los gobiernos establecen requerimientos para empresas y personas, dichas regulaciones incluyen leyes, órdenes de gobierno, así como normas procedentes de organismos no gubernamentales o auto reguladores en los que los gobiernos han delegado facultades en materia de regulación.

3.4 La Mejora Regulatoria.

La mejora regulatoria, funciona como una premisa fundamental para utilizar antes, durante y después del desarrollo de cualquier regulación emanada de una política pública independientemente de su naturaleza; pero también debe considerarse que la asunción e implementación de los principios e instrumentos base de la mejora regulatoria por parte de las administraciones públicas se configura en esencia, como una política pública en sí misma.¹⁷²

En ese sentido, la política de mejora regulatoria debe considerar a los beneficiarios de la protección regulatoria, así como aquellos que incurran en obligaciones en materia regulatoria. Las personas que tienen que ver con la regulación, y que son afectadas por ésta, abarcan a ciudadanos, empresas, consumidores y empleados (incluidas sus

¹⁷⁰ OCDE. Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en Perú. 5.

¹⁷¹ Latorre. Política de Mejora Regulatoria. 6.

¹⁷² Álvarez. Mejora de la Regulación en España. 2.

organizaciones y asociaciones representativas), el sector público, las organizaciones no gubernamentales, los socios comerciales internacionales y otros actores¹⁷³. Es importante señalar, que tal como lo señala la OCDE es sus recomendaciones, “*no siempre se puede definir el interés público como la suma de intereses de actores individuales; no obstante, la adopción de una perspectiva de política regulatoria orientada al público debe ser una meta del gobierno para evaluar el diseño y la implementación de la regulación e identificar oportunidades de mejora*”¹⁷⁴.

Por tanto, una buena regulación, debe cumplir, al menos, con los siguientes parámetros:

1) *Responder al interés público*: Lo que conlleva a definir el objetivo de las normas desde un punto de vista equitativo, que genere mayor valor público a la sociedad, puesto que frecuentemente se orienta el objetivo de la regulación a la “defensa de los consumidores” y, en la práctica, se termina beneficiando a empresas, cuando debería buscarse el bienestar común. No obstante, desde el punto de vista económico, el bien público equivale a tener acceso a más bienes a un menor precio. Esto, a su vez, depende de estar frente a un libre mercado. Desde este punto de vista, la finalidad de la regulación es reducir fallas de mercado¹⁷⁵, en otras palabras, acercar los precios al óptimo.

¹⁷³ OCDE, Recomendación sobre política y gobernanza regulatoria. 24.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, 22

¹⁷⁵ Frecuentes fallas de mercado: 1) Los Monopolios Naturales: Es la situación donde lo más eficiente es que haya un solo productor porque el costo marginal de producir un bien es decreciente (los costos hundidos son altos). Al aceptar e incluso promover un monopolio, el Estado admite la posibilidad de que la empresa monopólica cobre “precios monopólicos”, por lo que la regulación se hace necesaria. 2) Externalidades: Se da en el caso en que las actuaciones en un mercado tienen efectos en otro, sea positivo (dando un beneficio no contratado o pagado) o negativo (imponiendo un costo). Así, las externalidades se dividen entre “externalidades positivas” (o “bienes públicos”) y “externalidades negativas”. Así, un bien será “público” cuando su consumo sea “no exclusivo” y “no rival”. Ejemplo de Externalidad positiva-bien público: la defensa externa de un país; ya que beneficia a todos los habitantes de un país, aun cuando no participen de ella, existe lo que se llama “free-riders” o personas que se benefician sin pagar por algo. El efecto de los free-riders es que tienden a desincentivar la producción de bienes. La predicción es que, si el Estado no asumiera la defensa externa, nadie lo haría o se haría en una cantidad muy limitada. Existen otros casos donde, a pesar de que el bien tiene algunos elementos de “bien público”, el productor de ese bien tiene la posibilidad de internalizar las ganancias de producirlo. Este es el caso de la información, por ejemplo. Si las noticias tienen características de “bien público”, no obstante, las empresas de comunicaciones pueden internalizar los beneficios a través del cobro de publicidad en sus plataformas. Externalidades Negativas: Es la que genera una carga o un costo, el típico ejemplo de externalidad negativa es la contaminación ambiental. Para que una externalidad negativa pueda ser usada como una justificación para regular debe presentar dos características: debe ser suficientemente grande y no debe poder ser corregida por el mercado. 3) Asimetría Informativa: Existe asimetría informativa cuando una de las partes en una relación comercial no puede distinguir la calidad de los productos en un mercado. Muchas veces se confunde “asimetría informativa” con que las partes tengan diferentes niveles de información. Pero el que las partes no compartan toda la información es casi un presupuesto del mercado. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Guía sobre el Análisis de Impacto regulatorio. Págs. 14 - 16.

2) *Estar basada en evidencia*: requiere que el diseño e implementación de una regulación se sustente en hacer estudios o revisar estudios que ayuden a determinar cuáles serán los efectos y los costos de las empresas, puesto que muchas veces las normas responden a ideas preconcebidas acerca de asuntos de interés público, pero que no descansan en evidencia. Desde este punto de vista, el “sentido común” es enemigo de las regulaciones razonables.

3) *Haber sido dictada luego de seguir algún procedimiento de evaluación previa*: es decir, que la emisión una norma sea resultado de un procedimiento que procure que la regulación formulada responda a los objetivos propuestos, con base en evidencias. Por lo es ideal que, antes de expedirse una norma, se realice una evaluación que por lo menos incluya las siguientes etapas: definición del problema, evaluación de alternativas y definición de la alternativa elegida. En función a esto, una regulación adecuada, pasa por las siguientes etapas: i) Identificación de un problema que, en el caso de regulación económica coincide con las fallas de mercado. ii) Se propongan alternativas, dentro de las cuales se incluya también, la desregulación o “no hacer nada”. iii) Se comparen las alternativas entre ellas, usando la evidencia que se encuentre sobre sus posibles efectos y costos. y Finalmente, iv) Se precisa la alternativa que será escogida, utilizando entre otras, la información derivada de este análisis con inclinación económica¹⁷⁶.

En el ámbito nacional, la mejora regulatoria nace como una política pública, como un instrumento normativo estratégico para el crecimiento económico y la competitividad; que está orientada a garantizar la eficacia y eficiencia del ordenamiento jurídico con el fin de asegurar sus efectos positivos en la economía, aunque sin perder de vista la consecución de otros beneficios sociales y políticos que se enmarcan en las políticas de buen gobierno¹⁷⁷.

3.5 Definición de Mejora Regulatoria.

Etimológicamente, procede de los anglicismos “Better Regulation,” “Regulatory Reform” o “Smart Regulation”, conceptos de compleja traducción y concreción que se han ido definiendo, desarrollando y perfeccionando en el ámbito de la Unión Europea (UE) y de la OCDE, en las últimas tres décadas¹⁷⁸. La mejora de la regulación, buena regulación, regulación eficiente o regulación inteligente podría definirse como “*un conjunto de herramientas y principios de actuación en la intervención pública para garantizar que se cumplen los objetivos previstos al mínimo coste (eliminando los posibles “fallos de Estado” al reducir al mínimo el posible impacto negativo de la intervención pública). La mejora de la regulación es pues una amalgama de*

¹⁷⁶ *Ibíd.*, 18-19.

¹⁷⁷ Mejía, Congreso de Derecho Administrativo 2019. 121

¹⁷⁸ Dentro de los términos para referirse a la mejora regulatoria, también se incluyen los siguientes: Regulatory quality, deregulation, better lawmaking, regulatory policy, regulatory environment, quality of government regulation. Carlos Gómez Asencio, Better Regulation. Pág. 26

procedimientos y sistemas de funcionamiento que deben aplicarse durante todo el ciclo de intervención de una política pública en las diferentes fases ex ante, de ejecución y ex post (planeamiento, elaboración, aprobación, implementación y seguimiento, revisión y evaluación) para garantizar que ésta se realiza de la mejor forma posible¹⁷⁹.”

La OCDE introdujo el término Regulatory Reform, que se refiere al conjunto de reformas normativas, *revisión, refundación o reestructuración normativa*,¹⁸⁰ que afecta al derecho material de un Estado o a su proceso de producción legislativa; buscan mejorar la calidad de la regulación a través de un diseño normativo más eficiente, que mejore la rentabilidad de la normativa, procure la reducción de las cargas administrativas innecesarias y mejore la competitividad de los sectores con fuerte regulación pública¹⁸¹. Por tanto, la definición de Regulatory Reform, finalmente se define como: *“Aquellos cambios que mejoran la calidad de la regulación, es decir, mejoran el rendimiento, la rentabilidad o la calidad jurídica de la normativa y de las formalidades administrativas”*¹⁸².

Con base a lo anteriormente expuesto, el Dr. Carlos Gómez Asencio¹⁸³, concreta una definición más detallada del término Better Regulation, o mejora regulatoria describiéndola como *“una herramienta de control y promoción de la calidad de la regulación que partiendo de un adecuado marco político e institucional, y mediante el empleo de los instrumentos que le son propios, trata de garantizar que la normativa de un Estado sea respetuosa con los principios de racionalidad, proporcionalidad,*

¹⁷⁹ Marisa Álvarez Suárez, “La Mejora de la regulación en España como política Pública: Análisis y evolución.” Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. (España, 2017. 10.24965/gapp.v0i17.10413)

¹⁸⁰ Revisión que implica un proceso sistemático de análisis de la normativa vigente con el objetivo de localizar las posibles ineficiencias de la misma; Refundación, que consiste en agrupar en un solo cuerpo normativo la regulación dispersa en varias normas, a veces contradictoria entre sí, sobre una determinada materia. Reestructuración de un cuerpo normativo para mejorar la sistemática y funcionamiento del mismo. Carlos Gómez Asencio, Better Regulation. Pág. 28

¹⁸¹ Si bien es cierto el término Regulatory Reform es más amplio que Better Regulation, pues incluye no solo la mejora de la calidad de la regulación, sino también la reducción de los costes administrativos y la reforma normativa con el objeto de liberalizar sectores poco competitivos y mejorar la eficiencia económica en general. Por su parte, el término *better regulation o mejora regulatoria*, incorpora de forma progresiva otros instrumentos como la medición y reducción de costes administrativos, así como el objeto de mejora de la calidad de la regulación, bajo el corolario de la búsqueda de la regulación que promueva la competitividad y eficiencia económica. Carlos Asencio, Better Regulation, pág., 29.

¹⁸² La reforma puede significar la revisión de una normativa concreta, la descomposición y reconstrucción de un régimen normativo completo y de sus instituciones o la mejora de los procesos regulativos y la gestión de su reforma. La desregulación en cambio, es un subconjunto de la reforma regulatoria y se refiere a la eliminación total o parcial de la regulación sobre determinado sector con el objetivo de incrementar su rendimiento económico.¹⁸² Carlos Asencio, Better Regulation. pág. 59.

¹⁸³ Gómez. Better Regulation. 59.

transparencia, accesibilidad y claridad con el objetivo de favorecer el desarrollo económico y la promoción de la competencia.”¹⁸⁴

En ese orden de ideas, como se ha podido constatar, la calidad de la política regulatoria de un país es un tema que afecta tanto a ciudadanos como a las empresas y se relaciona con el diseño, evaluación y cumplimiento de la legislación. La obligatoriedad del uso de las herramientas de mejora regulatoria como la evaluación de impacto regulatorio (AIR) y la simplificación administrativa, las cuales varía según los países y regiones, y está determinada principalmente por el tipo de derecho que rige cada lugar, ya sea derecho anglosajón (consuetudinario) o derecho romano, por lo que independientemente del tipo de legislación, las recomendaciones de la OCDE, hacen referencia a la necesidad de un compromiso al más alto nivel político para la elaboración de políticas públicas de calidad. Por eso, evaluar la regulación es un tema que compete a todo el gobierno y tiende a involucrar la designación de un órgano o funcionario encargado de su supervisión¹⁸⁵.

Como se expresó anteriormente, la política regulatoria ha pasado por distintas etapas. Primero, se estableció un periodo desregulador, que posteriormente fue superado por un periodo de reforma regulatoria, al que le siguió un periodo de gestión regulatoria y posteriormente, una agenda de política regulatoria, ésta última marca la tendencia actual y permite afirmar que el alcance de la mejora y de la calidad de la regulación ha sido cada vez mayor, puesto que al reconocérsele el nivel de *política*, se introduce un conjunto de principios y herramientas para su implementación, con base en los cuales se pretende incidir en todos los organismos reguladores, como herramientas de esta política se han señalado: la evaluación de impacto regulatorio, la simplificación administrativa y las alternativas regulatorias, a la vez que se introducen principios y técnicas que pretenden dirigir los procesos de elaboración de normas (se desarrollaran posteriormente).

Bajo la visión amplia de regulación, podría decirse que la mejora regulatoria es una política que cubre a todo el Estado y que incide sobre todos los órganos reguladores en sus distintos niveles, (nacionales y supranacionales-municipales), pues busca integrar a diversos actores en el proceso de elaboración de regulaciones, en todos los niveles y entre todos los sectores, incluyendo hasta los poderes legislativo y judicial, además de incluir una mirada sistemática y transversal, definiéndola como una política de gobierno completo, diseñada para controlar que las regulaciones que se producen o modifican sean de calidad, esto es, vigilando que la regulación fomente el desarrollo no solo económico, sino social y ambiental, a la vez que aumente la deliberación y la legitimidad política de las autoridades regulatorias¹⁸⁶.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, 31

¹⁸⁵ OCDE. Recomendaciones del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria. 40

¹⁸⁶ Latorre. Política de Mejora Regulatoria. 10

Dentro de la política regulatoria se identifican dos elementos que la componen, y pueden ayudar a construir una interpretación sobre lo que se entenderá por calidad de la regulación. El primero de ellos es un *elemento procedimental*, que supone considerar que con esta política se pretende modelar o guiar el proceso de decisión regulatoria, pretende asegurar que se obtenga la mejor regulación. Y un *elemento sustantivo*; que se encarga de direccionar el contenido de la decisión regulatoria, es decir, se concentra en el contenido de la política pública que se va a regular, sobre cuales valores y que derechos y/o libertades se van a ponderar, a quienes se va a beneficiar principalmente, si predominará el beneficio social, el desarrollo económico o una mejora ambiental, etc.

Por tanto, cualquier perspectiva que aborde la noción de calidad regulatoria, le dará diferentes significados, dependiendo del área en que se aborde, ya sea desde el área económica, politológica o jurídica. Por ejemplo, desde una perspectiva económica, la calidad puede verse como eficiencia económica y ser este el eje prioritario, pero desde el punto de vista politológico o jurídico puede entenderse en un sentido más amplio, como la reunión de otras condiciones adicionales a la eficiencia que otorgan legitimidad política a la regulación¹⁸⁷. Por lo que se configura un escenario de tensión entre la eficiencia económica y la distribución de los beneficios sociales.

A nivel nacional, la mejora regulatoria se define como *una política pública plasmada en leyes, donde utiliza las mejores herramientas que contribuyen en la expedición o producción de normas, esto es, contribuyen en las mejoras de la función normativa del Estado*. Las herramientas no solamente consisten en herramientas administrativas o de trámite, sino también otros elementos, logrando con esto: a) una buena función estatal de regulación, b) Una buena calidad de regulación, y c) Una mejora en los contenidos de las normas¹⁸⁸.

En concordancia con ello, y aunque El Salvador, no es miembro de la OCDE; gracias al Convenio del Reto del Milenio, el día 13 de febrero de 2019, entró en vigencia, la primera norma con carácter de ley secundaria que regula la actividad normativa de la administración pública, sea ejercida por los entes propiamente administrativos o cualquier otro que ejerza función administrativa y se le haya conferido potestad normativa, creando un procedimiento estandarizado para todos los sujetos obligados,¹⁸⁹ llamada Ley de Procedimientos Administrativos, que de conformidad con su artículo 1 núm. 4, tiene como uno de sus objetivos: “Regular el ejercicio de la potestad normativa”. Dedicándole un título completo, llamado “Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Normativa”, que se compone de 4 artículos (Título VI, artículos 159 al 163) que decreta que *dichas disposiciones tienen por objeto establecer las reglas básicas para el ejercicio de la potestad normativa por parte de la*

¹⁸⁷ *Ibíd.*, 12.

¹⁸⁸ Mejía, VI Congreso de Derecho Administrativo. 126.

¹⁸⁹ Art. 3 LPA

*Administración Pública, la cual comprende la adopción de reglamentos, normas técnicas, planes, programas y cualquier otra disposición de carácter general, con independencia de la denominación que adopte*¹⁹⁰.

Este título, constituye un novedoso y significativo avance en derecho administrativo y especialmente, en la creación de una política de mejora regulatoria en El Salvador, ya que no solo regula el objeto de la potestad normativa, el principio de buena regulación, sus límites, sino además instaura un procedimiento estandarizado para la aprobación de normas generales e infra legales, en el que se incluye la participación ciudadana y la transparencia administrativa, como sustento de la buena gobernanza democrática, impulsada por las recomendaciones de la OCDE, y el derecho a la buena administración. Reconocido en la Carta Iberoamericana del Consejo Latinoamericano de Administración Pública (CLAD 2013) y de manera específica en el art. 16 LPA¹⁹¹.

Al respecto, el profesor Carlos Villanueva Martínez, afirma que: “*el contenido del título VI LPA, no se corresponde con exactitud a su denominación, ya que no solo trata sobre la potestad normativa, sino que destacadamente hace referencia al tema de mejora regulatoria y a la participación ciudadana en la elaboración de las propias normas administrativas de carácter general,*” haciendo la reflexión que ambos asuntos (mejora regulatoria y participación ciudadana) merecían, al igual que la potestad normativa un desarrollo más amplio del que se establece en el referido título, puesto que la regulación parece insuficiente, en la medida en que simplemente los enuncia sin desarrollarlos normativamente¹⁹².

Para efectos de la presente investigación, se concuerda con la postura del Profesor Villanueva, en el sentido que cuatro artículos no son suficientes para desarrollar el procedimiento para el ejercicio de la potestad normativa de la Administración Pública, dejando la duda si también sería aplicable a los concesionarios por ejemplo, puesto que el Art. 2 LPA, los incluye dentro del ámbito de aplicación de la referida ley; establece además a grandes rasgos el objeto de la ley, los principios rectores del ejercicio de tal potestad, así como sus límites, enunciándolos, pero sin un desarrollo un poco más profundo, así como la instauración del procedimiento que se debe seguir para la aprobación de normas específicamente, sin incluir la evaluación ex post para evaluar la eficiencia y eficacia de las normas ante los problemas que pretendía solucionar, sirviendo la LPA como una ley marco, con un pequeño núcleo duro, dejando al Presidente un amplio margen de desarrollo de la presente ley, al facultarlo para crear los reglamentos de desarrollo correspondientes¹⁹³. Cabe mencionar que a la fecha no se ha emitido ningún reglamento de desarrollo de la LPA y solamente existen

¹⁹⁰ Art. 159 inc. 1 Ley de Procedimientos Administrativos, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2018).

¹⁹¹ Mejía. VI Congreso de Derecho Administrativo. 124.

¹⁹² Jaime Rodríguez Arana-Muñoz. Et al., “Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos, Homenaje al Profesor José Luis Meilan”, (El Salvador, Editorial Cuscatlán, 2019). Pág. 275.

¹⁹³ Art.165 LPA.

lineamientos y formatos emitidos por el OMR, que están guiando la ejecución de esta política regulatoria a falta de los mencionados reglamentos.

Como parte de la política de mejora regulatoria salvadoreña, se crea un Sistema de Mejora Regulatoria, plasmado en la Ley de Mejora Regulatoria, cuyo objeto es *“asegurar la calidad de las regulaciones de los sujetos obligados,¹⁹⁴ para que sus regulaciones generen beneficios superiores a sus costos y el máximo beneficio para la sociedad, se eliminen exigencias y requisitos que sin fundamento o apartándose de las plataformas tecnológicas, los requisitos que afecten el clima de negocios, la competitividad, el comercio exterior y la atracción de inversores¹⁹⁵.”*

Dicha ley define la mejora regulatoria como: *“la Política pública orientada a formular regulaciones claras y mecanismos eficientes para su creación, aplicación y evaluación, para contribuir al adecuado funcionamiento de las actividades públicas y de la sociedad en su conjunto.¹⁹⁶”* Esta ley, podría decirse que complementa el título 6° de la LPA, ya que introduce los principios, define el ámbito de aplicación, los sujetos obligados, los fines que persigue la ley, así como detalla las herramientas de mejora regulatoria que serán preceptivas para la aprobación de una norma, y todo un sistema de mejora regulatoria, aplicable a: 1) Los procedimientos de elaboración de regulaciones; 2) La conformación, registro y consulta de trámites y 3) Los procedimientos de simplificación de éstos. Con lo cual se instaura la política de Mejora Regulatoria, que estará liderada por el Órgano Ejecutivo, a través del Organismo de Mejora Regulatoria. (Se desarrollará más adelante en este y el siguiente capítulo.)

3.6 Gobernanza Regulatoria

La gobernanza se utiliza frecuentemente para indicar una nueva manera de gobernar, que es diferente del modelo de control jerárquico, un modo más cooperativo en el que los actores estatales y los no estatales participan en redes mixtas público-privadas, se caracteriza por adoptar una perspectiva más cooperativa y consensual que la que se había dado en los modelos tradicionales de gobernar. La gobernanza regulatoria se caracteriza por la interacción entre una pluralidad de actores, relaciones horizontales, la búsqueda de un equilibrio entre el poder público y la sociedad civil y la participación

¹⁹⁴ De conformidad con el Art. 3 LPA, Los sujetos obligados son: El Órgano Ejecutivo y sus dependencias, las entidades autónomas y demás entidades públicas, aun cuando su Ley de creación se califique de carácter especial, las municipalidades y los Órganos Legislativo y Judicial, la Corte de Cuentas de la República, la Procuraduría General de la República, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, la Fiscalía General de la República, el Consejo Superior de Salud Pública, el Tribunal Supremo Electoral y, en general, a cualquier institución de carácter público.

¹⁹⁵ Art- 1, Ley de Mejora Regulatoria, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2019).

¹⁹⁶ Artículo 5 literal d) LMR.

en el gobierno de la población en general y no de un único actor, sea este político, económico, social o cultural.¹⁹⁷

Por ello, para mejorar la calidad de las normas y su efectividad para solucionar un problema público determinado, se necesita de una política integral y transversal de gobierno completo, que incluye elementos técnicos y económicos, pero también deliberativos y redistributivos, a esa política se le ha llamado *Gobernanza Regulatoria*, que se concibe “*como una actividad de gobierno completo integrada al ciclo de políticas de diseño, aplicación, revisión y evaluación en materia regulatoria, con el apoyo de las instituciones adecuadas, destacando la importancia de la coordinación, la consulta, la comunicación y la cooperación en todo el ciclo de política pública*”¹⁹⁸.

La Gobernanza Regulatoria, no es un objetivo en sí misma, pero sí un medio para conseguir una variedad de objetivos que son escogidos independientemente por los actores implicados, por tanto, se ha orientado a la mejora permanente del ambiente normativo, a través del desarrollo de una política regulatoria, que ha reemplazado conceptos como el de “desregulación”, dando lugar a la idea de la “gobernanza regulatoria”, que implica el entendimiento de los mecanismos mediante los cuales las prácticas regulatorias pueden mejorar el funcionamiento de los mercados, la efectividad del sector público y la satisfacción de los ciudadanos con los servicios públicos.¹⁹⁹

Para desarrollar esta función, el gobierno debe implementar una política regulatoria, proyectada como un proceso mediante el cual el gobierno cuando identifica un objetivo de política pública, determina si empleará la regulación como instrumento de política pública, elabora un borrador y adopta una regulación mediante un proceso de toma de decisiones basado en evidencia”.²⁰⁰ Lo anterior considera que las regulaciones y los trámites que conllevan pueden estar plenamente justificados en la protección del interés público (verbigracia: salud, medio ambiente, competencia económica, protección de los consumidores, etc.). Sin embargo, es importante expresar que aun cuando las regulaciones cumplan con una función de interés público, e impongan el mínimo de obstáculos y costos a la actividad empresarial, deben ser predecibles y claras en sus requerimientos, de manera que sus beneficios excedan sus costos.

Con base en lo anteriormente expuesto, se puede establecer que asegurar la calidad de la estructura regulatoria, es una función dinámica y permanente de los gobiernos (incluyendo al Poder Legislativo). Los gobiernos deben participar activamente en

¹⁹⁷ Agustín Cerrillo i Martínez, “La Gobernanza Hoy: 10 Textos de Referencia,” (1ª Edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005). Pág. 12.

¹⁹⁸ OCDE, Recomendación de Política y Gobierno Regulatorio. 22.

¹⁹⁹ OCDE, “*El ABC de la mejora Regulatoria para las entidades federativas y los Municipios*: Guía Práctica para funcionarios, empresarios y ciudadanos,” Centro de la OCDE en México para América Latina, (2016). Pág. 19. <http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/mexico.htm>

²⁰⁰ *Ibíd.*

asegurar la calidad de la regulación, no reaccionar a las fallas de la calidad regulatoria²⁰¹. Por tanto, un componente esencial de un sistema de gestión exitoso de calidad regulatoria, es la adopción de un compromiso político claro, la observancia de los principios establecidos para la reforma regulatoria.

Asimismo, los gobiernos deben cerciorarse de que existe un liderazgo y supervisión efectiva del proceso de gobernanza regulatoria, es decir, que los encargados de la supervisión de los procesos regulatorios y la medición efectiva en cuanto al valor público que generan y/o para resolver un problema público específico, su informe debe contener datos reales, objetivos, transparentes, puesto que es la única forma para conocer las debilidades y aciertos de dicha política, construyendo sobre esa base mecanismos y alternativas para mejorar la efectividad normativa

Además, para lograr el éxito de un programa de reforma regulatoria, es fundamental asignar responsabilidades específicas para todos los aspectos de gestión y reforma regulatoria, y crear un marco claro de rendición de cuentas; por ello, la designación de responsabilidad de política regulatoria en el nivel ministerial ayuda a asegurar el compromiso político en relación con las metas de política regulatoria, mientras que asignar responsabilidades específicas por dependencia y sector, aseguran que se aplican las medidas de calidad regulatoria, por ejemplo, la realización de la Evaluación de Impacto Regulatorio (EIR), o medidas de simplificación para el desarrollo de regulaciones en áreas particulares de política pública. No obstante, más allá de las responsabilidades por dependencia, también existe la necesidad de asignar responsabilidades aplicables al sistema entero en relación a supervisar y promover el éxito de las políticas generales del gobierno sobre reforma regulatoria²⁰².

Por ello, en los países avanzados, este concepto, conlleva la necesidad de vincular la evaluación de las regulaciones existentes en la medida en que son la base del diseño de nuevas regulaciones, se está transformando en gobernanza regulatoria, la cual se fundamenta en los principios de gobernanza democrática y abarca una amplia gama de actores, incluidos los órganos legislativo y judicial, así como los órganos de gobierno subnacionales (verbigracia: las municipalidades) y supranacionales (verbigracia: el parlamento de la Unión Europea y el Parlamento Centroamericano), y actividades de implementación de estándares internacionales, entre las que se cuentan las del sector privado. Las políticas, herramientas e instituciones regulatorias son los elementos que componen el marco analítico que la OCDE ha propugnado en aras de un enfoque exitoso de gobernanza regulatoria.

Bajo esta premisa, es esencial determinar en qué consiste la *gobernanza regulatoria efectiva*, entendida como “*un enfoque sistemático de la gestión regulatoria, incluyendo la estructura del gobierno y la interacción entre este y otros actores.*” Esta *gobernanza regulatoria efectiva*, implica el uso de métodos para que un gobierno, de cualquier

²⁰¹ OCDE, Recomendación sobre política y Gobernanza Regulatoria. 23.

²⁰² *Ibíd.*, 23.

orden territorial, identifique un problema de política pública y analice las alternativas, tanto regulatorias como no regulatorias, que tiene para atenderlo. Si se opta por la opción regulatoria se requieren también procesos sistematizados para el desarrollo de una norma o la adaptación de una regulación existente²⁰³.

Posteriormente, una gobernanza regulatoria efectiva debe asegurar que las reglas sean observadas y se les dé cumplimiento. Para cerrar el ciclo, una buena gobernanza regulatoria requiere evaluar las normas para asegurarse de que cumplen con los objetivos para los que fueron creada, caso contrario, hacer las reformas pertinentes. La gobernanza regulatoria efectiva maximiza la influencia de la política regulatoria para generar regulaciones que tengan un efecto positivo en la economía y la sociedad, y que alcancen los objetivos implícitos de política pública. Se ocupa del diseño y la implementación de la regulación, así como de asegurar su cumplimiento, conlleva un enfoque integral para el uso de políticas, herramientas e instituciones regulatorias²⁰⁴

Los principios de gobierno abierto, incluyen la transparencia y la participación ciudadana en el proceso regulatorio a fin de asegurar que la regulación se encuentre al servicio de interés público y esté informada de las necesidades legítimas de aquellos a quienes concierne y afecta, esto conlleva ofrecer oportunidades significativas (incluso en línea) para que el público contribuya al proceso de preparar los borradores de las propuestas regulatorias y a la calidad del análisis de apoyo. Los gobiernos deben asegurar de que las regulaciones sean comprensibles y claras y de que las partes puedan entender fácilmente sus derechos y obligaciones²⁰⁵.

Los gobiernos deben crear un proceso de comunicación, consulta y compromiso que permita la participación pública de actores durante la formulación, así como en la revisión de regulaciones; esto puede ayudar a los gobiernos a comprender las necesidades de los ciudadanos y otros actores y de esa forma, mejorar la confianza en el gobierno. Así mismo, puede ayudar a los gobiernos a recopilar más información y aumentar el cumplimiento y disminuir la oposición no informada, por lo que es de gran importancia que se establezca una política clara a fin de identificar en qué medida será abierta y equilibrada la consulta pública.

Los gobiernos, pueden impulsar la transparencia y la rendición de cuentas a medida que las partes interesadas tienen acceso a información pormenorizada sobre los efectos potenciales que la regulación puede tener en ellas, se debe emplear una amplia gama de herramientas de consulta a fin de comprometer a una gran diversidad de actores de la población; las formas de consulta deben reflejar el hecho de que diferentes intereses legítimos carecen del mismo acceso a recursos y oportunidades para expresar sus puntos de vista al gobierno, por ello, debe crearse y conservarse una variedad de canales para comunicar dichos puntos de vista. Es preciso dedicar tiempo suficiente para

²⁰³ OCDE, ABC de la mejora Regulatoria. 19.

²⁰⁴ *Ibíd.*, 23.

²⁰⁵ OCDE, Recomendaciones sobre Política y Gobernanza Regulatoria. 8.

brindar a los actores la oportunidad de considerar propuestas normativas y participar en el proceso de elaboración de regulaciones.

La reducción de cargas regulatorias innecesarias y el desarrollo de una regulación sólida contribuyen al crecimiento económico, la innovación y la competencia, y también a generar confianza pública en el gobierno como creador eficaz de leyes. Al diseñar la regulación, los gobiernos deben estar conscientes de la incidencia de costos regulatorios en las empresas y los ciudadanos, y de los efectos desproporcionados que pueda haber en las pequeñas y medianas empresas, así como en los micronegocios.

3.7 Importancia del procedimiento de Elaboración de reglamentos y demás normas administrativas, para mejorar la calidad normativa.

Cuidar la calidad de las normas que emite la administración pública, involucra de manera directa la observancia del procedimiento para su elaboración, y las garantías previas a la adopción de las resoluciones, atendiendo en particular, la posibilidad de defender intereses en los trámites que conducen a la adopción de normas reglamentarias y demás normas administrativas, ya que presenta numerosas ventajas para optimizar las decisiones normativas y anticipando proactivamente las posibles reacciones a afectaciones de derechos; incrementando la legitimidad, mejora en la calidad del resultado, con la inclusión de herramientas favorecedoras de la mejora regulatoria como el uso de audiencias públicas, como un mecanismo de Gobierno Abierto, informes interdisciplinarios sobre su posible efecto, memorias económicas, análisis de escenarios alternativos e incluso ensayos previos controlados.²⁰⁶

Para garantizar el acierto y la legalidad de la norma, es necesario incluir la utilización de herramientas del llamado gobierno abierto, que permitan recabar la opinión de los interesados sobre aspectos como: los problemas que se pretenden solucionar con la norma a emitir, la necesidad y oportunidad de su aprobación, los objetivos y posibles soluciones alternativas a la regulación, es decir, valorar las diversas opciones, con la finalidad que su implementación y ejecución produzca el mayor valor público para solucionar el problema que motivo su creación; por tal razón dentro de estas opciones siempre debe estar la de no dictar la nueva norma, mantener el estado anterior de las cosas y corregir mínimamente el marco normativo precedente, puesto que a veces el problema no se resuelve dictando una nueva regulación sino con pequeñas intervenciones sobre aspectos de detalle en la ejecución, cambios de percepción o hábito de los destinatarios o funcionarios públicos²⁰⁷.

De acuerdo con la OCDE, *la importancia de evaluar las propuestas normativa, radica en los efectos potenciales, positivos o negativos que éstas pueden producir. Idealmente, las propuestas normativas que se pretenden implementan deben generar no solamente*

²⁰⁶ Ricardo Rivero Ortega, *Derecho Administrativo*, Primera Edición en Tirant lo Blanch, (Valencia, 2019). pág. 75.

²⁰⁷ *Ibíd.*, Pág. 76.

*beneficios netos positivos, sino el mayor beneficio posible.*²⁰⁸ Para lograrlo, dicha organización ha elaborado e implementado en sus países miembros un proceso de evaluación de la regulación, que analice el diseño de la misma, si es o no la mejor alternativa para solucionar un problema, que identifique cuáles son los beneficios para la sociedad.

3.8 Calidad Formal de las normas Jurídicas: Técnica Normativa.

Ante la multitud de políticas públicas que trae como efecto una creciente producción de normas jurídicas, emanadas de los distintos poderes del Estado, se hace imperiosa la necesidad de una adecuada técnica normativa, que garantice el rigor, la claridad y la coherencia de las normas jurídicas. La calidad formal de las normas alude a la corrección técnica de las reglas concretas que en ellas se contienen, tanto individualmente como en su conjunto, y exige no sólo claridad y precisión en su formulación, sino también racionalidad, coherencia, unidad de la norma, respeto a otras normas y a los principios básicos del ordenamiento jurídico en el que se integran, por ende, el control de la calidad formal de las normas emplea herramientas híbridas, de distinta naturaleza, para velar por la corrección teórica e institucional (dogmática) de las normas, su lógica y su formulación concreta, su organización y su colocación interna.

La corrección formal de las normas jurídicas, que la técnica normativa persigue, constituye una exigencia ineludible del principio de seguridad jurídica, en el sentido que las normas deben redactarse con claridad, utilizando la terminología inequívoca, sin ambigüedades, ni contradecirse unas con otras, y se integran de manera armónica en todo el Ordenamiento jurídico, que proporcione a sus destinatarios razonables condiciones de certidumbre sobre sus derechos y obligaciones. Por ello, los procedimientos de elaboración de las normas deben contemplar diversas fases, pautas y condiciones, destinadas a depurar y corregir los posibles defectos de las normas, con anterioridad a su adopción definitiva y a su entrada en vigor.

3.9 La Calidad Material de las Normas jurídicas.

La dimensión formal y técnica de las normas se vincula de manera inevitable con los postulados y los objetivos de las políticas públicas que se instrumentan a través de esas normas. En el fondo, la relevancia de los objetivos normativos y su articulación sustantiva a través de ciertas opciones normativas constituyen una cuestión nuclear que antecede a la formulación técnica de la norma y que tiene mayor relevancia.

Toda norma jurídica adoptada por el Estado, independientemente de su rango y el órgano que la adopte, constituye una intervención pública destinada a un objetivo que se considera de interés general.²⁰⁹ Por tanto, desde la perspectiva material, serán

²⁰⁸ OCDE, implementación del análisis de Impacto Regulatorio en Perú. 18

²⁰⁹ Marcos. Calidad de las Normas Jurídicas y estudio de Impacto Normativo. 340

normas de calidad las normas eficaces y eficientes en la consecución de sus objetivos; como manifestación de ciertas políticas públicas, que persiguen ciertos objetivos, son eficaces las normas que son realistas y viables en la configuración y diseño de los medios para alcanzar esas finalidades.

La calidad sustantiva o material de las normas no radica exclusivamente en su eficacia, sino que exige también una eficiencia razonable en términos de costes/beneficios, sin provocar distorsiones o interferencias en otros bienes o intereses sociales, para conseguirlo, normalmente será preciso verificar que la norma es necesaria, sin que existan otras alternativas para la consecución de los objetivos perseguidos sin la intervención normativa (principio de intervención mínima y subsidiariedad). La norma deberá, además, ser adecuada y proporcionada para alcanzar ese objetivo²¹⁰.

La satisfacción de esos criterios exige verificar que tanto los derechos y los mandatos que se contienen en la norma como los mecanismos de cumplimiento y aplicación previstos, son los idóneos para alcanzar el fin que se persigue; la aptitud e idoneidad de las reglas sustantivas que se contengan en la norma han de ir acompañadas de instrumentos o mecanismos apropiados para su cumplimiento y ejecución práctica. Las herramientas y el entorno institucional de aplicación y reconocimiento de los mandatos y derechos que se contienen en la norma son esenciales para su viabilidad y efectividad y, por ende, para la mejor calidad normativa.

Finalmente, deben preverse mecanismos de publicidad de las normas jurídicas, que faciliten el acceso del público a las mismas y su conocimiento. Los mecanismos de transparencia de las normas son esenciales para permitir a los destinatarios sujetos a las mismas, predecir su posible aplicación, especialmente en el caso de reformas legislativas. A pesar de la reciente preocupación por la calidad de la regulación, es imposible que con carácter general y de modo omnicompreensivo pueda valorarse o medirse la calidad de todo un sistema jurídico.

3.10 Objetivos de la Mejora Regulatoria

Como se ha expresado anteriormente, la preocupación por mejorar la calidad de las regulaciones, no solo se centra en su aspecto formal y técnico; sino a su contenido sustantivo y eficiencia. Esta dimensión material de la calidad normativa examina la efectividad de las normas en la realidad a la que se destinan y utiliza como herramienta principal los estudios de impacto normativo.

Ante los desafíos del ejercicio de la potestad reguladora de la administración pública, se hace de imperiosa necesidad revisar y mejorar el proceso por el cual el Gobierno emite sus normas, para asegurar que ésta se ha planteado en la dirección correcta y tiene como objetivo un problema específico, tales como:

²¹⁰ *Ibíd.*,441.

- 1) Reducir los efectos perversos y no intencionados de la regulación, especialmente, reducir los impactos negativos de las normas en las empresas;
- 2) Reducir las cargas regulatorias a través de las desregulaciones y las alternativas a la regulación; reduciendo así los costes empresariales que suponen determinadas reglamentaciones, y con ello, aumentar la competitividad;
- 3) Reducir las incongruencias en las regulaciones y la falta de experiencia; y
- 4) Reducir la falta de capacidad institucional y mejorar la profesionalización en la regulación²¹¹.

Para lograr su cometido es que la OCDE, ha generado diversos documentos sobre política de mejora regulatoria, en la que ha dictado las recomendaciones a los países miembros y que pueden ser adoptadas también por los países no miembros, como en el caso de El Salvador, pero que de igual forma pueden contribuir para el desarrollo de la política pública de mejora regulatoria, que como consecuencia incide de manera positiva en el crecimiento y desarrollo económico, la liberalización de mercados, la apertura de mercados y la creación de un contexto poco restrictivo para los negocios²¹², además se reconoce el vínculo entre la política regulatoria y una serie de reformas estructurales²¹³.

Para el Caso nacional, de conformidad con el Art. 4 LMR, las leyes que integran el sistema de mejora regulatoria, tienen como objetivos:

- 1) Mejorar la calidad de las regulaciones, presentes y futuras para generar beneficios superiores a los costos y promover el máximo bienestar para la sociedad;
- 2) Instaurar buenas prácticas de gobernanza regulatoria; para fortalecer la seguridad jurídica;
- 3) Aumentar la transparencia, celeridad y simplicidad tanto en la formulación, aprobación y aplicación de las regulaciones y trámites;
- 4) Facilitar la participación ciudadana en el proceso de elaboración de regulaciones y en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de obligaciones en su interacción con las instituciones públicas;
- 5) Contribuir a la prevención de la corrupción, la promoción de la transparencia y la modernización de la Administración Pública; y

²¹¹ OCDE, Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en Perú. 18.

²¹² Véase el recuadro 1.1. Recomendaciones del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria, pág. 17, OCDE, Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en el Gobierno Central de Perú,

²¹³ Los vínculos entre la política regulatoria y las reformas estructurales son: 1) La relación recíproca entre una política regulatoria eficaz y la apertura de mercados, que tiene como consecuencia abrir canales para la innovación, el emprendimiento y el fortalecimiento de beneficios para los consumidores; 2) La relación entre los principios de la política de competencia y aquellos que fomentan la calidad regulatoria y 3) La relación entre la reforma de mercados y la infraestructura y los efectos positivos sobre la reducción de precios, la innovación, la calidad en el servicio y la capacidad de elección de los consumidores. OCDE, Implementación De Análisis de Impacto Regulatorio en Perú. Pág. 25.

- 6) La implementación de la simplificación de procedimientos a fin de hacerlos más efectivos y que generen menos costos.

3.11 Principios de la Mejora Regulatoria.

Refiriéndose a El Salvador, los principios instituidos en el Art 160 LPA y 6 LMR, constituyen un instrumento para la consecución de una mejora en la calidad regulatoria, debido a que deben estar presentes en toda la acción normativa de la administración pública, de tal forma que su aplicación resulta transversal sobre el ciclo de creación y desarrollo de las normas administrativas, cuya manifestación debe quedar justificada en el preámbulo o exposición de motivos de las regulaciones que se emitan. De conformidad con estos artículos, los principios aplicables son:

3.11.1 Principio de necesidad

La definición legal de este principio, se encuentra en el Art 6 lit. b) que implica valorar la contribución de regulación o trámite para resolver un problema relevante, previa ponderación de otras alternativas no regulatorias. Podría decirse que este principio considera la importancia de identificar y asegurar que la regulación que se está diseñando cumple con el objetivo de resolver un problema relevante, así como de presentar todas las posibles alternativas normativas y no regulatorias que se pueden usar para solucionar el problema planteado.

El principio de necesidad, opera de forma previa a la implementación de una política, implica que los entes reguladores, solo deben proponer una regulación si esta es pertinente para resolver un determinado problema público, lo que presupone primeramente haber realizado una correcta identificación del problema público a resolver; y, en segundo lugar, haber considerado todas las alternativas existentes, y escoger la más legítima y más efectiva para resolverlo²¹⁴. Es decir, que este principio se manifiesta en identificar si la creación de una norma es vista como parte de los instrumentos para cumplir con los objetivos trasados, si emitir una norma es la mejor opción para resolver el problema publico determinado.

Al respecto la OCDE, en sus recomendaciones de 2012, señala como un requisito de las políticas regulatorias Ex -ante, identificar la necesidad de una política pública en específico y el objetivo de la regulación, tales como la corrección de una falla de mercado, o la necesidad de proteger los derechos de los ciudadanos que justifiquen el uso de la regulación²¹⁵.

²¹⁴ Indira Latorre, “La Política de Mejora Regulatoria: Oportunidades y desafíos para Colombia,” Revista de Derecho Público, N°33, julio-diciembre de 2014. ISSN 1909-7778. Universidad de los Andes, (Colombia, 2014). Pág. 16. DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.33.2014.25>

²¹⁵ OCDE, Recomendación sobre Política y Gobernanza Regulatoria. 23.

3.11.2 Principio de Eficacia

Este principio es complementario con el de necesidad, en el sentido que no solo es indispensable evaluar la necesidad de regular, ósea, de qué manera regular, sino también analizar si la regulación escogida, es válida desde el punto de vista jurídico-normativo y si además, es útil desde el punto de vista jurídico-práctico, por tal motivo, de acuerdo con el Dr. Henry Mejía, el Art. 18 LMR hace una clasificación de las regulaciones en las que generan costos de cumplimiento y las que no²¹⁶. Es decir, analizar si la regulación aprobada es mejor alternativa para dar solución a solucionar un problema público, evaluar si su implementación realmente tendrá un efecto positivo, y genere menores costos a los ciudadanos, en el desarrollo económico y para atraer la inversión privada para mejorar la economía.

En la legislación nacional respecto de este principio, cabe mencionar que solo es enunciado en el Art. 160 LPA, pero determina su contenido, en la LMR tampoco se lo define, podría ser que los legisladores lo omitieran en el capítulo VI de la LPA considerando que en su art. 3 núm. 4,²¹⁷ se incorpora una definición sobre dicho principio, no obstante al leerlo, es evidente que lo limita a imponer a la administración pública la obligatoriedad de advertir a los solicitantes sobre las observaciones que se hayan identificado en una solicitud, notificarle y darle un plazo prudencial para poder subsanarlo, Por tanto, el contenido del principio de eficacia del Art. 3 no deja la posibilidad de interpretarlo como la evaluación de valor público que una regulación puede lograr para la solución de un problema público.

3.11.3 Principio de proporcionalidad

Este principio busca determinar si el beneficio de la creación de una norma es mayor a sus desventajas, dicho en otras palabras, pretende asegurar que la regulación empleada proporcione los beneficios económicos, sociales y medioambientales que justifiquen los costos, se consideren los efectos distributivos y se maximicen los beneficios netos²¹⁸.

El principio de Proporcionalidad, debe observarse no solo desde una perspectiva cuantitativa, sino también desde un enfoque cualitativo, puesto que no se limita a costes económicos, sino al costo de cumplimiento privado y público de la intervención, reglamento o regulación propuesta. Está orientado a verificar que los costos de cumplimientos (o en general los costos sociales) de la regulación diseñada son al menos proporcionales a los beneficios generados. Así mismo, la construcción de los beneficios generados deberá contarse en términos de la expectativa de cumplimiento del objetivo trazado en el análisis de necesidad²¹⁹.

²¹⁶ Mejía, VI Congreso de Derecho Administrativo. 127.

²¹⁷ Ver art. 6 núm. 4 LPA.

²¹⁸ OCDE, Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio. 18

²¹⁹ Latorre, La política de Mejora Regulatoria. 17

Generalmente, la aplicación de este principio opera por medio de una herramienta que se ha vuelto esencial en la política de mejora regulatoria, esta herramienta es conocida como evaluación de Impacto regulatorio EIR, que ha sido resaltada como el punto donde converge la neutralidad y la racionalidad de la decisión, junto con la deliberación y la participación.²²⁰

Para el caso de El Salvador, este principio, aunque es enunciado en art. 160 LPA, su definición se encuentra en el Art. 3 núm. 2 LPA, estableciendo que las actuaciones administrativas deben ser cualitativamente aptas e idóneas para alcanzar los fines previstos, restringidos en su intensidad a lo que resulte necesario para alcanzar tales fines y limitadas a las personas cuyos derechos sea indispensable afectar para conseguirlos. Aplicándolo concretamente al ejercicio de la potestad normativa de la administración pública, podría decirse que cuando se esté en el proceso de diseño y creación de una norma, se debe escoger la alternativa que resulte menos gravosa para el mayor número de personas y que resulte ser la mejor opción para resolver un problema público, es decir, guardar una relación de equilibrio entre el interés público que se pretende salvaguardar y la carga impositiva que genere a los ciudadanos destinatarios de la regulación normativa.

Lo que pretende este principio, es que la iniciativa de regulación normativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, que impongan menos obligaciones a los destinatarios, para lograr este objetivo, es indispensable el uso de la herramienta de evaluación de impacto regulatorio, que estudia todas las alternativas regulatorias que existen sin descartar la alternativa de no regular, presentando evidencias para fundamentar su decisión regulatoria, de crear, reformar o derogar una norma con el propósito de optimizar los fines regulatorios²²¹.

3.11.4 Principio de Seguridad Jurídica.

Presupone una coherencia jurídico-normativa, es decir, que en base a este principio todas las regulaciones deben guardar la debida coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro que facilite su conocimiento y comprensión para sus destinatarios. Tiene que ver con la razonabilidad jurídica de la regulación, en el sentido que toda regulación que se adopte debe de ajustarse al bloque de legalidad-constitucionalidad del ordenamiento jurídico.²²²

De conformidad con la LMR el principio de Seguridad Jurídica se refiere a generar certeza y claridad en la aprobación y aplicación de las regulaciones y trámites, mediante

²²⁰ *Ibíd.*

²²¹ Mejía, VI Congreso de Derecho Administrativo. 127-128.

²²² *Ibíd.*, 28

la actuación de los sujetos obligados dentro de las facultades que les estén atribuidas, y de acuerdo con los fines para los que se les fueron conferidas²²³.

En la definición anterior se puede identificar un triple enfoque de la seguridad jurídica: 1) La certeza y claridad en la aprobación y aplicación de las regulaciones, así como sus trámites; desde el punto de vista material, tiene que ver con la certeza jurídica del contenido de las normas, con ejercer las potestades normativas de cada ente regulador dentro de sus competencias y atribuciones y que su aplicación sea objetiva, coherente e inteligible, y apegada a las leyes; 2) Se refiere a las actuaciones de los sujetos obligados dentro de las facultades que se les ha conferido, desde esta perspectiva se puede ver una gran similitud con el principio de legalidad, consagrado en el Art. 86 inc. final Cn. que ordena “*que los funcionarios del gobierno no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley.*” Por lo que cualquier regulación que emitan, no puede sobrepasar las atribuciones y competencias que expresamente les confiere la constitución y/o leyes a los funcionarios involucrados en ese proceso. 3) De acuerdo con los fines para los que fueron conferidos, es decir, que las regulaciones que emita la administración pública deben de responder a la satisfacción de las necesidades e intereses de la población en la materia específica para la cual la regulación fue creada.

Además es importante señalar que el principio de seguridad jurídica, debe verse reflejado en la regulación, puesto que al establecer los lineamientos, requisitos, procedimientos, derechos, deberes, formas de manifestarse de la administración (actos administrativos escritos, orales, generales, individuales etc.), pueden ser útiles para determinar de responsabilidad administrativa dentro de cada proceso administrativo o prestación de servicios, haciendo que exista menos espacio a la discrecionalidad, a la corrupción, al tráfico de influencias, y con ello a la vulneración de derechos de los ciudadanos y las empresas.

3.11.5 Principio de transparencia

Dentro de este principio se ubican las nociones de participación y consulta. En la medida en que los afectados y los interesados en una regulación puedan participar, esto es, conocer, debatir y retroalimentar sobre una propuesta normativa, se mejora el proceso de conocimiento respecto a un determinado problema, lo que facilitará el diseño de una regulación más efectiva y también más imparcial.²²⁴ En la LMR, este principio se refiere a que toda información relativa a las regulaciones y trámites es pública y su difusión obligatoria, salvo excepciones legales²²⁵.

En este sentido, varios deberes surgen con el objetivo de maximizar la transparencia dentro de la actividad administrativa de regulación, el primero de ellos es: la necesidad de dar claridad a los procedimientos que cubren las etapas de: iniciativa, discusión,

²²³ Art. 6 núm. d) LMR.

²²⁴ Latorre, Política de Mejora Regulatoria., 18.

²²⁵ Art. 6 Lit. f) LMR.

adopción, implementación, seguimiento y reforma, es decir, que existe una relación de proporcionalidad en la medida que se vaya abandonando la improvisación o la adopción intempestiva o caprichosa de medidas regulatorias, bajando así los índices de corrupción.

El segundo deber es: la necesidad de asegurar la inteligibilidad de las medidas regulatorias, es decir que en su forma y contenido garantice la comprensión, claridad, concordancia y coherencia del instrumento legal, evitando normas oscuras, ambiguas, o de difícil comprensión; y tercero: la participación, que debe garantizarse tanto a los sujetos directamente regulados o destinatarios de las normas, como al público en general. El cumplimiento de este principio requiere para materializarse, el uso de la consulta obligatoria, la publicación de la agenda regulatoria anual, la publicación de los proyectos regulatorios, la recepción de comentarios sobre los mismos, el dialogo o intercambio de opiniones entre la administración pública y los destinatarios del instrumento normativo en cuestión²²⁶.

Se espera que al hacer transparente una propuesta normativa ayude a reducir el viejo problema de la captura del ente regulador, es decir, que entre más público sea un proceso, más exigente se vuelve la justificación de las decisiones, así, si se advierte que una norma favorece más a un grupo de intereses que a otro, mayor es la exigencia de la justificación con razones de peso y argumentos por parte de los reguladores. De este modo, el principio promueve la participación y la consulta en el momento previo a la toma de decisiones y acá donde reaparece el rol deliberativo de la evaluación de impacto regulatorio, que dentro de sus etapas contempla como una fase ineludible la consulta pública.

Bajo este principio es importante que en la elaboración de regulaciones se involucre activamente a todos los actores pertinentes durante el proceso de formulación de la regulación y diseñar procesos de consulta para maximizar la calidad y efectividad de la información, poniendo a disposición del público en la medida de lo posible todo el material pertinente de los expedientes regulatorios, incluidos los análisis de sustento, así como las razones de las decisiones regulatorias y los datos concernientes, en un formato de internet que permita realizar las búsquedas mediante interfaz amigable con el usuario y de acceso gratuito para todo el público²²⁷.

3.11.6 Principio de simplicidad

De acuerdo con las recomendaciones de la OCDE, este principio busca que la regulación tenga el nivel de detalle necesario para ser entendida fácilmente por los destinatarios; con este principio se resalta el valor de la claridad y de lo simple. No solo en términos de garantizar un mejor conocimiento de las normas (relacionado con el

²²⁶ Henry Mejía, VI Congreso de Derecho Administrativo 2019, Corte Suprema de Justicia, pág. 129.

²²⁷ OCDE, recomendaciones del Consejo sobre política y Gobernanza Regulatoria. Pag- 10.

principio de accesibilidad) sino para reducir los costos que tiene su cumplimiento e interpretación.

En concordancia con este principio, los gobiernos deben asegurarse que las regulaciones sean comprensibles, claras y que las partes puedan entender fácilmente sus derechos y obligaciones.²²⁸ Por tanto, los gobiernos deben instrumentar una política que exija que los textos regulatorios se redacten en un lenguaje sencillo, Así mismo, debe ofrecer una guía clara sobre el cumplimiento de las regulaciones, asegurándose de que las partes afectadas conozcan sus derechos y obligaciones.

En la LRM, se establece que el principio de simplicidad, se refiere a que toda información relativa a las regulaciones y trámites es pública y su difusión obligatoria, salvo excepciones legales.²²⁹ Al respecto, se considera que esta definición es muy restringida, puesto que se limita a establecer que las regulaciones y sus trámites son públicos, pero no determina que su redacción debe ser sencilla, comprensible, clara y accesible para todos los ciudadanos, tampoco menciona sobre la obligatoriedad de la administración pública de usar todos los medios tecnológicos de que disponga para dar a conocer los tramites y regulaciones aprobadas.

3.12 Presupuestos que deben cumplir las normas desde la política de mejora regulatoria.

De acuerdo con las recomendaciones de la OCDE, una regulación normativa de calidad debe cumplir con los siguientes parámetros²³⁰:

1) Servir a objetivos políticos claramente identificados y ser efectivos para conseguirlos: Es decir que se debe de identificar exhaustivamente el problema que se pretende solucionar con la emisión de una regulación, estableciendo los objetivos específicos que se pretenden alcanzar con la regulación, detallando metas muy puntuales que se pretenden alcanzar con la implementación de la regulación.

En este sentido, las regulaciones deben de incluir su revisión y reforma, a fin de mejorar la calidad regulatoria, con eficiencia, flexibilidad, simplicidad y efectividad, con la finalidad de promover efectos positivos en términos de economías más competitivas, productivas, innovadoras y flexibles que puedan también promover objetivos sociales.

2) Tener una base legal y empírica; como consecuencia del principio de legalidad y necesidad, se examina las competencias regulatorias del ente emisor de una regulación, como sus alcances (material, territorial) y facultades dentro de las cuales debe regirse al momento de elaborar el instrumento regulatorio (Por ejemplo: La Reserva de Ley, la competencia en razón de la materia sobre la cual puede regular, competencia

²²⁸ Ídem. Pag 10

²²⁹ Art. 6 Lit e) LMR.

²³⁰ Dolors Canals Ametller, “Mejora Normativa y Reducción de Cargas administrativas: El Estado de las Autonomías en 2009.” Temes monográficos. Págs. 3-4.

territorial en el caso de las municipalidades), en cuanto a la base empírica, se inicia al identificar las necesidades de regular, (el que, como y para que regular), así como la participación ciudadana en el diseño de un cuerpo normativo, que se adapte a las necesidades y capacidades de los destinatarios, para facilitar su implementación y mejorar los resultados de la regulación.

3) Producir beneficios que justifiquen los costes considerando los efectos distributivos en la sociedad, y tener en cuenta los efectos económicos, ambientales y sociales; esto es, en el sentido que antes de decidir como regular, se tiene que escoger la opción que resulte ser más beneficiosa para sus destinatarios, tenido el cuidado de analizar los beneficios o costos de cumplimiento de la regulación, acarrear cada uno de los sectores involucrados o afectados por dicha regulación, es decir, que generen el mayor beneficio posible a todos los sectores económicos, sociales y medio ambiente comparado con los costos producidos en su implementación.

4) Minimizar los costes y distorsiones del mercado: considerar que los costos de implementación no solo sean menos que los beneficios, sino además que éstos no generen cargas innecesarias o excesivas, en detrimento de algún sector de la sociedad o que su impacto tanto en lo económico, social, legal y/o ambiental no genere un desequilibrio negativo.

En el ámbito económico, reducir las cargas regulatorias impuestas a las empresas y aumentar la transparencia de los regímenes regulatorios para apoyar el emprendimiento, la entrada a los mercados genera crecimiento económico, al igual que reducir los trámites burocráticos y excesiva regulación para los ciudadanos, lo cual contribuye a liberar el tiempo valioso y fomentar su iniciativa privada²³¹.

5) Promover la innovación, a través de incentivos de mercado y enfoques basados en objetivos; incentivar el uso de las nuevas tecnologías de información y comunicación, proyectos de producción ecológicos, fomento de la inversión privada en la economía nacional y/o local, que contribuyan a mejorar la calidad de vida de todas las personas y con ello el crecimiento económico.

6) Ser clara, simple y práctica para sus destinatarios, para que una regulación sea eficaz y produzcan valor público, se necesita que estén al alcance de todos los sectores de la población, que sean normas precisas, redactadas con lenguaje sencillo y de fácil conocimiento para cualquier persona, evitando tecnicismos innecesarios, normas ambiguas, oscuras, incompletas o contradictorias que dificulten su comprensión.

Para la OCDE, este presupuesto tiene los siguientes elementos: (1) comunicar los objetivos de la creación o reforma regulatoria al público; (2) consultar con los interesados durante el proceso de desarrollo de nuevas regulaciones o de revisión de

²³¹ Jean Paul Calle Casusol, “Regulando con Calidad: El aporte de la OCDE” Foro Jurídico (Lima), N°17, 2018, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/22760/21874>

las existentes, a fin de identificar enfoques regulatorios más efectivos, evitar efectos regulatorios y mejorar el cumplimiento a un bajo costo; (3) asegurar que los procedimientos son transparentes, contienen instancias de apelación, y no retrasan indebidamente las decisiones de las empresas reguladas; y (5) generar regulaciones claras, simples, consistentes y fáciles de entender y ejecutar²³².

7) Ser Coherente con otras regulaciones y políticas; como consecuencia de los principios de legalidad, coherencia, eficacia, todas las regulaciones que se creen deben tener una conexión directa y me atrevería a decir, que desarrolladora de la constitución, tratados internacionales suscritos por El Salvador, leyes secundarias, y entre normas administrativas con la finalidad que haya una armonía jurídica y respeto a la jerarquía normativa, a la reserva de ley, las competencias y evitar así normas inconstitucionales, ilegales que vulneren derechos de los destinatarios o afecten el clima de inversión y desarrollo económico.

8) Ser compatible, lo máximo posible, con la competencia, el comercio y facilitar la inversión nacional e internacional, A estos principios y parámetros se suma el principio de simplificación administrativa. Está íntimamente relacionado con el objetivo anterior, puesto que las normas que se emitan e implementen, deben considerar el fomento de la competencia, fijar reglas equitativas dentro del mercado, tanto para los empresarios, como para los consumidores, y el medio ambiente, adoptando lineamientos internacionales cuyos resultados en otros países sean exitosos y puedan adaptarse a la situación específica y real del país; estableciendo normas claras, simplificando los procedimientos administrativos y disminuyendo los requisitos y plazos establecidos en las normas administrativas con la finalidad que incentive la inversión.

De acuerdo con las recomendaciones de la OCDE, la compatibilidad de la competencia, implica mejorar la eficiencia económica y preservar la competencia, ya que en la medida que se mantengan las condiciones de competencia en los mercados, se generaran incentivos poderosos para que las empresas sean más eficientes, innovadoras y competitivas, lo que, en consecuencia, termina impactando en la productividad de las empresas e industrias y en el bienestar de los consumidores²³³.

3.13 Rectoría de la Mejora Regulatoria en El Salvador.

En las recomendaciones de la OCDE, se incluye “*establecer mecanismos e instituciones para supervisar activamente los procedimientos y objetivos de la política regulatoria, apoyarla e implementarla, y como consecuencia fomentar la claridad de la regulación*”²³⁴. Con este propósito, se recomienda establecer un órgano permanente responsable de la supervisión regulatoria, el cual esté cerca del centro del gobierno, a

²³² Ídem. Pág. 9

²³³ Ibid., 8.

²³⁴ Recomendación 3. OCDE, Recomendación sobre Política y Gobernanza Regulatoria, 11.

fin de asegurar que la regulación obedezca a la política de gobierno completo y así garantizar que la solución institucional específica se adapte a cada sistema de gobernanza; y que, para lograr su cometido, se le deleguen las siguientes funciones:

1. Procurar el control de calidad de las regulaciones, mediante la revisión de la calidad de las evaluaciones de impacto y el rechazo de proyectos regulatorios para las cuales tales evaluaciones son inadecuadas.
2. Examinar el potencial para la que la regulación sea más efectiva, lo que conlleva promover que se consideren medidas regulatorias en áreas de política pública en que es probable que se necesite la regulación.
3. Contribuir al mejoramiento sistemático de la aplicación de política regulatorias
4. Coordinar la evaluación ex post para fines de la revisión de políticas y el perfeccionamiento de los métodos ex -ante
5. Brindar capacitación y guía sobre evaluación de impacto y estrategias para mejorar el desempeño en materia regulatoria²³⁵

Siguiendo esta recomendación, en El Salvador, el art 10 LMR, establece que “la rectoría del sistema de Mejora Regulatoria corresponde al Órgano Ejecutivo, mediante el organismo al que corresponda dictar y vigilar el cumplimiento de las políticas de Mejora Regulatoria”, creando por ministerio de ley *el Organismo de Mejora Regulatoria*, que tal como lo establece la LMR, cuenta con autonomía funcional y técnica, contará con una instancia consultiva al más alto nivel, integrada con representantes del sector privado y a quien le corresponde dictar y vigilar el cumplimiento de las Políticas de Mejora Regulatoria²³⁶

También se adoptan las recomendaciones de la OCDE en la Ley de Mejora Regulatoria, en cuanto a las facultades conferidas al Organismo de Mejora Regulatoria, al establecer las siguientes atribuciones²³⁷:

1. *Liderazgo en la política de mejora regulatoria*, puesto que tiene la competencia para coordinar y supervisar la implementación y buen funcionamiento del Sistema de Mejora Regulatorio. (SMR)
2. *Formación técnica en mejora regulatoria*, Ya que le corresponde brindar la asistencia técnica y capacitación necesaria a los sujetos obligados en el desarrollo y aplicación de las herramientas de Mejora regulatoria
3. *Conformador y administrador del Registro Nacional de Trámites*
4. *Promotor de la mejora regulatoria*, ya que le corresponde realizar una rendición de cuentas anual y promover la máxima publicidad de la información relacionada con la mejora Regulatoria y
5. Las demás que sean necesarias para garantizar el buen funcionamiento del SMR

²³⁵ *Ibíd.*, 11.

²³⁶ Art.161 inc. 4 LPA

²³⁷ Art 11 LMR.

3.14 Herramientas de Mejora regulatoria.

Los principales instrumentos para mejorar la eficiencia y efectividad de las regulaciones, fueron recogidos en una guía elaborada por la OCDE en 2005²³⁸, fruto de las observaciones y experiencias llevadas a cabo en los distintos Estados Miembros, la Guía Work in Regulatory Tools, presenta una lista de cinco herramientas claves para desarrollar una política de mejora regulatoria²³⁹:

1. El Análisis de Impacto Regulatorio AIR
2. La Simplificación Administrativa
3. La mejora de la transparencia normativa y la comunicación con los agentes sociales
4. El análisis de las alternativas regulatorias, y
5. Estudio del cumplimiento y la ejecución por los operadores privados de las normas aprobadas.

Aunque se trata de 5 herramientas diferentes, en la práctica han quedado reducidas a dos²⁴⁰:

1. *El Análisis de Impacto Regulatorio (AIR)*: que ha incluido dentro de su ámbito el análisis de alternativas regulatorias existentes y la mejora de la comunicación con los agentes sociales (consultas), así como la mejora de la transparencia del sistema de producción normativa.²⁴¹
2. *La Simplificación Administrativa*, que tiene por objeto la mejora de la transparencia normativa y el estudio del cumplimiento y la ejecución por los operadores privados de las normas aprobadas.
Este último aspecto también es tratado en el campo de la mejora regulatoria a través de los análisis ex -post, de forma que dicho estudio en este ámbito enlaza con el contenido de los futuros AIR a realizar para adecuar o mejorar la normativa al respecto.

Para el caso de El Salvador, en la Ley de Mejora Regulatoria se instauran como herramientas de mejora regulatoria: La Agenda Regulatoria, la Evaluación de Impacto Regulatoria, el Registro de trámites y la simplificación administrativa, dedicándoles a cada uno de ellos un capítulo en que desarrollan los aspectos básicos de cada uno de

²³⁸ Es importante señalar que la OCDE ya había iniciado el estudio de la AIR en los países miembros de la misma, véase el Reporte en Regulatory Reform de 1997 de la OCDE, en la cual se delimitaban tres instrumentos principales de la Reforma Regulatoria, como lo son: La simplificación normativa, la reducción de la carga administrativa y la accesibilidad de las regulaciones OCDE, Regulatory Impact analysis: Best Practices in OECD Countries, 1997

²³⁹ Gómez, Better Regulation. 60

²⁴⁰ *Ibíd.*, 61.

²⁴¹ El capítulo 4 desarrolla minuciosamente esta herramienta

las herramientas, ordenando que sea por medio de un reglamento que se desarrolle la ley y, por ende, el desarrollo pormenorizado de los capítulos.

La presente investigación, se centra en la Evaluación de Impacto regulatoria, que se desarrollará de forma detallada en el siguiente capítulo, no obstante, a continuación, se aborda a grandes rasgos las otras tres herramientas de mejora regulatoria para dar una idea de su contenido.

3.14.1 La Agenda Regulatoria

De acuerdo a la ley de mejora regulatoria, esta herramienta tiene como objetivo transparentar el proceso de creación de las regulaciones por parte de los sujetos obligados,²⁴² dando predictibilidad al ejercicio de la potestad regulatoria, facilitar la coordinación interinstitucional y permitir la participación ciudadana, por tal motivo, debe de crearse y calendarizar un listado de las regulaciones que se planean aprobar, modificar, suprimir o presentar para su aprobación durante el año calendario, a fin de evaluar sistemáticamente toda la regulación significativa en ciertos periodos de tiempo, mejorar la consistencia y la coherencia del inventario de regulación, así como reducir cargas regulatorias innecesarias y asegurar que se identifiquen las potenciales consecuencias significativas no buscadas²⁴³.

Para que la agenda tenga validez, se debe de cumplir con los siguientes requisitos: 1) La agenda regulatoria debe de ser aprobada por la máxima autoridad del ente regulador, durante los primeros tres meses de cada año; 2) La agenda regulatoria debe de estar permanentemente disponible al público a través de cualquier medio institucional; 3) Debe ser prioritario identificar la regulación no efectiva y aquella que tiene efectos económicos significativos en los usuarios y/o en la gestión de riesgo; 4) Debe considerarse incluir el uso de un mecanismo permanente de revisión en los reglamentos, por ejemplo, mediante cláusulas de revisión en las leyes primarias y cláusulas de caducidad de legislación subordinada y 5) Los sujetos obligados no podrán aprobar o someter a aprobación regulaciones que no se encuentren incluidas en la agenda regulatoria, al menos treinta días antes de su aprobación, podrán comenzar a elaborar sus propuestas regulatorias, aun cuando la materia no este incluida en la agenda, no obstante y en concordancia con el punto anterior, no se podrá someter a aprobación sino después de treinta días de incluida la regulación en la agenda²⁴⁴.

3.14.2 Registro de trámites.

Se adopta con el propósito de asegurar que las entidades regulatorias se integren en el sistema regulatorio, los gobiernos deben compilar y mantener un registro público de todas las entidades gubernamentales que cuenten con potestad para ejercer funciones en materia de regulación. Dicho registro debe detallar los objetivos establecidos por

²⁴² Ver art. 3 y 13 LMR.

²⁴³ OCDE. Recomendaciones sobre Política y Gobernanza Regulatoria. 12

²⁴⁴ Art. 16 LMR

ley creadora de entes reguladores y un listado de los instrumentos regulatorios que administra²⁴⁵.

En El Salvador, se crea el Registro Nacional de Trámites para la inscripción y publicación de tramites con el objetivo de otorgar certeza jurídica, contribuyendo con la transparencia de la información y una mejor interacción entre los sujetos obligados y sus usuarios²⁴⁶. Esta herramienta faculta al OMR para revisar de forma sistemática el inventario de regulación, con base en metas de política pública claramente definidas, incluida la consideración de costos y beneficios, a fin de asegurar que las regulaciones estén actualizadas, se justifiquen sus costos, sean rentables y consistentes, y cumplan con los objetivos de política pública planteados.

3.14.3 Simplificación administrativa

Los programas de simplificación administrativa deben incluir mediciones de las cargas agregadas por la regulación, cuando sea posible, y considerar el uso de metas explícitas como medios para reducir las cargas administrativas para los ciudadanos y las empresas. Los métodos cualitativos deben complementar los cuantitativos para orientar mejor los esfuerzos.

Los programas de simplificación y reforma deben evaluarse a partir del valor público que producen con base en los recursos requeridos. La evaluación debe concentrarse en primer lugar en los resultados y los efectos que tienen en la sociedad antes de la cuantificación de las cargas administrativas reducidas.²⁴⁷

²⁴⁵ OCDE. Recomendaciones sobre Política y Gobernanza Regulatoria. 14

²⁴⁶ Véase la sección II, arts. 25-29 LMR

²⁴⁷ OCDE, Recomendaciones del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria. Pág. 15

CAPÍTULO 4

LA EVALUACION DE IMPACTO REGULATORIO Y SU INCIDENCIA EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD NORMATIVA EN EL SALVADOR.

4.1 La Evaluación de Impacto Regulatorio (EIR).

*El Análisis de Impacto Regulatorio (AIR) o Evaluación de Impacto Regulatorio (EIR)*²⁴⁸, nace en los Estados Unidos, ante la necesidad de asegurar que las instituciones federales justificaran las intervenciones regulatorias antes de emitir una regulación y consideraran los medios de intervención ligeros antes de comprometerse con una regulación onerosa, y ante la necesidad de evitar imponer cargas regulatorias innecesarias a los negocios, resultado que en principio, se garantizó al introducir la obligación general de realizar un análisis costo - beneficio de alternativas a la regulación y justificar la adopción de esa regulación con beneficios netos²⁴⁹. Los estudios de análisis de impacto normativo valoran la oportunidad de una propuesta reglamentaria (y sus alternativas) su contenido jurídico, impacto competencial, impacto económico y presupuestario, cargas administrativas que conlleva, impacto y aportaciones de las diferentes consultas evacuadas, porque cuantas más opiniones se recaben sobre una propuesta normativa, mejor podrán aprovecharse sus aciertos y recoger sus errores.²⁵⁰

Por lo que se ha diseñado diferentes métodos para medir el impacto de la regulación, frecuentemente con una inclinación económica, y en otras con una inclinación normativa o constitucional, estos métodos de evaluación normativa, más que herramientas para la toma de decisiones, se pueden considerar herramientas para la obtención de información sobre posibles efectos de las normas, puesto que la decisión final sobre que regulación se va a aprobar, no dependerá en la mayoría de casos, del resultado de una evaluación, sino que se tomará después de evaluar consideraciones políticas e ideológicas tanto para los tomadores de decisiones (legisladores, Presidente de la República, Consejo de Ministros, Consejos Municipales y demás órganos y/o funcionarios con potestad normativa), como de la sociedad que será afectada por la política²⁵¹.

Por tanto, la EIR en ningún caso sustituye la voluntad política, sino simplemente ayuda al regulador a adoptar decisiones adecuadas, suministrándole un marco racional para

²⁴⁸ Para los efectos de la presente investigación, se usará el término “Evaluación de Impacto Regulatorio -EIR” o “Análisis de Impacto Regulatorio-AIR,” de forma indistinta, ya que se trata de la misma herramienta, únicamente la denominación cambia de acuerdo al nombre que haya sido adoptado por el país u organismo para denominar dicha herramienta.

²⁴⁹ OCDE, Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en Perú. 20

²⁵⁰ Rivero Ortega, Derecho Administrativo. 76

²⁵¹ Ministerio de Justicia. Guía sobre el Análisis de Impacto Regulatorio. .26.

adopción de las propuestas normativas y facilitándole datos empíricos sobre los que basar su decisión, En otras palabras, *“el AIR se ha convertido en un instrumento efectivo en un proceso político moderno y basado en hechos, éste instrumento no viene a sustituir la necesidad de las decisiones políticas; al contrario, ofrece de un modo estructurado de información objetiva necesaria para un buen proceso de desarrollo de políticas y una decisión final bien informada.”*²⁵²

4.1.1 Definición

Para la OCDE, el Análisis de Impacto Regulatorio (AIR) *“es una herramienta que sirve para examinar de manera sistemática los beneficios, costos y efectos potenciales de una propuesta normativa (o alternativa no regulatoria) ya sea nueva o la modificación de una preexistente.”*²⁵³ Algunos autores como Gómez Asencio, sostienen que la AIR ha sido concebido como el elemento clave de la política de mejora regulatoria, como el núcleo a partir del cual se pueden desarrollar los elementos de la política de mejora regulatoria, en el cual se evalúa la capacidad de los Estados para asegurar la eficiencia y eficacia de la regulación, definiéndolo *“como un modelo estandarizado de análisis que permite evaluar y determinar los beneficios potenciales, los costes posibles y los efectos derivados de la regulación nueva o preexistente”*²⁵⁴ Se trata, por tanto, de un modelo institucional de análisis que evalúa la capacidad de los Estados para asegurar la eficiencia y eficacia de la regulación.

Este proceso reflexivo al principio del ciclo político permite la consideración de un importante rango de detalles que deben tenerse en cuenta cuando se diseña y aplica la regulación, para asegura la efectividad de una actividad regulativa es vital conocer las formas en que la regulación propuesta puede ser aplicada correctamente y también, como puede afectar a la capacidad de las partes para cumplir con ella, fortaleciendo la transparencia de las decisiones regulatorias y su justificación racional. La EIR fortalece la credibilidad de los tomadores de decisiones, incrementa la confianza pública en las instituciones reguladoras y en los actores políticos.²⁵⁵

De acuerdo con la recomendación de la OCDE, cuando los proyectos regulatorios sean potencialmente importantes en sus efectos sobre la sociedad, el análisis de las propuestas *ex ante* debe ser preferentemente cuantitativo. Esta evaluación debería incluir costos directos (administrativos, financieros, etc.) e indirectos (costos de oportunidad o efectos derivados). Sin embargo, el simple hecho de identificar cualitativamente los costos y beneficios es un avance importante que puede ayudar a

²⁵² Rivero Ortega, Derecho Administrativo. 76.

²⁵³ OCDE, Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en Perú. 18

²⁵⁴ Jacobs S.H. Regulatory Impact Assesement. Ob cit, en Gonzales Asencio, la Mejora Regulatoria, pág. 61.

²⁵⁵ Jean Paul Calle Casusol, Regulando con Calidad: el aporte de la OCDE, pág. 14

mejorar el proceso. En todo caso, es importante hacer una descripción cualitativa de los costos y beneficios identificados, previo a su cuantificación (si ésta es posible)²⁵⁶.

En suma, el análisis de impacto regulatorio es un instrumento de evaluación dirigido a determinar los beneficios potenciales, los costes posibles y los efectos de la regulación nueva o preexistente, que como se expresó anteriormente, en ningún caso sustituye la voluntad política, sino simplemente ayuda al ente regulador a adoptar decisiones adecuadas, suministrándole un marco racional para la adopción de las propuestas normativas y facilitándole datos empíricos sobre los que se basar su decisión. Así pues, en sentido estricto podría entenderse que el análisis o evaluación de impacto regulatorio es un informe, mientras que de una forma más amplia cabe concebirlo como un proceso de evaluación de propuestas regulatorias, de rango legal o reglamentario.²⁵⁷

4.2 Beneficios de la Evaluación de Impacto Regulatorio.

Los beneficios de la EIR, se traducen en un efectivo apoyo al mejor rendimiento de la economía, actividad empresarial y bienestar de los ciudadanos, la mejora de la gestión pública y un incremento de la efectividad y eficiencia al servicio público y entre los cuales se pueden especificar los siguientes²⁵⁸.

- 1) *Eficiencia y efectividad*: Ayuda a decidir con opciones de política pública más eficientes, descartando cargas burocráticas, apoyando la competitividad y procurando que la alternativa de solución elegida sea eficaz en el cumplimiento de los objetivos determinados; para lo que se establece un sistema racional de decisiones y evalúa de forma transversal la regulación.
Además, mejorar el proceso de toma de decisiones que define la normativa, promoviendo un proceso sistemático, con un enfoque comparativo sobre decisiones de política, que hace consciente al emisor de la normativa sobre la identificación precisa del problema que se quiere atender, además de las distintas alternativas para lograrlo.
- 2) *Transparencia*: Los documentos de la EIR, se tienen que hacer públicos, promoviendo así la transparencia, en tanto obliga a las entidades públicas a motivar sus acciones explicando porque la opción propuesta, es la más adecuada entre todas las alternativas disponibles en relación con sus impactos positivos y negativos.
- 3) *Rendición de cuentas*: Ayuda a las entidades públicas a establecer su responsabilidad plena por los resultados de la decisión tomada, incrementando su credibilidad. Este beneficio es mayor cuando se monitorean y evalúan los

²⁵⁶ OCDE, Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en Perú. 21.

²⁵⁷ Tomás Vásquez Lépinette y María Bahini, *La Calidad de la Ley: Una propuesta para su mejora*: Proyecto Adi. Fortalecimiento y Modernización de la Administración de Justicia en Marruecos, 2005-2009. (Madrid. 2009). Pág. 20

²⁵⁸ Secretaria de gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, “*Manual para la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante (AIR)*, (Perú. 2021). Pág. 5. www.gob.pe/pem

resultados de las decisiones. En este sentido, la EIR cuestiona la viabilidad económica de implementar una regulación, procurando que sus costes sean menores a sus beneficios.

- 4) *Coherencia*: Contribuye a que las decisiones no contradigan normas y regulaciones vigentes y sean adecuadas para alcanzar los objetivos de política pública a largo plazo y provee un método de análisis basado en evidencia e información empírica que compara las distintas propuestas o alternativas, promoviendo la identificación de beneficios y costos (directos o indirectos) derivados de la regulación.
- 5) *Promoción de la participación ciudadana en la elaboración de las regulaciones*: Esto debido a que dentro del proceso de EIR, existe una etapa de consulta pública y/o audiencia a las partes interesadas, lo que permite a los ciudadanos conocer sobre los proyectos de regulación, analizar los beneficios o costos que la regulación le causaran y tener la oportunidad de expresar su sentir con respecto a la norma, incluso puede no solo criticar sino proponer otras alternativas que les representen mayores beneficios o que en su aplicación produzcan un mayor valor social que el proyecto regulatorio inicialmente propuesto por el ente regulador²⁵⁹.

4.3 Clasificación de Evaluación de Impacto Regulatorio EIR.

Se han identificado tres tipos de EIR, clasificando cada uno de ellos a partir de los siguientes enfoques²⁶⁰:

4.3.1 Por el enfoque material del análisis

En la Practica se conocen distintos tipos de EIR, por su ámbito material de estudio. Unos están enfocados hacia áreas específicas, mientras que otros realizan un informe de carácter general, sino la primera de las posturas la más habitual en la práctica. Este enfoque puede ampliarse dependiendo de los siguientes tres aspectos:

- 1) Por la necesidad y oportunidad de la regulación (anteproyecto de ley o reglamento);
- 2) Por la memoria económica sobre el coste (para la administración) de la regulación, es decir, la trascendencia económica que significa para la administración pública la aplicación de la norma y
- 3) Por el Análisis del impacto por razón de género o naturaleza. Por ejemplo: En los países Bajos se realiza un análisis enfocado al impacto que produce la regulación sobre las empresas, en países como Republica Checa, Francia, Austria entre otros, esta distinción se hace por rubros, sea tributario, empleo, afectación sobre el presupuesto de las administraciones públicas, medio ambiente o medidas económicas.

²⁵⁹ Cabe mencionar que estos beneficios son recogidos en la ley de Procedimientos administrativos y ley de mejora regulatoria, dentro de los principios del Art 3 y 160 LPA y Art. 6 LMR,

²⁶⁰ Vázquez Lépinette. La calidad de la Ley. 22.

4.3.2 Por el enfoque temporal del análisis

Doctrinariamente la evaluación de impacto regulatorio, se ha dividido en dos: Evaluación Ex Ante y Ex post, diferenciándose primordialmente por el momento en que es utilizada, así tenemos²⁶¹:

1) *Evaluación ex -ante:*

se realiza cuando aún no existe ni siquiera un proyecto normativo, sino una diversidad de alternativas para resolver un problema público, momento en el cual usar la herramienta de evaluación Ex - ante sirve para proponer y comparar entre las alternativas existentes para decidir cuál de todas es idealmente la mejor; tiene un carácter prospectivo, en el que decide si conviene o no una actuación regulatoria y su tipo.

En el sentido anteriormente propuesto, una evaluación ex ante es aquella que se efectúa con anterioridad a la aprobación y aplicación de la política pública, es decir, suele tener espacio en el trámite prelegislativo o legislativo propiamente tal (a modo genérico, en la gestación de la política pública), para el caso de El Salvador, sería para normas que causen un impacto significativo en el ámbito económico y/o social, afecten el clima de inversión o genere altos costos de cumplimiento, por lo que se adopta para tramites pre normativos, o normativos y lo que busca es anticipar los impactos futuros de una determinada política o regulación. Es importante mencionar, además, que uno de los principales objetivos de esta evaluación es precisamente definir el problema de forma adecuada, estableciendo los objetivos regulatorios o de política pública con claridad²⁶².

Entre las ventajas se puede identificar que permite medir el impacto que generará la aprobación y ejecución de un nuevo cuerpo normativo, estudiando cada una de las alternativas presentadas y sobre ese estudio decidir si regular o no, y si se regula cual alternativa fue la más idónea para solucionar el problema público objeto de la regulación; la evaluación ex – ante, también permite hacer consultas a la población o a expertos sobre las alternativas preferidas.

2) *Evaluación Ex -post:*

Surge sobre un proyecto de norma o norma ya aprobada, es decir, sobre una norma ya existente, se basa en la medición de los efectos que ciertamente ha tenido una norma en la realidad, pudiendo verificar y valorar si la norma cumplió con su propósito o el impacto que tuvo para resolver el problema planteado, por lo que dependiendo del peso que se le dé, puede servir como insumo o definir por sí mismo, si un proyecto debería ser aprobado o si una norma debería o no mantenerse vigente.²⁶³

²⁶¹ Ministerio de Justicia. Guía sobre el Análisis de Impacto Regulatorio. 26.

²⁶² Nicolas Iván Gálvez Guerrero, *La Evaluación de Impacto Regulatorio en materia de Derechos Humanos: Aplicación actual, desafíos y potencialidades*, Universidad de Chile, (Chile, 2020). Pág. 9

²⁶³ Ministerio de Justicia, Guía sobre el Análisis de Impacto Regulatorio. 27.

Este tipo de evaluaciones se ha entendido como aquella evaluación que se efectúa con posterioridad a la aprobación y aplicación de la regulación o política pública respectiva. Se liga directamente con la evaluación *ex ante*, dado que si esta última lo que hace es delimitar el problema para poder fijar los objetivos regulatorios y/o de política pública, la evaluación *ex post* tiene como uno de sus principales objetivos el determinar si el marco regulatorio o la política pública alcanzó los objetivos deseados, si fue eficiente y eficaz y, si en caso de detectarse cualquier impacto inesperado, esto fue abordado de buena manera por el instrumento regulatorio. Entonces, podemos decir que existen distintas motivaciones para efectuar un análisis *ex post* de una determinada política pública, lo cual podemos resumir en: 1) Determinar el resultado, impacto y eficacia; 2) Determinar costos y beneficios, 3) Investigar problemas identificados por la ley; 4) Evaluar aplicación, cumplimiento, conocimiento y ejecución; 5) Mejorar el proceso de elaboración de leyes y la calidad futura de la legislación con una visión hacia los beneficios políticos y de gobernanza. 6) Forjar relaciones y establecer redes entre las partes interesadas involucradas en la elaboración y aplicación de la ley, como por ejemplo, la relación entre los sujetos reguladores y la sociedad civil, Organizaciones no Gubernamentales y académicos²⁶⁴.

En suma, un análisis *ex-post*, es una evaluación cuya función es verificar la corrección de las evaluaciones realizadas *ex-ante*. Además, un análisis *ex post* es un instrumento de gran utilidad para evitar (la perseverancia de) errores regulatorios, ya sean de concepción normativa o de aplicación.

En El Salvador, se sigue esta clasificación, ya que regula tanto la evaluación *ex ante*, entendida como en análisis que es la que se realiza antes de decidir regular o no regular, es decir, para elegir la alternativa regulatoria que ofrezca la mayor efectividad para solucionar un problema identificado (art. 17 LMR) y la Evaluación Ex Post, que deberá realizarse en un máximo de diez años posteriores a la entrada en vigencia de una regulación, con lo que se pretende medir la eficacia de la regulación, su adaptación a la situación actual que se vive y en base a ello decidir si debe conservarse, reformarse o derogarse (Art. 21 LMR)

4.3.3 Por la normativa Objeto de Análisis

Una EIR puede tener por objeto la normativa de rango Ley, como de rango inferior a la ley (decretos, órdenes ministeriales, circulares, instructivos, normas técnicas, etc.) si bien es cierto que en principio, el impacto puede ser el mismo en una norma de rango legal que una de rango inferior a la ley, no habría porque distinguir entre unas normas y otras, no obstante, esta clasificación se da tomando en consideración los siguientes aspectos:

²⁶⁴ Gálvez. Evaluación de Impacto Regulatorio en Derechos Humanos. 10

1) Por el rango de las normas afectadas dependiendo del contexto jurídico-político del país en que se implanta el análisis de impacto regulatorio (cuando son normas emitidas ordinariamente por la administración pública o si se dictan en un Estado de urgencia y necesidad;

2) Por la determinación que normas dentro de un determinado rango normativo son objeto de AIR, si todas ellas son de carácter general, la restricción recae sobre determinadas materias;

3) Dependiendo si la EIR puede implantarse sobre normas ya existentes o únicamente en relación con normas de nueva creación.

Sobre ésta clasificación, en cuanto a la aplicación nacional de acuerdo con entrevista al Lic. Cesar Monroy²⁶⁵, sí existe una diferenciación en la elaboración de EIR, que se origina en los art. 159 y 162 LPA y los artículos 2, 3, 17 y 18 LMR, va orientada a que la EIR regulada por la LPA va dirigida exclusivamente a normas administrativas, independientemente de la denominación que se les otorgue, y se establece en esta misma ley, el procedimiento para la aprobación de las normas. En cuanto a la EIR que establece la LMR, es aplicable no solo a normas administrativas, sino que a leyes formales, cuyo contenido afecte el clima de negocios, la competitividad, el comercio exterior y la atracción de inversiones. (sobre esta clasificación se analizará con más profundidad en el subtítulo de procedimiento para la elaboración de EIR)

4.3.4 Por el fundamento jurídico del análisis de impacto regulatorio

El fundamento jurídico del EIR es un buen indicador de la relevancia práctica de este análisis. Se acepta generalmente que, a mayor rango legal, mejor aplicación de los AIR, no obstante, el elemento esencial en la aplicación del AIR reside en el contexto histórico y administrativo del país en que se aplica, así como en el nivel de implicación de los altos cargos y altos funcionarios.

En este orden de ideas. puede distinguirse cuatro grupos de países, clasificados en función del rango legal de la obligación de efectuar un análisis de impacto regulatorio.

- 1) Contenida en una Orden Presidencial: Estados Unidos de Norte América.
- 2) Contenida en un Decreto: Australia, Austria, Países Bajos
- 3) Contenida en un acuerdo de Consejo de ministros o similar: Portugal, Suecia, Reino Unido y España (en cuanto a la Evaluación Ex-post),
- 4) Contenida en una norma con rango de Ley: España (en cuanto a la evaluación Ex-ante), República Checa, Corea del Sur, México y Colombia y también se encuentra El Salvador, puesto que la obligación de elaborar una EIR se

²⁶⁵ Entrevista al Lic. César Monroy, Técnico Jurídico del Organismo de Mejora Regulatoria, realizada por Roxana Maybelly Ramos López, el día 19 de julio de 2021, como parte de la presente investigación.

encuentra en dos leyes: Ley de Procedimientos Administrativos y Ley de Mejora Regulatoria.

4.3.5 Por el Órgano de Control de la Calidad Normativa

Como todo sistema normativo, siempre requiere de un ente con competencia de control de la calidad normativa, cuya función especial sea la fijación de las pautas que ha de seguir la EIR, el asesoramiento técnico en la realización del AIR, así como la revisión de la calidad del propio análisis de impacto regulatorio.

Los modelos que se dan fundamentalmente son tres:

- 1) El de un órgano de control independiente (como ejemplo Países Bajos y UE);
- 2) Una atribución de control dentro de los mismos ministerios (como Alemania y España),
- 3) La ausencia de mecanismo de control alguno (como en el caso de Francia).

Para efectos de la presente investigación, y para situar a la regulación salvadoreña dentro de esta clasificación se podría enmarcar en el segundo tipo, puesto que la Ley de Mejora regulatoria²⁶⁶, le confiere la rectoría del sistema de mejora regulatoria, al órgano Ejecutivo, por medio del Organismo de Mejora Regulatoria, el cual goza de autonomía únicamente funcional y técnica, no así de independencia y personalidad jurídica propia.

4.3.6 Dependiendo de los costos de cumplimiento que genere una regulación.

Para el caso específico de El Salvador, la Ley de Mejora Regulatoria, crea una clasificación de las regulaciones, que dependen de los costos de cumplimiento de las regulaciones²⁶⁷, así tenemos:

- 1) *Las que general Costo de cumplimiento:* Que son aquellas propuestas regulatorias, cuyo contenido cumple con uno o más de los siguientes supuestos: crean nuevas obligaciones para los particulares o vuelven más estrictas las ya existentes; las que crean o modifican trámites, excepto cuando sea para simplificar o facilitar su cumplimiento; las que reducen, restringen o afectan derechos y prestaciones y las que establecen definiciones, clasificaciones o cualquier término de referencia que, conjuntamente con otras regulaciones en vigor, puedan afectar derechos, obligaciones, prestaciones o trámites de los particulares. A manera de ejemplo podría pensarse en la elaboración de normas técnicas para la prestación de un servicio público de financiamiento para la compra de una vivienda, que incluye una lista de requisitos que el ciudadano

²⁶⁶ Art. 10 LMR.

²⁶⁷ Art. 18 LMR.

debe cumplir y presentar para solicitar el servicio, en esa misma regulación se establece los plazos y forma en que la administración pública debe resolver aprobando o denegando el financiamiento para la compra de una vivienda.

Las regulaciones que contienen alguno de estos supuestos, para la aprobación de la regulación, deberá de realizarse previamente una evaluación de impacto regulatorio, que cumpla con todos los requisitos establecidos en el art. 17 LMR y que deberá someter a la aprobación del OMR.²⁶⁸.

- 2) *Las que no generan costo de cumplimiento*, se refiere a las normas que en su contenido no cumplen con ninguno de los supuestos detallados en el ítem anterior, por lo que no es requerido hacer una evaluación de impacto regulatorio, y, en consecuencia, los sujetos obligados deberán solicitar un dictamen de exención al OMR, en que se justifique su solicitud²⁶⁹. por ejemplo: la elaboración de una guía de implementación de medidas bioseguridad por covid-19, que deben cumplir los empleados de una institución para entrar y permanecer en los centros de trabajo. Que solo contiene las medidas a tomar y los procedimientos a seguir por los empleados de una institución pública, para evitar y mitigar el riesgo de contagio del virus covid-19 por parte de los empleados, lo cual no generaría costos para los particulares, ya que no les impone ninguna carga o costo de cumplimiento diferente a las medidas nacionales que se están tomando al respecto.

Para estos casos, la exención deberá ser solicitada por el sujeto obligado o regulador al Organismo de mejora regulatoria, de forma escrita en el formato elaborado por el OMR, y contener la información que ahí se solicita, posteriormente, el Organismo, realizará una evaluación de la solicitud de exención y la propuesta de regulación, verificando primeramente que el contenido de la regulación cumpla con los lineamientos exigidos y sea consistente con la propuesta de regulación y finalmente confirmar que efectivamente la propuesta regulatoria no genera costos de cumplimiento para los particulares.

En consecuencia, si la OMR confirma que la regulación solicitada no genera costos, emitirá un dictamen de exención, pudiendo el sujeto obligado continuar con el proceso de aprobación de la propuesta regulatoria²⁷⁰.

En este punto es importante resaltar que la Ley de Procedimientos administrativos, en su Art. 162 establece un procedimiento para la aprobación de normas administrativas, que incluye etapas similares a las de la Evaluación de impacto regulatorio, pero no hace distinción entre las que general costo y las que no.

²⁶⁸ Lineamiento 6, Organismo de Mejora Regulatoria, Lineamientos para la Elaboración de Evaluaciones de Impacto Regulatorio Ex Ante. (San Salvador, 4 de enero de 2021).

²⁶⁹ Art. 19 LMR.

²⁷⁰ *Ibíd.*, lineamiento 8.

4.4 Elementos de la Evaluación de Impacto Regulatorio.

De acuerdo con el art. 17 LMR y 10 Lineamientos para la elaboración de la EIR, ésta deberá contener al menos los siguientes elementos:

4.4.1 Determinación del Problema a regular

Deberá contener una definición del problema²⁷¹: el primer paso siempre es identificar exactamente cuál es el problema de política pública que se intenta resolver mediante una norma. La definición del problema, desde el punto de vista económico, se identifica con las fallas de mercado. Sin embargo, dado que los intereses que busca resolver la sociedad pueden ser y suelen ser extra económicos, el problema a resolver debe de especificarse, puede ser, por ejemplo, mejorar la salud o la educación de la población o reducir la criminalidad. Además, debe de identificarse los posibles afectados con la emisión de la regulación, por tanto, debe identificarse las personas que podrían resultar afectados o beneficiadas con la regulación, la finalidad de esto es calcular correctamente el impacto de la norma, por un lado: y conocer las opciones de los involucrados, por la otra²⁷².

En este orden de ideas, las entidades públicas deben definir y precisar claramente el problema público, basándose en evidencia, puesto de dependiendo como se defina el problema, determina si la solución es adecuada para resolverlo. Para lograr este cometido, es indispensable precisar la delimitación, las causas, efectos y magnitud. No se debe definir el problema público como la ausencia de solución a un problema, sino como una situación que merece ser mejorada o corregida.

De conformidad con los lineamientos dictados por el ORM, la explicación del problema deberá contener²⁷³:

- 1) Identificación específica de la problemática y de los sujetos afectados,
- 2) Estimación de la magnitud de la problemática;
- 3) Posibles causas y consecuencias subyacentes; y
- 4) Evolución esperada de la problemática en caso de no intervención

Para la delimitación del problema, se debe considerar los siguientes aspectos²⁷⁴:

- 1) Analizar la situación problemática (¿qué es el problema?, ¿Por qué es un problema?, ¿cuál es el contexto?)
- 2) Se debe de recabar los datos de “la situación problemática”
- 3) Se debe analizar los problemas relacionados, en tanto pueden ser causas
- 4) Se debe definir concretamente el problema

²⁷¹ Art. 61 inc. Final LPA, 17 lit a) LMR

²⁷² Ministerio de Justicia. Guía sobre el Análisis de impacto regulatorio. 29

²⁷³ OMR, Lineamientos para la elaboración de EIR. 10.1.

²⁷⁴ Secretaria de Gestión Pública, Manual para la Aplicación del AIR, 17.

- 5) Se debe describir como se ha desarrollado el problema a lo largo del tiempo y cómo las políticas existentes lo afectan.

En cuanto a la causa y efectos, la realización de un buen análisis de causa y efecto, contribuirá a determinar la calidad del resto del análisis y debe estar apoyado en evidencia, las causas e hipótesis que tienen que ser validadas posteriormente, para realizar este análisis se puede utilizar la metodología del árbol de problemas²⁷⁵ mediante la cual se establecen las causas y efectos de un problema público. Cabe resaltar que para identificar la(s) causa(s) real(es) del problema se debe probar cada posible causa contra los efectos observados en el análisis. Asimismo, se debe tener en cuenta, incluso, las causas que exceden del ámbito de competencias de la autoridad, no obstante, identificarlas permitirá visibilizar todo el panorama y el margen de acción de la entidad.

Según los lineamientos de OMR, los entes reguladores, deberán detallar la evidencia cualitativa o cuantitativa que respalde la existencia del problema y la definición de la misma, es decir, que la propuesta regulatoria debe sustentarse en datos científicos, información objetiva y real para determinar la dimensión del problema y todas sus aristas, de la forma más objetiva posible. En la medida de lo posible, deben evitarse enunciados genéricos como “todo el país”, “toda la población” o similares.

Para lograr este cometido, el OMR a formulado la siguiente serie de preguntas claves para orientar la definición del problema que se pretende regular²⁷⁶:

- 1) ¿Cuál es el problema o situación que se ha identificado?
- 2) ¿Quién es afectado por la problemática?
- 3) ¿Cuáles elementos ayudan a dimensionar el riesgo?
- 4) ¿Cuál es el origen o la fuente del problema?
- 5) ¿Se cuenta con evidencia de que existe un problema?
- 6) ¿Existe el problema actualmente o nos estamos anticipando a alguna situación?
- 7) ¿Existe ya regulación de parte del gobierno que trate infructuosamente de atender la problemática?

²⁷⁵ Esta metodología consiste en un ejercicio sistemático en el que se establecen niveles de problemas interrelacionados. Primero se identifican todos los problemas posibles y se los ordena de modo jerárquico, colocando en el nivel más bajo de la jerarquía a aquellos problemas que ocasionan los problemas colocados en un nivel superior. De esta manera es posible identificar con claridad el problema principal y las relaciones de causa-efecto entre el problema principal y los otros problemas posibles identificados. Pasos para hacer un árbol de problemas: 1) Listar todos los problemas posibles en relación con el tema analizado, teniendo en cuenta sólo problemas reales. 2) Determinar al problema principal. 3) Determinar cuáles de los problemas posibles son “causas” o “efectos”. 4) Ordenar las “causas” y “efectos” en niveles respecto al problema principal. Secretaria de Gestión Pública, Manual para la Aplicación de AIR. Pág. 16.

²⁷⁶ Art. 10.1 LEEIREA.

4.4.2 Identificación de los objetivos de la regulación.

En cuanto a la identificación de objetivos que se persigue conseguir con la propuesta de regulación, parte de la pregunta: ¿Qué es lo que el gobierno pretende alcanzar con su intervención? Una vez el problema ha sido definido, y se ha establecido que hay justificación para que se realice una intervención, el regulador debe identificar los objetivos de la intervención, es decir cuál es el resultado o efecto que se espera tenga la intervención. Es importante cuidar no confundir los objetivos de la EIR, que puede perseguir, por ejemplo: hacer un estudio para determinar si se necesita regular o no; sino de los objetivos de la intervención regulatoria, es decir, los objetivos que persigue la regulación que se pretende aprobar y aplicar (por ejemplo, el objetivo es reducir el número de muertes por accidentes de tráfico en un 50% en un plazo de 5 años).

Los objetivos son básicos para que se pueda continuar con los siguientes pasos del EIR, puesto que se convierten en el referente con el que regulador podrá definir las alternativas y evaluarlas. Un objetivo es una meta o un propósito a alcanzar. Por ello, definir los objetivos adecuadamente es importante, ya que ellos sirven para guiar el análisis, pues una desviación nos alejaría del objetivo a conseguir. Una forma de identificar los objetivos es pensar en beneficios. Los objetivos, generalmente, se refieren a los aspectos positivos de la intervención regulatoria, es decir, de los beneficios que el gobierno quiere alcanzar²⁷⁷.

Los lineamientos emitidos por la OMR sobre la elaboración de EIR²⁷⁸, en congruencia con las recomendaciones de la OCDE, establece que los objetivos que pretendan ser alcanzados por los entes reguladores, en elaboración la regulación planteada, debe cumplir con los siguientes criterios²⁷⁹ (Objetivos S.M.A.R.T. por sus siglas en Ingles):

- 1) Ser específicos (**S**pecific): es decir, deben de ser precisos y concretos, de modo que no quede espacio a interpretaciones diferentes;
- 2) Medibles (**M**asurable): Deben definir un estado futuro deseable, que puedan ser medido para verificar si el objetivo ha sido alcanzado.
- 3) Alcanzables (**A**chievable): Debe ser determinado de tal forma que sea posible que se logren los objetivos planteados;
- 4) Realistas (**R**ealistic): Deben estar directamente conectados con el problema y sus causas para estar acorde a la realidad y
- 5) Acotados en el tiempo (**T**imely): es decir, deben de estar definidos en un periodo de tiempo preciso que permita evaluar su cumplimiento.

²⁷⁷ OCDE, *Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo: Proyecto Incorporando el uso de Análisis de Impacto Regulatorio en el Proceso de Toma de Decisiones de Colombia*, (Colombia, 2015). Pág. 16.

²⁷⁸ Lineamiento 10.2 LEEIREA.

²⁷⁹ Consejo Nacional de Competitividad de Colombia, *Guía de Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante* quien lo tomo de la Comisión Europea, “Better Regulation Toolbox 16. Pág. 23

Por tal razón los objetivos deben ser expresados de forma amplia, de tal manera que no estén sesgados a una alternativa o mecanismo en particular y deben ser coherentes con las políticas generales y los objetivos macroeconómicos del gobierno. Además, deben de poder responder a las siguientes preguntas²⁸⁰s:

- 1) ¿Qué se busca lograr?
- 2) ¿Qué representaría un resultado exitoso?
- 3) ¿cómo se podrán medir los resultados y el logro de los objetivos?

Es bueno distinguir entre diferentes tipos de objetivos, relacionados con el tipo de intervención regulatoria que se pretende hacer y el efecto que se desea producir:

4.4.3 Objetivos generales.

Se refieren a lo que la intervención regulatoria pretende alcanzar. Generalmente los objetivos generales deben pensarse en relación a los beneficios sobre la sociedad, la economía o medio ambiente. Están directamente ligados a metas de gobierno específicas y ya establecidas, lo más importante en esta etapa, es hacer un análisis pertinente de cara a la solución del problema. Estos objetivos suelen ser más difíciles de medir directamente y son conseguidos solamente cuando una serie de intervenciones previas son garantizadas.

4.4.4 Objetivos específicos.

Fraccionan el(los) objetivo(s) general(es), en otros intermedios, específicos, que presentan los resultados directos que se espera obtener de la intervención regulatoria, siendo más fáciles de definir y medir, puesto que son más específicos y se centran en un aspecto muy determinado que pretender cubrir con la regulación proyectada, entre estos se encuentran:

4.4.5 Objetivos operacionales.

Se relacionan con los insumos necesarios y primeros productos que resultan de la combinación de dichos insumos para avanzar y obtener los objetivos específicos y los generales²⁸¹.

Es importante puntualizar, que el caso de los objetivos específicos/operativos, son considerablemente dependientes de las alternativas disponibles, y, como tal, pueden y deben especificarse durante el análisis, más que al comienzo del proceso. Por ello, es importante recalcar que el análisis de este componente debe irse retroalimentando a medida que se va avanzando en el análisis. Adicionalmente, debe analizarse preliminarmente cuáles son los riesgos de que no se cumpla con los objetivos. También,

²⁸⁰ Art. 10.2 LEEIREA.

²⁸¹ OCDE, Análisis de Impacto Normativo en Colombia. 16-18.

desde este punto se debe identificar indicadores que midan el progreso para alcanzar los objetivos trazados²⁸².

En este orden de ideas, cabe señalar que las intervenciones regulatorias al ser parte de una política pública, frecuentemente sus efectos tienen a ser graduales y eso supone que no siempre se conseguirán impactos inmediatamente. Por eso es importante pensar que, a lo largo de la intervención regulatoria, el gobierno puede ir mostrando resultados en cuanto al cumplimiento de los objetivos planteados, en diferentes niveles: operacionales, específicos y generales.

Es decir, que los objetivos generales sirven al regulador para establecer el impacto que se desea alcanzar con la intervención, los específicos y operacionales van a permitir ir definiendo, a lo largo del tiempo, estadios iniciales de resultados que serán importantes para finalmente conseguir impacto. Finalmente, los objetivos deben contener indicadores para que se pueda hacer seguimiento a su cumplimiento y a la obtención de los resultados intermedios (Evaluación ex post). Los objetivos nos permitirán nutrir la sección de implementación y monitoreo del EIR²⁸³.

De acuerdo con los lineamientos dictados por la OCDE²⁸⁴, referente a este tema, los sujetos reguladores se pueden hacer las siguientes preguntas para ayudar a definir los objetivos:

- 1) ¿Qué representa el éxito de la regulación Propuesta?
- 2) ¿Se han presentado problemas similares? En su caso, ¿Cuáles han sido los objetivos propuestos?
- 3) ¿Los objetivos propuestos son específicos, medibles, alcanzables, relevantes, limitados en el tiempo?
- 4) ¿Los objetivos son proporcionales a la magnitud del problema?
- 5) ¿Los objetivos son coherentes con las estrategias del gobierno?
- 6) ¿Cómo se planea dar seguimiento al cumplimiento de los objetivos?

4.4.6 Magnitud de la regulación.

En cuanto a la magnitud, se debe estudiar a quiénes o a qué afecta (directa o indirectamente el problema) y en qué grado (gravedad) los afecta. En ese sentido debe definirse el tipo de afectados (por ejemplo, empresas, ciudadanos, etc.). Dentro de este análisis, deben considerarse aspectos de ubicación geográfica (¿se afectan regiones, ciudades, el país, ya sea de modo total o parcial?) y de características especiales de los grupos afectados (por ejemplo, ¿se trata de grupos vulnerables de la sociedad?). Una vez que se cuenta con este "mapeo" de afectados debe analizarse la gravedad de la afectación respecto a cada uno de los grupos identificados. En ese sentido, debe tenerse una primera aproximación de qué tan significativos son los impactos en los grupos

²⁸² Secretaría de Gestión Pública, Manual para la Aplicación del AIR. 20.

²⁸³ *Ibíd.* 21.

²⁸⁴ OCDE. ABC de la Mejora Regulatoria. 70.

afectados. Es muy importante definir la gravedad con la finalidad de idear alternativas de solución proporcionales al problema que se pretende solucionar²⁸⁵.

4.4.7 Identificación de posibles alternativas disponibles para solucionar el problema²⁸⁶.

En esta fase de la EIR, se busca que el regulador identifique las opciones que considera viables para alcanzar los objetivos planteados, de tal forma que sea evidente el rango de posibilidades con las cuales se podría llegar a soluciones, es decir, que esta fase sirve para identificar las diferentes posibilidades de acción de las que dispone el regulador, para atender el problema a un costo aceptable, puesto que pueden existir otras alternativas y herramientas que sean más convenientes en las circunstancias particulares del problema que se está resolviendo, y que permitan luego comparar sus costos y sus beneficios²⁸⁷.

Las alternativas deben incluir tanto opciones regulatorias como no regulatorias. El objetivo de ello es lograr que ante la existencia de un problema público no se piense automáticamente en una regulación, sino que se exploren otras posibilidades. En el caso que la emisión de una regulación obedezca a un mandato de rango superior, de todos modos, debe realizarse el paso de identificación de alternativas, con el objeto de evidenciar si es la mejor alternativa de solución, para así mejorar los procesos de producción normativa en el largo plazo²⁸⁸.

Es importante vincular esta parte de la EIR a la definición del problema y a los objetivos, ya que se está tratando de resolver un problema público y lo que se pretende con la intervención regulatoria lograr encontrar una respuesta positiva o beneficios socio-económicos por lo general. Toda EIR deberá considerar, dentro del análisis de posibles alternativas, además de la propuesta de regulación, una o más alternativas no regulatorias y siempre deberá considerarse la opción de no intervenir o no hacer nada, siendo esta última la línea base de comparación que permitirá evaluar las opciones de política pública elegidas.

Es importante pormenorizar en qué consiste cada una de las alternativas planteadas, en especial la propuesta no regulatoria, que debe describirse de tal forma que facilite la comprensión de los posibles beneficios y costos asociadas a la misma. En el caso de la propuesta regulatoria se deberá detallar los principales contenidos de la propuesta regulatoria y en caso de un proyecto de reforma cómo se diferencia la propuesta de la regulación vigente²⁸⁹.

²⁸⁵ *Ibíd.*, 17-18.

²⁸⁶ Art. 17 lit b) LMR.

²⁸⁷ OCDE, Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo, Colombia. 28.

²⁸⁸ Secretaría de Gestión Pública, Manual para la Aplicación de AIR. 21.

²⁸⁹ Lineamiento 10.3, LEEIREA.

La decisión sobre qué opciones analizar depende de una revisión preliminar en donde se analicen y seleccionen aquellas que son legítimas, factibles y de costo eficientes o costo efectivas, para lo cual se puede tener como referencia también la experiencia de otros países en donde dichas alternativas hayan sido utilizadas. De la misma manera, dependerá en mucho de las causas que se estén tratando de resolver, pues una clara falla de mercado, por ejemplo, requerirá de intervenciones muy específicas para ser resuelta²⁹⁰.

Podría considerarse también la viabilidad institucional de una opción, pero entendida ésta como la factibilidad institucional de poder implementarla, es decir, si la entidad es responsable de resolver el problema (porque tiene facultades legales para hacerlo) y si la coordinación con otras entidades puede darse para asegurar que el problema sea resuelto (si no fuera el caso, sería posible buscar otras formas de solución), por tal razón la política de mejora regulatoria tiene como una de sus características la transversalidad, que permite abordar un problema público específico desde varios puntos de vistas o enfoques dentro de los cuales se puede incluir una pluralidad de sujetos, que desde sus competencias aporten alternativas de solución al problema y contribuyan al logro de los objetivos planteados. La falta de capacidades, institucionales o técnicas, no debería ser una razón válida para no analizar una posible opción. Es mejor que el regulador apunte, de manera transparente, a que no cuenta con las capacidades necesarias para analizarla a eliminarla sin haberla siquiera considerado en el EIR.

En cuanto a seguir los lineamientos de organismos internacionales especializados en áreas específicas, éstos, establecen directrices o desarrollan un conjunto de buenas prácticas con base en la experiencia de otros países, regiones u organismos, para resolver determinados problemas y donde la eficacia y eficiencia de las medidas para su solución ya fueron comprobadas, por tanto, tomar en cuenta la experiencia de organismos internacionales para la atención de una determinada problemática contribuye a la adopción de medidas óptimas de política pública.

En este orden de ideas, la OCDE ha emitido una lista de consideración para identificar alternativas de solución²⁹¹, entre las cuales se destacan las siguientes:

- 1) Las alternativas de solución deben estar claramente relacionadas con el problema identificado y el (los) objetivo(s)
- 2) Se deben considerar tanto las opciones regulatorias como las no regulatorias
- 3) Se deben explorar las posibilidades de resolver el problema e integrarlas al análisis cuando se tiene certeza de que potencialmente podrá ofrecer una solución (alternativas relevantes)
- 4) Reducir la selección inicial de alternativas relevantes por aquellas alternativas que son factibles, evaluándolas con criterios de eficacia y eficiencia.

²⁹⁰ OCDE, Guía Metodológica de análisis de impacto normativo. 19.

²⁹¹ OCDE, Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo. 2016. 28.

- 5) Se sugiere considerar la opción cero o “no hacer nada” como una de las alternativas propuestas (no debe ser una opción preseleccionada). Así mismo, no se debe de presentar solo la opción preferida
- 6) No se debe presentar una alternativa “extrema” (poco realista por razones diversas como falta de presupuesto o apoyo político y social) solo para justificar la elección de la opción preferida.
- 7) Debe contar con un sistema de evaluación y monitoreo del cumplimiento de cada alternativa.
- 8) Se debe de considerar el tiempo que se tomaría cada opción para su implementación.

Opciones Regulatorias y no regulatorias	
Tipo	Concepto
Desregulación o discontinuación	Se aplica cuando el problema a resolver es atribuible a una falla de la regulación, una opción a considerar es eliminar esa regulación, sin introducir nuevas reglas. (No siempre lleva a solucionar problemas, sino más bien a profundizarlos). Ej. Desregulación financiera.
Mejorar la aplicación/ implementación de las reglas actuales	La definición del problema y sus causas, si se lleva a cabo adecuadamente, debe aclarar los casos en los que es la aplicación de la regulación, no su contenido original, la que crea el problema a resolver, Ej. Procedimiento administrativo engorroso
Aplicar estándares internacionales	En el caso que se pueda estandarizar la regulación a los estándares internacionales existentes, esta opción debe ser considerada antes de desarrollar un marco regulatorio incompatible con normas internacionalmente pertinentes, que permitan obtener una ventaja sobre otros países.
Auto regulación	Consiste en códigos de conducta y acuerdos voluntarios hechos por los actores económicos, grupos sociales ONGs y grupos organizados que se establecen ellos mismos de forma voluntaria para regular y organizar sus propias actividades. Ej. Principios de redes más seguras. La Unión Europea.
Campaña de Información, sensibilización o similares	Se aplica cuando el problema deriva de la falta de información suficiente en el mercado, es posible imaginar soluciones relativamente económicas, que consisten en concientizar a los ciudadanos para inspirar comportamientos más virtuosos. Ej. Reciclaje de residuos.
Opciones de empujón (nudging)	Es una alternativa útil para tener en cuenta cada vez que un objetivo dependa de manera crucial de un cambio de comportamiento. La forma más efectiva de promover un cambio de comportamiento no es imponer

Opciones Regulatorias y no regulatorias	
Tipo	Concepto
	una opción particular, sino "inducir" o "empujar" hacia la opción más optima. ej. lucha contra la obesidad
Instrumentos basados en el mercado	Consiste en utilizar instrumentos para influenciar el comportamiento de los operadores en el mercado, proporcionando incentivos monetarios (negativos o positivos) o garantizando algunas reglas básicas del juego, Ej. Impuestos o tasas
Intervención pública directa (Inversión pública)	Consiste en resolver el problema mediante inversión pública, puede ser una forma de resolver problemas públicos, como alternativas o mecanismos de mercado, pero no en todo caso, encomendados al sector privado. Ej. Inversión en la creación de escuelas públicas.
Co-Regulación	Combina las ventajas de la naturaleza vinculante de la legislación con el enfoque auto regulador que estimula la innovación y refleja la experiencia de las partes involucradas. (la desventaja es la necesidad de establecer acuerdos de monitoreo) Ej. Códigos de conducta profesional suelen ser auto regulables, pero con cierta medida de involucramiento de gobierno, Junta de vigilancia de la profesión médica.
Regulación prescriptiva	Implica la incorporación de estándares obligatorios en la regulación. Ej. Estándares orientados a los resultados (sin especificar el resultado requerido, sin detallar los mecanismos exactos a través de los cuales se dará cumplimiento a la norma)
Regulación de la Y con tecnología	La tecnología puede ayudar en la definición e implementación de regulaciones, actuando como una herramienta moderna que puede aliviar los costos regulatorios y en particular reducir las cargas administrativas, al mismo tiempo que avanza a una supervisión eficaz y por tanto mejores tasas de cumplimiento

Cuadro extraído del Manual de Aplicación de la Evaluación de Impacto regulatorio AIR, secretaria de gestión Pública. Pág. 25.

Existe una lista de preguntas que facilitan el análisis de las alternativas regulatorias y no regulatorias, que pueden ayudar al ente regulador a escoger cual alternativa escoger para atender un problema identificado:

- 1) ¿Qué instrumentos de política se han tenido en cuenta?
- 2) ¿Cómo estos instrumentos podrían resolver el problema? ¿Cuál es la relación causa-efecto?
- 3) ¿Qué alternativas no regulatorias han sido consideradas?
- 4) ¿Qué sucedería en caso de no intervenir?
- 5) ¿Las alternativas consideradas son realistas y viables?
- 6) ¿Cuáles son las ventajas y desventajas asociadas con la alternativa propuesta?

- 7) ¿Qué alternativas han sido descartadas en una etapa preliminar? ¿Por qué?
- 8) ¿Los niveles de exigencia para su cumplimiento han sido considerados?
- 9) ¿Cómo se podría monitorear el cumplimiento de cada alternativa?
- 10) ¿El problema identificado se ha presentado en otro país? En caso afirmativo ¿Cómo se atendió? ¿A través de que instrumentos de política pública?
- 11) ¿Existen lineamientos, normas, directrices, entre otras, emitidas por alguna instancia supranacional que pudieran ser considerados para la propuesta regulatoria? En caso de ser afirmativo, señalar.
- 12) ¿Qué fuentes de información se consultaron para ampliar la gama de alternativas consideradas?²⁹²

4.4.8 Evaluación de los costos-beneficios de las alternativas regulatorias y no regulatorias consideradas para solucionar el problema.

Un concepto importante para entender la lógica que hay en la preparación de la EIR, es el tema de justificar correctamente la acción gubernamental. Toda intervención regulatoria va a crear impactos, positivos y negativos. Los impactos positivos, son los que permiten que una persona mejore o que haya mejoras en el bienestar colectivo, es un beneficio; por el contrario, un costo es aquello que hace que una persona esté en peores condiciones o trae una reducción en el bienestar de la sociedad. Por tanto, la intervención regulatoria debe darse cuando el regulador tiene buenas razones, basadas en evidencia concreta, que demuestran que su intervención regulatoria vale la pena y traerá beneficios para la sociedad. Es decir, cuando los beneficios para la sociedad justifican los costos que la acción gubernamental puede causarle a la sociedad en su conjunto²⁹³.

Por tal razón, el ente regulador, necesita identificar cuidadosamente los costos y beneficios asociados a cada una de las opciones seleccionadas, con el fin de analizarlos posteriormente para poder compararlas y determinar cuál de ellas es la mejor para la sociedad, una forma inicial de identificar los impactos es atribuirlos a los diferentes actores potencialmente afectados y que debieron ser correctamente mapeados durante la fase de definición del problema²⁹⁴.

En ese orden de ideas, los lineamientos dictados por el OMR, establecen que para cada una de las diferentes alternativas identificadas, los reguladores deberán realizar un análisis cualitativo y/o cuantitativo de los posibles beneficios y costos para los diferentes actores o grupos afectados. Dentro de los grupos afectados siempre deberá pensarse en los impactos sobre los empresarios, consumidores, Estado y sobre la

²⁹² Consejo Nacional de Competitividad, Guía de Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante. 29.

²⁹³ OCDE, Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo. 32.

²⁹⁴ *Ibíd.*, 32.

sociedad en general. De forma similar deben analizarse los impactos económicos, sociales, culturales y/o medioambientales en caso que los haya²⁹⁵.

El análisis de costos y beneficios puede hacerse de manera cualitativa y cuantitativa. La información cuantitativa es la que se expresa en términos numéricos y monetarios. Hacer el análisis de una forma cuantitativa es útil para quienes toman decisiones porque les permite conocer el tamaño de los beneficios y costos analizados, mientras se comparan las diversas alternativas de intervención. Un abordaje cuantitativo supone que hay que buscar datos sobre el tamaño del problema al que se enfrenta el regulador, los costos de la posible intervención regulatoria y los beneficios esperados para cuantificarlos y monetizarlos.

Sin embargo, no siempre es posible hacer esto de manera cuantitativa. Por ello, el análisis cualitativo puede ayudar a subsanar la falta de información y datos. Pero hay que tomar en cuenta que el análisis cualitativo puede ser evaluado de manera diferente por actores diversos. Por eso, es fundamental que la información que se recabe y procese sea presentada de la manera más objetiva, transparente y clara posible. El paso de análisis cualitativos a más cuantitativos dependerá, en muchos casos, de las capacidades técnicas que existan en la entidad regulatoria y de los datos disponibles o que puedan ser recabados²⁹⁶.

Es muy importante que, en la elaboración de la EIR, se observe el principio de proporcionalidad, según el cual, a mayor impacto potencial de la regulación, mayor debe ser el esfuerzo, profundidad y tiempo de análisis involucrado. En tal sentido, para una adecuada evaluación de impacto de las alternativas seleccionadas se recomienda²⁹⁷:

- 1) Identificar el tipo de impactos: económicos, administrativos, sociales, ambientales, etc.
- 2) Indicar los actores o grupos sobre los que recaen los impactos: sectores, regiones, ingreso, género, etc.
- 3) Identificar el tipo de información de la que se dispone: cuantitativa/cualitativa.
- 4) Comparación de impactos positivos y negativos.

Al respecto, se recomienda que la EIR se haga, preferentemente, de forma cuantitativa, proporcionado todos los datos con los que cuente para realizar el análisis y, solo en caso de que no existan datos cuantitativos, se podrá realizar un análisis cualitativo, previa justificación de la imposibilidad de realizarla cuantitativamente. Es más recomendable hacerlo en términos cuantitativos, ya que así es más práctico y objetivo hacer la comparación entre los beneficios y los costos y, particularmente, entre cada una de las alternativas seleccionadas, además, se recomienda identificar impactos

²⁹⁵ Art. 10.4 LEEIREA.

²⁹⁶ OCDE, Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo. 22.

²⁹⁷ Consejo de Competitividad. Guía de Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante. 30.

específicos como los que pueden recaer sobre las pequeñas y medianas empresas o en los mercados y el grado de competencia en los mismos²⁹⁸.

Para continuar con este tema, se va pormenorizar los aspectos fundamentales que se deben tomar en cuenta en el análisis de impacto de las alternativas regulatorias, entre las que se destacan las siguientes:

4.4.8.1 Los beneficios.

Los beneficios pueden ser divididos en:

- 1) *Beneficios directos*: Son aquellos que resultarán directamente de la intervención regulatoria.
- 2) *Beneficios indirectos*: resultarán de forma no directa de la intervención regulatoria²⁹⁹.

Sobre esta clasificación, es mejor explicarlo con un ejemplo: un mejor control en la producción, utilización y reciclado de residuos tendrá beneficios directos para los rellenos sanitarios y en las cadenas productivas, pero beneficios indirectos en el medio ambiente y en la salud de las personas, los cuales serán más complejos de medir y cuantificar. Como es posible identificar, el beneficio directo va en función de cumplir con el objetivo de mejorar el control, utilización y reciclado de residuos, ya que estos materiales pueden ser vendidos para su reutilización y reciclaje trayendo un beneficio directo al reciclador y a los rellenos que se verán menos concurridos al contener solo desechos clasificados como no reciclables; por otra parte, causara beneficios indirectos, cuando producto del reciclaje de desechos y reducción en el volumen de desechos sólidos, mejore las condiciones medioambientales en la localidad.

4.4.8.2 Los costos.

Los costos, a diferencia de los beneficios, suelen ser más fáciles de identificar, cuantificar y monetizar. La OCDE, define los costos como: todos aquellos que resultan de la adopción de un requerimiento u obligación legal o regulatorio, ya sean directos o indirectos en su naturaleza y pagados por empresas, consumidores, la propia administración o cualquier otro grupo afectado³⁰⁰.

Los tipos de costes son los siguientes:

4.4.8.2.1 Costos de cumplimiento:

Son aquellos en los que incurren las empresas y otros grupos a quienes va dirigida la regulación, con el fin de llevar a cabo acciones necesarias para el cumplimiento con los

²⁹⁸ *Ibíd.*

²⁹⁹ OCDE, Análisis de Impacto normativo en Colombia. 37.

³⁰⁰ OCDE. Recomendaciones del Consejo Sobre Política y Gobernanza Regulatoria. 11

requisitos de dicha regulación, así como los costos del gobierno para asegurarse que la regulación es puesta en marcha³⁰¹. Incluyen los siguientes tipos de costos:

4.4.8.2.2 Costos o barreras administrativas:

Son aquellos costos que resultan de cumplir con obligaciones de información que surgen de la regulación impuesta por el gobierno. Las obligaciones de información son las obligaciones regulatorias que hacen que los privados den información al gobierno o a terceros. Las obligaciones de información no siempre significan una transferencia de información, puede ser por ejemplo: el requerimiento de información in situ también, o el caso de una inspección.

4.4.8.2.3 Costos sustantivos de cumplimiento:

Son costos incrementales para quien tiene que cumplir con la regulación, fuera de los administrativos. En ellos se incluyen costos de implementación, laborales, generales, de infraestructura (equipo, materiales), servicios externos. Son los costos de aquello que es necesario para poder dar cuenta de la regulación y las obligaciones y requisitos que impone a los afectados.

4.4.8.2.4 Costos para hacer cumplir la regulación:

Son los costos en los que incurre la administración por hacer valer la regulación y su implementación. Son costos de cumplimiento, pero para el gobierno (en todos niveles) y pueden incluir todas las actividades necesarias para conseguir el objetivo regulatorio, tales como inspecciones, multas, recibimiento de quejas, análisis de muestras, etc³⁰².

4.4.8.3 Costos financieros.

Estos costos incluyen el costo del capital que tiene que ser invertido para cumplir con requisitos regulatorios. Por ejemplo, si una nueva regulación impone el uso de cierta maquinaria, la empresa puede necesitar hacer inversiones que deban ser financiadas por deuda o financiamiento del capital. Dentro de esta categoría, se identifican los siguientes costos.

4.4.8.4 Costos indirectos.

Los costos indirectos resultan de una manera incidental, puesto que no provienen directamente de la intervención regulatoria, y generalmente afectan a terceros. Suelen resultar de cambios de conducta en actores que tuvieron impactos directos. Por ejemplo, una regulación que impone el uso de un impuesto para controlar emisiones puede tener un impacto directo en el costo de producción, e indirectamente a la

³⁰¹ OCDE. Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo. 32-35.

³⁰² *Ibíd.*, 25.

substitución, por parte de los consumidores, del consumo de dicho producto por otros de menor precio.

4.4.8.5 Costos de oportunidad.

Son aquellos que surgen de la necesidad de diferir gastos de cumplimiento a otras actividades que pueden ser más productivas. El costo de oportunidad resulta de la diferencia entre las ganancias de la empresa (si es que existen) de sus gastos regulatorios y la mejor alternativa para esos recursos (por ejemplo, donde se esperará una ganancia mayor). Los costos de oportunidad, están determinados por las ganancias de capital de las empresas, mientras los costos financieros están determinados por los costos de capital. Un ejemplo de costos de oportunidad es el siguiente: Una empresa se ve obligada a posponer la expansión de su planta y capacidad productivas porque tiene que instalar nueva maquinaria que resulta de un cambio regulatorio impuesto por algún ente regulador.

4.4.8.6 Costos macroeconómicos.

Son costos que influyen en variables macroeconómicas, tales como el PIB o nivel de empleo. Generalmente las medidas regulatorias no afectarán directamente en este tipo de costos, pero su importancia puede ser muy relevante y por eso no deben pasar desapercibidos en el análisis.

4.4.9 Evaluación de los Costos y beneficios de las alternativas regulatorias.

Existen diversos métodos analíticos que permiten realizar la evaluación de impactos como el Análisis Costo Beneficio (ACB), el Análisis Multicriterio, el Análisis Costo Efectividad o Análisis de Riesgos; sin embargo, se recomienda que el ente regulador realice las estimaciones y/o evaluaciones en el marco de un ACB “suave”, es decir, combinando información cuantitativa y cualitativa, o “duro” si se cuenta con la información y el conocimiento para desarrollarlo. En todo caso, es importante ser consistente en la utilización del método para poder comparar las diferentes alternativas. En este punto, es necesario expresar que existe una multiplicidad de técnicas y herramientas económicas que pueden ayudar a aplicar estas metodologías³⁰³.

Según los estudios realizados por la OCDE, son cuatro las principales metodologías reconocidas para hacer EIR³⁰⁴, aunque el análisis costo-beneficio se mantiene como la metodología preferida en aquellos países que otorgan relevancia a la evidencia para tomar decisiones,³⁰⁵ En concordancia con ello, en El Salvador, se adoptan los métodos

³⁰³ Consejo de Competitividad, Guía de Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante. 31.

³⁰⁴ OCDE, Guía Metodológica de análisis de Impacto Normativo. 27.

³⁰⁵ Australia, Estados Unidos y Reino Unido, son países donde el análisis costo-beneficio tiene preeminencia para ser utilizado en la preparación de EIR. OCDE, Guía Metodológica de análisis de Impacto Normativo, Pág. 27.

recomendados por la OCDE y se incluyen en el Art. 10.4 de los lineamientos para la elaboración de la Evaluación de Impacto Regulatorio, los cuales son los siguientes:

- 1) Análisis de costos administrativos
- 2) Análisis multi-criterio
- 3) Análisis costo-efectividad
- 4) Análisis costo-beneficio.

A continuación, se aborda con más detalle cada uno de los métodos de análisis de las alternativas regulatorias propuestas.

4.4.9.1 Análisis de costos administrativos.

Esta metodología permite conocer los costos administrativos para tratar de reducir al máximo un costo que afecta directamente a los grupos afectados, principalmente al sector privado que puede ser desproporcionado, sobre todo con la mediana y pequeña empresa³⁰⁶. Esta metodología permite extrapolar, a través de información obtenida de grupos de trabajo, los tipos de actividades, tiempos y costos asociados que supone realizar “obligaciones de información” para cumplir con la regulación.

El modelo de Costo Padrón, es la fórmula más frecuente para expresar los costos administrativos en términos monetarios, se concentra en los costos administrativos, ha servido para desarrollar programas de simplificación administrativa a un nivel nacional. Este modelo, es una buena forma de identificar los costos y barreras administrativas creados por regulación, muchas veces ni siquiera necesarios o duplicativos.

El modelo Costo Padrón, surge de multiplicar los costos de las actividades que deben ser realizadas para cumplir con las obligaciones de información (Precio “P), por el número de actividades por año (Cantidad “C”):

- 1) Los costos de las actividades se calculan multiplicando el tiempo que se requiere por la tarifa, que puede ser una tarifa interna o el costo por hora de quienes dan apoyo por servicios externos y el tiempo.
- 2) El número de actividades anuales resulta de multiplicar la frecuencia por la población. La suma de los costos administrativos de todas las actividades ($\Sigma P*C$) son los costos administrativos totales de una regulación.

Se usa ordinariamente de una manera ex post, pero es posible utilizarlo también para intervenciones regulatoria ex ante, donde permite estimar costos administrativos e identificar barreras en actividades que potencialmente van a ser impuestas a quienes deben realizarlas³⁰⁷.

³⁰⁶ OCDE, Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo. 38.

³⁰⁷OCDE. Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo. 29.

4.4.9.2 Análisis multicriterio:

Es una opción en situaciones donde la cuantificación y la monetización de costos y beneficios se complica por falta de datos, información y experiencia técnica para hacerlo. El análisis multicriterio contribuye a tomar decisiones de una manera transparente y sistemática, siendo una opción creíble frente al análisis costo-beneficio. Su fortaleza radica en su capacidad para presentar beneficios que sin ser cuantificados pueden ser introducidos en el análisis para tomar decisión³⁰⁸.

El análisis multi-criterio supone identificar los objetivos de la intervención y determinar todos los factores (criterios) que indicarían que dichos objetivos se han cumplido. Los criterios deben ser ordenados de acuerdo a su importancia, Los criterios nos darán la idea de ventajas (beneficios) y desventajas (costos) de las opciones. Dichos criterios deben ser claramente definidos para que se trate de eliminar al máximo cualquier posibilidad de subjetividad en ellos. El análisis multi-criterio puede combinar elementos cuantitativos y cualitativos en el análisis. De esta manera, se resta subjetividad a la posibilidad de crear criterios y darles peso sin evidencia, pero al mismo tiempo permite que los aspectos cualitativos sean analizados adecuadamente. Esto sirve para dar confianza en el análisis³⁰⁹.

La metodología multi-criterio requiere de transparencia y participación de los grupos afectados. Los entes Reguladores que tienen experiencia en su uso generalmente organizan reuniones con grupos afectados para discutir los criterios, los pesos y los valores que cada opción tendría. Lógicamente, los diferentes actores tendrán posiciones diferentes y sería difícil imaginar que pudieran otorgar los mismos pesos y valores desde perspectivas diversas.

Este método, además sirve para dar confianza en el análisis. Una vez que se ha hecho esto, entonces las opciones pueden ser valoradas en relación a cada criterio. Los resultados de pesos y valoraciones se agregan para determinar cuál de las opciones alcanza mejor los objetivos. Una forma de medir la confiabilidad de los resultados de un análisis multi criterio puede hacerse al comparar los resultados de un análisis donde se han usado los criterios para dar valor a las opciones con un análisis donde esto no se ha hecho³¹⁰.

La legitimidad del ejercicio de priorización depende en gran medida, de cómo seleccionar los criterios y cómo se les otorgan los pesos., por eso es importante establecer un grupo multi-disciplinario que pueda compensar los intereses personales o de grupo.

³⁰⁸ *Ibíd.*

³⁰⁹ OCDE. Análisis de Impacto Normativo en Colombia. 39.

³¹⁰ *Ibíd.*,42.

4.4.9.3 Análisis Costo- efectividad:

Se refiere a una comparación de los costos y la efectividad de las alternativas que se están analizando. Es decir, comparar las opciones en términos de sus respectivos costos para alcanzar un resultado (entendido como un beneficio). En esta metodología se parte de la idea de que la intervención es beneficiosa y el regulador la utilizará para saber cuál de las opciones es la más efectiva (es, decir, cuál es la mejor para alcanzar el beneficio).

Este método supone que a las opciones que se han identificado para resolver el problema se les hará un cálculo de costos y se identificará una medida que represente la “efectividad”, siendo dicha medida algo no monetizable, para poder compararlas. Ejemplos de esa medida de efectividad pueden ser “vidas salvadas” o “empleos creados”. En esta metodología, el beneficio (la efectividad de la opción) no tendrá que ser monetizado. Esta es la diferencia básica frente al análisis costo-beneficio. Esta metodología requiere de menos recursos y experiencia para ser conducida con éxito; sin embargo, al no dar cuenta de una monetización del beneficio es importante notar que se limita a presentar cuál de las opciones vale más la pena de ser conducida, principalmente en términos de cuántos recursos los gobiernos tendrían que asignar para resolver determinado problema.

4.4.9.3.1 Pasos para utilizar el método de Análisis de Costo-Efectividad³¹¹:

- 1) *Establecer el marco de análisis:* una vez que las opciones han sido definidas, y se consideran adecuadas para resolver el problema, incluyendo la opción no hacer nada.
- 2) *Decidir que costos y beneficios serán incluidos en el análisis,* se debe seleccionar cuidadosamente los costos y beneficios que deben ser incluidos en el análisis, puesto que no solamente impactan en grupos específicos, sino también aquellos que impactan a la sociedad en su conjunto.
- 3) *Identificar y categorizar los costos y beneficios.* En este paso, es necesario identificar el mayor número de costos y beneficios que puedan ser incluidos en el análisis, categorizándolos adecuadamente.
- 4) *Proyectar los costos y los beneficios a lo largo de la intervención.* Debe considerarse el aspecto tiempo para estimar como dichos costos y beneficios podrán variar a lo largo de los años.
- 5) *Monetizar los costos.* Debe ser representado en una unidad monetaria, generalmente la moneda del país en que se elabora la regulación y es importante que se explique de donde surgen los valores, como se midieron los costos y cuáles fueron las suposiciones utilizadas para la medición.
- 6) *Cuantificación de los beneficios en términos de la unidad de efectividad.* Este paso identifica cuál es la unidad que va a describir el mayor impacto benéfico

³¹¹ OCDE. Guía Metodológica de Impacto Normativo. 31.

de la intervención y la unidad seleccionada dependerá, lógicamente, del problema a ser resuelto. La unidad de la efectividad estará también directamente relacionada al objetivo identificado (dándole respuesta a la pregunta: ¿qué es lo que el gobierno pretende alcanzar con su intervención?). El beneficio debe representarse en términos de unidades de efectividad, por ejemplo, vidas más productivas, mayores salarios o empleos creados. Los beneficios, en este caso, no serán monetizados.

- 7) *Descontar los costos para obtener los valores presentes.* El valor del dinero cambia con el tiempo y sufre costos de oportunidad, por eso, cuando se trata de estimar valores a lo largo del tiempo, éstos deben ser descontados para obtener el valor presente o el valor equivalente de la intervención en el primer año. En este análisis, el valor presente de los costos debe ser usado como el numerador de la relación costo-efectividad.
- 8) *Computar la relación costo-efectividad:* mide los costos en valores comunes monetarios y la efectividad de una opción en términos de unidades físicas.
- 9) *Hacer un análisis de sensibilidad.* Es importante que el regulador conduzca un análisis de sensibilidad a algunas suposiciones; esto es, modificar algunos de los parámetros utilizados para el análisis para poder confirmar la veracidad de las suposiciones, sobre todo en aquellos casos en que sean parámetros críticos para conducir adecuadamente el análisis.
- 10) *Identificar la mejor opción.* Una vez hecho el análisis costo-efectividad, el regulador tendrá mayores elementos para identificar la mejor opción. Sin embargo, ninguna metodología, por sí misma, ofrece una respuesta única a cuál sería la mejor opción. Hay otros elementos a considerar, por ejemplo, aspectos distributivos (cómo la medida puede afectar más a unos grupos que a otros) o de equidad.

4.4.9.4 Análisis Costo-beneficio (ACB).

El Análisis Costo-Beneficio (ACB), “*se considera un abordaje para guiar el proceso de toma de decisiones y también una metodología específica para el AIR, los cuales tienen, en su base, alguna forma o principio de ACB porque al final del proceso se trata de garantizar que la intervención solo se realice cuando los beneficios sean mayores que los costos*”. De esta forma, el ACB es considerado la metodología más completa para hacer AIR; A diferencia del análisis costo-efectividad, el ACB requiere de la completa cuantificación y monetización tanto de los costos como de los beneficios, constituyendo con ello la diferencia fundamental con respecto al análisis costo-efectividad.³¹²

El ente regulador, por eso, necesita identificar cuidadosamente los costos y beneficios asociados a cada una de las opciones seleccionadas, con el fin de analizarlos posteriormente para poder compararlas y determinar cuál de ellas es la mejor para la

³¹² OCDE. Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo. 34.

sociedad. Una forma inicial de identificar los impactos es atribuirlos a los diferentes actores potencialmente afectados y que debieron ser correctamente mapeados durante la fase de definición del problema. Bajo este método, para elegir una alternativa regulatoria, se debe tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- 1) *La Tasa de descuento*: La mayoría de las alternativas de solución generan costos y beneficios que se presentan en diferentes momentos en el tiempo. El valor que se asigna a los costos y beneficios depende de cuándo ocurrirán. La tasa de descuento actúa como un factor de corrección que refleja estos efectos distintos en la línea de tiempo. El descuento permite la comparación directa de los costos y beneficios que surgen en diferentes puntos temporales, valorando los costos y beneficios inmediatos más altamente que aquellos costos y beneficios que ocurren más adelante.
- 2) *Los criterios de decisión*: Dentro del ACB, se utilizan ciertos criterios de decisión para llegar a una toma de decisión de la mejor alternativa de solución. Estos criterios resumen el flujo del costo y beneficio que surgen del proyecto regulatorio. Los criterios de decisión normalmente empleados son: El valor actual neto (VAN), la relación beneficio-costos (RBC) y la Tasa Interna de Retorno (TIR).
- 3) *El riesgo e incertidumbre*: En el mundo real, es imposible predecir con certeza los impactos. Estos impactos dependerán de futuros acontecimientos, los cuales en gran parte no pueden ser controlados por quienes toman decisiones. Los AIR realizados en este contexto deben reflejar esta incertidumbre, tomándose en cuenta el riesgo y los diversos escenarios futuros que podrían ocurrir. En ese sentido, las estimaciones deben tener en cuenta técnicas como el denominado análisis de sensibilidad.
- 4) *El Peso muerto y desplazamiento*: El peso muerto es la parte del aumento del resultado que habría ocurrido de todos modos, independientemente de la propuesta de solución. El desplazamiento se produce cuando la creación de un proyecto conduce a una pérdida en el resultado en otro lugar.
- 5) *La determinación del valor de vida estadística*: Es el valor asignado a una vida humana con el propósito de poder realizar comparaciones analíticas. Se determina más comúnmente observando la disposición de una persona (o población) a pagar por buenos resultados de salud (o para reducir malos resultados de salud). También se puede determinar observando las opciones de compra de una persona, por ejemplo, cuánto una persona está dispuesta a pagar por el menor riesgo de muerte o lesión a través de accidentes de tráfico con el equipamiento de airbags en su auto.
- 6) *El Análisis del menor costo*: Es una variante del ACB, y se orienta a identificar la opción que minimiza los costos, lo cual implica que el funcionario considerará solamente los costos de la regulación. Por ejemplo: cuando los beneficios de las opciones alternativas ya han sido fijados y todas las opciones están orientadas a producir exactamente el mismo beneficio.

- 7) *Análisis de costo-efectividad*: Es una variante del ACB, e implica que el funcionario divida los beneficios por los costos correspondientes en lugar de calcular los beneficios netos. Este tipo de análisis permite individualizar la forma de empleo del presupuesto público que produce la mayor rentabilidad en términos de beneficios sociales, el llamado “valor por dinero”.

En este orden de ideas, el ACB requiere normalmente la monetización de todos los impactos (en términos de costos y beneficios) de las alternativas de solución (análisis cuantitativo) para ser comparadas entre sí. Si bien un análisis cuantitativo y detallado siempre es valioso, no todas las propuestas regulatorias lo requieren y no siempre será posible (por ejemplo, a falta de data de calidad). En caso de no poder monetizarse todos los impactos posibles, deberá procurar hacerse por lo menos respecto a los costos y beneficios directos. Cabe señalar que en caso no exista data de calidad que permita monetizar los costos y beneficios directos, se puede respaldar el análisis con métodos cualitativos³¹³.

Uno de los puntos que resulta complejo en esta metodología es la valoración que debe hacerse de una serie de impactos que no tienen un precio de mercado. Es decir, intangibles que pueden resultar de la intervención (por ejemplo, costos por no tener información o beneficios de tener una alimentación más saludable) y a los cuales es difícil atribuirles un valor monetario porque son bienes que no se comercializan y no se rigen bajo fuerzas de demanda y oferta.

4.4.9.4.1 Recomendaciones para el Análisis Costo-Beneficio³¹⁴.

- 1) *Incorporación de los costos y beneficios directos e indirectos de la opción*. Toda intervención va a ocasionar impactos directos de su puesta en marcha, creando costos y beneficios directos. Sin embargo, también ocasionará impactos indirectos que tenderán a generar efectos distributivos en la sociedad. Por ejemplo: la imposición de un nuevo requisito a empresas para cumplir con nuevos estándares de calidad de determinado producto puede ocasionar que el producto final tenga un aumento de precio (impacto directo). Ese aumento de precio puede ocasionar, por su parte, la decisión de los consumidores de buscar otros productos más baratos y sustituir con eso el consumo del producto que cumple con los nuevos requisitos (impacto indirecto).
- 2) *Distinguir entre costos y beneficios privados y sociales*. El ACB debe identificar claramente cuáles son costos privados y cuáles son costos sociales, puesto que ambos deben ser integrados en el análisis. El mapeo de actores conducido en las primeras fases del EIR, principalmente en la definición del problema, puede ayudar a hacer este trabajo, no olvidando agregar a la sociedad en su conjunto como un actor que potencialmente puede ser afectado con la intervención.

³¹³ Secretaría de Gestión Pública, Manual para la Aplicación del AIR Ex Ante. 34

³¹⁴ OCDE, Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo. 37-38.

- 3) *Evitar contar doblemente los costos y beneficios.* Cuando se presenta una intervención, generalmente los costos asociados a ella para algunas categorías de actores afectados pueden convertirse en beneficios para otro tipo de actores y viceversa. Los Costos y beneficios pueden ser las dos caras de una misma moneda y es importante no contabilizarlos doblemente en el ACB.
- 4) *No se deben incluir en el ACB costos hundidos.* Todos aquellos costos que ya fueron incurridos antes de la decisión que va a ser asumida y no pueden ser recuperados no deben ser integrados en el ACB, ya que el ACB es una evaluación sobre impactos a futuro y por eso deben ser incorporados solamente los costos y beneficios que potencialmente ocurrirán en el futuro.
- 5) *Los precios deben ser ajustados para remover distorsiones que puedan afectar el resultado del análisis.* Se recomienda que los precios a ser utilizados en el análisis se ajusten para tomar en cuenta factores como competencia imperfecta, monopolio público, externalidades, bienes comunes o desempleo. Esta parte puede resultar demasiado intensiva en términos de recursos para hacer el análisis, pero es recomendable tomar en cuenta este punto en casos donde verdaderamente estas distorsiones puedan producir efectos importantes en los resultados del EIR.
- 6) *Se debe definir correctamente el horizonte de análisis en el tiempo para que el punto de equilibrio ayude a entender si vale la pena intervenir.* Generalmente, los efectos de la intervención ocurrirán a lo largo del tiempo y el análisis ACB solo será válido si es posible determinar los beneficios y costos en el futuro. El ente regulador debe pensar cuidadosamente cual es el mejor horizonte de tiempo para utilizar, dependiendo del tipo de intervención. No hay una regla establecida para ello, pero lógicamente es ideal tomar un horizonte de tiempo que permita entender los efectos que pueden surgir de la regulación.
- 7) *Uso del análisis de sensibilidad.* El análisis de sensibilidad incorpora la incertidumbre que genera el comportamiento futuro de los parámetros en la evaluación de impacto. Este análisis se utiliza para explorar los rangos de valores que pueden asumir los efectos de la regulación, de tal forma que se puede determinar qué tan confiables son los resultados en caso de que algún parámetro no se comporte como inicialmente se había supuesto. De acuerdo a muchas guías metodológicas para hacer EIR, un análisis de sensibilidad debe ser hecho cuando exista alguna incertidumbre alrededor del valor de alguna variable, particularmente si dicha variable puede tener un impacto importante en la propuesta regulatoria. Dos temas resaltan en este punto: cómo identificar las variables apropiadas para conducir dicho análisis de sensibilidad y cómo seleccionar los valores para hacer el test de sensibilidad. Es importante que el regulador identifique con cuidado las variables que pueden ser modificadas, como la propia tasa de descuento, y los valores, basados en factores de probabilidad sobre las consecuencias que pueda tener la intervención.
- 8) *¿Cómo analizar el resultado para ayudar a la toma de decisiones?* Hay diferentes reglas que pueden ser usadas para tomar decisión, una vez que se

tiene el resultado del ACB. Una de ellas es usar el valor presente neto ($VPN > 0$) que indica que los beneficios de la intervención deben exceder los costos, expresados en términos descontados. Esta es la condición básica para que una intervención sea considerada benéfica y que valga la pena de ser introducida y suele ser la regla de decisión más usada a nivel internacional. En otros casos se puede usar la relación beneficio-costos de 1:1, que equivale a $VPN = 0$. La diferencia radica en que esta regla basada en la relación beneficio-costos permite clasificar a las diferentes opciones analizadas en función de su eficiencia, es decir, el número de unidades monetarias (pesos, dólares, etc.) producidos por cada unidad monetaria gastada (pesos, dólares, etc.), más que por su efectividad, como es el caso de la regla del VPN.

4.4.9.4.2 Ventajas del ACB:

- 1) Toma en cuenta todos los impactos (negativos y positivos) de las alternativas propuestas.
- 2) Facilita la comparación de la distribución en el tiempo de los costos y beneficios.
- 3) Puede utilizarse para establecer una secuencia (jerarquía) de alternativas de solución, incluidas soluciones no regulatorias.

4.4.9.4.3 Desventajas del ACB:

- 1) Es más costoso y lento que otros métodos.
- 2) No se pueden utilizar para evaluar los impactos para los que no hay datos cuantitativos o monetarios disponibles (por lo menos, de los costos y beneficios directos).
- 3) Problemas en la fijación de la tasa de descuento correcta.
- 4) Los procedimientos del ACB no están libres de sesgos importantes que puedan distorsionar el análisis de los impactos distributivos³¹⁵. El ACB comúnmente deja de lado impactos distributivos, por lo que su aplicación en ocasiones puede ser menos útil y hasta perjudicial. En ese sentido, se recomienda complementar el análisis con un método cualitativo que si tenga en cuenta el aspecto distributivo³¹⁶.

4.4.10 Selección de la alternativa que genere los mayores beneficios para la sociedad.

La selección de la alternativa más beneficiosa, se refiere a que los reguladores deben seleccionar la alternativa que genere mayor beneficio neto (mayor valor público, usando la relación beneficios menos costos)³¹⁷, la selección de la alternativa deberá ser consistente con el análisis desarrollado y en base a las pruebas recabadas. Con base en

³¹⁵ *Ibíd.* 37.

³¹⁶ Secretaría de Gestión Pública, Manual para la Aplicación del AIR Ex Ante. 35-36.

³¹⁷ OMR, LEEIREA. 10

lo anterior, puede afirmarse que el análisis costo-beneficio consiste en hacer una “apreciación de las consecuencias positivas y negativas de las políticas y luego compararlas con un parámetro común para identificar los efectos netos de la regulación.

Según la formulación normal de los criterios costo-beneficio, el propósito de la regulación es maximizar los beneficios netos en el margen: esto es, para adoptar una regulación se llega hasta el punto donde el beneficio marginal sea igual a los costos marginales”. En términos simples, el análisis costo-beneficio lo que permite es la comparación de distintas alternativas de proyectos para que quien deba tomar una decisión al respecto, pueda decidir teniendo en la mira los beneficios y costos asociados a cada uno de ellos. Sin embargo, al tratarse de una metodología de análisis cuantitativa, es necesario mencionar que tanto los costos asociados a cada uno de los proyectos, como también sus beneficios, deben ser valorizados. Esto trae ciertos problemas en algunos sectores que abarcan este análisis (denominados “sectores sociales”, como salud, vivienda y educación), dado que no siempre se pueden valorizar los beneficios con la precisión requerida por un análisis cuantitativo, lo que es incluso reconocido por la Orden Ejecutiva cuando reconoce que existen valores de difícil o imposible valorización, como la dignidad humana³¹⁸.

Cabe mencionar que dentro de las alternativas regulatorias, siempre se debe contemplar la alternativa de “no hacer nada”, es decir, mantener el statu quo, que debería siempre ser la primera opción a estudiar, haciéndose la pregunta de: ¿Qué sucedería si no se realiza ninguna intervención?, ¿El problema podría resolverse por sí solo a través de acciones promovidas por el mismo mercado?, ¿La situación empeoraría o podría volverse intolerable?; se trata de entender qué pasaría si las cosas se mantuvieran como están, si ya existe una política o norma el vigor se consideraría que esta continua y que actores potencialmente afectados pueden lanzar algún tipo de acción³¹⁹.

En resumen, podría decirse que cualquiera que sea la opción regulatoria escogida, muy posiblemente terminará siendo implementada a través de un instrumento legal (una ley, un decreto u otra norma administrativa, etc.). Esto no quiere decir que la norma sea el instrumento, sino el medio para hacer valer la alternativa elegida para dar solución a un problema público.

4.4.11 Análisis de los mecanismos de implementación, verificación y recursos necesarios para su aplicación.

El éxito de una buena regulación se centra en garantizar su implementación, que asegure el cumplimiento y solución o mitigación del problema/riesgo identificado, para garantizar una implementación adecuada de la propuesta de regulación se debe de considerar los siguientes aspectos:

³¹⁸ Gálvez, La Evaluación de Impacto Regulatorio. 10-12.

³¹⁹ *Ibíd.*, 20.

1. *Cumplimiento de la propuesta regulatoria*: El sujeto regulador, debe de detallar de la forma más clara y concreta posible como se va a verificar el cumplimiento de la regulación una vez que sea implementada. Lo que se pretende en esta etapa es buscar que la regulación tenga un alto nivel de cumplimiento, caso contrario, la regulación propuesta puede resultar ineficiente, innecesaria o contraproducente, creando más costos que beneficios, lo que llevaría a considerar la regulación como una mala regulación o una falla regulatoria.
2. *La verificación del impacto de la regulación*, puede llevarse a cabo por medio de un sistema de inspección moderno, que puede ser llevada a cabo por inspectores propios o a través de terceros acreditados, lo importante es que la inspección sea eficiente y objetiva, que incluya un conjunto de opciones amplias y graduadas para sancionar empresas y/o ciudadanos que incumplan, premiando la corrección rápida de los problemas detectados, ayudándolos a cumplir gradualmente con la regulación, pero también permitiendo soluciones coercitivas proporcionales al cumplimiento³²⁰.
3. *Construcción de Indicadores*: Los indicadores tienen relación con el proceso de recolección, verificación y sistematización de datos al que se ha hecho referencia previamente. Los indicadores cobran vital importancia para monitorear el desempeño de la regulación y su evaluación ex post. Ello permitirá establecer medidas confiables para verificar si se están cumpliendo con los objetivos que se fijaron para resolver el problema público identificado. Es decir, existe un vínculo estrecho entre el análisis de objetivos y el monitoreo y evaluación de la regulación a través de indicadores. Ello les brinda a los indicadores un protagonismo transversal en el marco del AIR. Existen diversos tipos de indicadores que pueden usarse en un AIR:
 - 3.1. *Indicadores de los recursos (input)*: Se trata de indicadores basados en los recursos que se necesitan para obtener un resultado. Por ejemplo, la cantidad de recursos humanos asignados para realizar cierta actividad. Este tipo de indicadores se usa cuando el AIR busca aumentar la eficiencia en la utilización de los recursos.
 - 3.2. *Indicadores de resultados (output)*: Se basan en los resultados directos de la intervención regulatoria. Por ejemplo: el número de pacientes tratados por una determinada enfermedad, el número de kilómetros de carretera construidos, el porcentaje de la población alcanzada por la banda ancha, etc. Estos indicadores no cuestionan el impacto de la regulación sobre la sociedad en su conjunto, sino que miden la eficacia de la regulación respecto a sus objetivos específicos/operativos.
 - 3.3. *Indicadores de impacto (outcome)*: Se refieren al impacto que la regulación ha tenido sobre las partes interesadas y/o sobre el bienestar social en general. Por ejemplo, el incremento en la expectativa de vida de la población, indicadores

³²⁰ Consejo de Competitividad, Guía para el Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante. 35.

de salud, etc. Están vinculados a los objetivos generales en relación al problema público.

- 3.4. *Mecanismos de Seguimiento y evaluación*: En caso se elija una alternativa regulatoria para solucionar el problema público y alcanzar los objetivos, es necesario establecer una estrategia que apoye a la implementación y el cumplimiento de la regulación. En la mayoría de los casos, la regulación fija la tarea de establecer las reglas e influir en el cambio del comportamiento de los ciudadanos, las empresas, etc. Sin embargo, es bastante evidente que no siempre se cumple con la regulación voluntariamente. Así, una parte importante del ciclo regulatorio es implementar y hacer cumplir la regulación.

En ese sentido, deben detallarse las estrategias que se proponen para lograr el cumplimiento de las obligaciones propuestas, considerando los posibles riesgos y un plan de mitigación de estos. Cabe señalar que ya desde la identificación de objetivos, se analizaron preliminarmente los riesgos de incumplimiento. Sin embargo, en el presente componente se profundiza en las posibilidades de cumplimiento y los riesgos al establecerse una estrategia más completa para hacer cumplir la regulación.

Debe hacerse un análisis del nivel esperado de cumplimiento respecto a la propuesta regulatoria. Si se concluye que hay un alto riesgo de incumplimiento, debe reevaluarse la estrategia o incluso reconsiderarse si la regulación es la mejor alternativa de solución. Esta tasa tentativa de cumplimiento es la base para medir la eficacia de la regulación respecto a los objetivos trazados. Las entidades deben tener en consideración que este paso es muy importante pues puede suceder que la regulación es adecuada, pero se generan inobservancias debido a los mecanismos de cumplimiento utilizados³²¹.

4.4.12 La Consulta Pública y sus Plazos.

La participación de los actores interesados en el proceso de creación de normas, es un principio fundamental de una política regulatoria adecuada. Por lo tanto, los gobiernos miembros de la OCDE acordaron en la Recomendación sobre Política y Gobernanza Regulatoria de 2012 que: *“adherirse a los principios de gobierno abierto, considerando la transparencia y la participación en el proceso regulatorio, garantiza que la regulación se encuentre al servicio del interés público y esté informada de las necesidades legítimas de aquellos a quienes concierne y afecta.”*

La consulta pública se define como *“la herramienta que sirve para involucrar a los interesados en participar con información, evidencia o comentarios en la construcción de la propuesta de regulación. La mayoría de las veces, esta información contribuye a*

³²¹ Secretaría de Gestión Pública, Manual para la Aplicación del AIR Ex Ante. 40.

la emisión de regulación de mayor calidad, es decir, que atiende de una manera más eficaz y eficiente un problema”. De esta manera, una apropiada participación promueve la legitimidad y transparencia en el actuar del gobierno y en la implementación, en su caso, de las regulaciones, lo que a su vez repercute positivamente en el nivel de cumplimiento de éstas.³²²

Se trata, de una herramienta fundamental en el marco de la evaluación EIR, por lo que entidades públicas deben asegurarse de programar adecuadamente las consultas públicas correspondientes. El proceso de consulta pública implica la participación de los sujetos que potencialmente se pueden ver afectados, positiva o negativamente y de manera directa o indirecta, por la propuesta de regulación; sin embargo, este proceso debe ser abierto al público en general (consulta externa), así como también permitir la participación de otros actores dentro del mismo gobierno (consulta interna) que pudieran aportar información de utilidad o que tengan mayor grado de especialización en el tema objeto de la propuesta o contenido de la misma.³²³

Dentro de los beneficios de esta fase, se ha demostrado que el proceso de consulta pública contribuye a reducir el rechazo a la regulación, pues permite a los sujetos regulados, entre otras cosas, anticiparse a su cumplimiento, pudiendo reducir sus costos. Debido a su gran importancia se ha instaurado diversas formas de realizarse la consulta pública, de las cuales se señalan:

- 1) *Consulta pública temprana*³²⁴: Las entidades públicas pueden realizar el proceso de consulta pública durante la etapa previa al diseño del proyecto regulatorio, con la finalidad de obtener información relevante para la identificación de problemas y objetivos de política pública y de alternativas de solución.
- 2) *Consulta pública del proyecto regulatorio*: Las entidades deben realizar el proceso de consulta pública en la etapa de elaboración del proyecto regulatorio para recabar información adicional que permita perfeccionar dicho proyecto.
- 3) *Audiencia Pública*: Que están dirigidas a los ciudadanos directamente afectados en sus derechos e intereses por la propuesta regulatoria.
- 4) *Participación del Público*: Son dirigidas al público en general, independientemente de si se ven afectados o no por la propuesta de regulación.
- 5) *Consultas intergubernamentales*: Son las consultas que se realizan entre órganos y entes públicos de la administración
- 6) *Otros*: Incluye cualquier otro tipo de consulta pública previsto por la regulación interna de cada ente u órgano de la administración pública, esta deberá

³²² Consejo de Competitividad, Guía de Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante. 33.

³²³ *Ibíd.*

³²⁴ Secretaría de Gestión Pública, Manual para la Aplicación del AIR Ex Ante. 45.

especificar, así como también el fundamento jurídico que sustente su realización³²⁵.

Para poder sacar el máximo provecho de esta herramienta, deben considerarse todas las actividades contenidas en estas etapas de acuerdo con los instrumentos normativos correspondientes. Asimismo, deberán valerse de las diferentes herramientas disponibles y pasar de una tradición de consulta referida casi exclusivamente a la prepublicación, a una cultura más participativa en beneficio de las personas naturales y jurídicas y de las mismas entidades públicas³²⁶.

Así mismo, es importante establecer que los tipos de consulta pública mencionados no son excluyentes. Por tanto, es recomendable que las entidades regulatorias, puedan realizar sus propios tipos de consulta pública respecto a un mismo problema público, con la finalidad de lograr la participación ciudadana tanto en la etapa previa al diseño del proyecto regulatorio, como cuando ya se cuente con una regulación seleccionada. Por tal motivo, para la aprobación del AIR, es necesario que las entidades hayan realizado como mínimo el proceso de consulta pública del proyecto regulatorio. Las entidades públicas deben tener en cuenta las diferentes etapas de la consulta pública, las cuales se precisan en los lineamientos correspondientes.

4.4.12.1 Técnicas para realizar Consulta Pública.

Según estudios realizados por la OCDE, existen diferentes técnicas para hacer consultas y cada una de ellas tiene sus ventajas y desventajas por lo que se recomienda a los sujetos reguladores combinar las técnicas a utilizar, adecuándolos al diseño del proceso de consulta en función de las características del problema que se pretende resolver, entre las técnicas³²⁷ más usadas se encuentran:

- 1) *Notificación y comentario.* Esta técnica supone la publicación de una notificación (sea en el Diario Oficial o en una página de internet del regulador) informando a la ciudadanía de la posibilidad de regular una materia e invitar a enviar comentarios sobre la propuesta. Generalmente debe publicarse un documento que permita guiar y explicar la propuesta y defina cuáles son los elementos para los cuales se buscan comentarios. En muchos países los EIR se publican, de esta manera, antes de tomar una decisión final para regular, con el fin de recabar información sobre el análisis hecho.

Esta es una forma muy abierta y transparente de consulta que permite la participación de cualquier persona, empresa o entidad que así lo desee. Sin embargo, puede no ser la mejor técnica en caso de buscar información

³²⁵ Consejo Nacional de Competitividad, Guía de Análisis de Impacto Regulatorio. 35.

³²⁶ Secretaría de Gestión Pública, Manual para la Aplicación del AIR Ex Ante. 45

³²⁷ OCDE, Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo en Colombia. 67-68.

específica y quizás los comentarios sean demasiado generales y poco centrados en los aspectos técnicos de la propuesta.

- 2) *Circulación para comentario*. Esta técnica varía de la anterior porque los documentos que son colocados en consulta solo se envían a un selecto grupo de afectados, en lugar de hacerlo abierto a cualquier participante. Esta técnica generalmente se usa durante el proceso de elaboración de la propuesta para obtener una visión más clara de los grupos directamente afectados.
- 3) *Audiencias públicas*. Esta técnica supone la participación y comentarios de los afectados sobre la propuesta de forma presencial. Es una forma de escuchar a los interesados, quienes muchas veces no pueden enviar comentarios por escrito.

Es una técnica que permite un diálogo entre los participantes y el regulador, pues se pueden clarificar dudas, hacer preguntas y potencialmente entender mejor la postura de cada grupo afectado. Sin embargo, es importante garantizar que todos los grupos afectados están siendo escuchados de la misma manera (hacer audiencias en diferentes partes puede ser una solución) y estar dispuesto a consensuar puntos de vista de grupos que pueden variar en sus apreciaciones sobre el problema.

- 4) *Grupos de trabajo*. Los grupos de trabajo pueden constituirse con representantes de los sectores afectados, quienes pueden ayudar a dar insumos durante el desarrollo del EIR, desde la definición del problema hasta la implementación y monitoreo.

Los grupos de trabajo deben ser establecidos con reglas de participación claras y responsabilidades específicas para los diferentes miembros. Se debe buscar el compromiso permanente de los miembros del grupo de trabajo durante toda la preparación del EIR.

- 5) *Grupo consultivo*. Los grupos consultivos pueden ayudar a desarrollar y valorar las propuestas de intervención. Existen muchos tipos de grupos consultivos: en algunos casos pueden ser permanentes y en otros ser establecidos ad hoc para ayudar en la resolución de problemas específicos. También pueden estar compuestos por representantes de grupos afectados o por miembros de algunas instituciones de gobierno.

El objetivo de esta técnica es tener experiencia técnica a mano y construir consensos; es decir, ayudar a mejorar el análisis técnico del EIR y conseguir que los grupos afectados entiendan mejor la propuesta que se hace.

4.5 Procedimiento de elaboración de la EIR

Parte de la investigación y análisis de la propuesta regulatoria, si se estima que causará costos de cumplimiento o no los causará y en base a ello establecer si se deberá elaborar una evaluación de impacto regulatorio.

4.5.1 Categorización del proyecto regulatorio, en cuanto a la obligatoriedad de realizar la EIR o solicitar Dictamen de exención.

La LMR establece las siguientes características a considerar para determinar a cuáles proyectos regulatorios se les deberá elaborar una EIR:

- 1) Las que crean nuevas obligaciones para los particulares o vuelven más estrictas las existentes; Estas se dividen en: Las regulaciones que generan costos de cumplimiento, costos de acumulación de requisitos, tiempo para resolver.³²⁸
- 2) Las que crean o modifican trámites, excepto cuando sea para simplificar o facilitar su cumplimiento;
- 3) Las que reducen, restringen o afecten derechos y prestaciones; y,
- 4) Las que establecen definiciones, clasificaciones o cualquier término de referencia que, conjuntamente con otra regulación en vigor, pueda afectar derechos, obligaciones, prestaciones o trámites de los particulares.

En cuanto a los proyectos regulatorios que no generan ninguno de los costos anteriormente aludidos, el sujeto regulador deberá solicitar al OMR que emita un dictamen de exención de elaboración de EIR de conformidad al formato “Solicitud de Exención de EIR”, establecido por OMR (ver Anexo 1) y contener la información necesaria y requerida en dicho formato, con la que se deberá justifique su solicitud³²⁹.

La OMR, después del recibir la solicitud de exención, deberá realizar dos evaluaciones: la primera referente a verificar que el contenido y forma e la propuesta de regulación cumpla con los LEEIREA y sea consistente con la propuesta de regulación; y segundo: se evaluará con el único fin de confirmar si efectivamente la propuesta regulatoria no genera costos de cumplimiento para los particulares, emitir el dictamen de exención en un plazo máximo de 10 días y podrá resolver confirmando que la regulación que se pretende crear no genera costos o solicitando al sujeto obligado a realizar una EIR conforme a esta ley, su reglamento y lineamientos.³³⁰ Pasado ese

³²⁸ *Costos de Cumplimiento*: Se le llama a la creación de obligaciones exigida a empresas o ciudadanos en una norma emitida por un sujeto regulador. Por ejemplo: que se le exija a la industria que elabora bebidas alcohólicas, que incluya en todas sus botellas una viñeta que diga que el abuso del consumo de bebidas alcohólicas es dañino para la salud, pues el sujeto obligado deberá modificar todas las viñetas de sus productos, tanto las ya existentes como las futuras para que cumplan con tal exigencia. *Los Costos de Acumulación de requisitos*: tiene que ver con la ampliación de la cantidad de requisitos exigidos por un ente regulador para la prestación de un servicio público. Ejemplo: Aumentar la cantidad de requisitos exigidos para iniciar un procedimiento para la autorización de una actividad económica. Costos del tiempo para resolver: Se refiere no solo a los plazos establecidos en los procedimientos administrativos, sino también con el tiempo que el interesado debe gastar para cumplir con las exigencias requeridas en una norma. Ejemplo: tiempo que un ciudadano debe de pedir permiso en su trabajo para asistir a presentar un requisito, tiempo que debe invertir una persona en ir a otra institución para se le extienda un documento que ya consta en la base de datos de alguna institución pública. Entrevista al Lic. César Monroy, el día 19 de julio de 2021.

³²⁹ Art 7 LEEIREA.

³³⁰ Art. 19 LMR.

plazo, el OMR, deberá notificar dicho informe deberá ser notificado al sujeto regulador que lo envió para que tome las siguientes acciones³³¹:

- 1) Continúe con el proceso de creación de normas: en los casos que el OMR, considere que la propuesta regulatoria no genere costos de cumplimiento a los particulares.
- 2) Mande al sujeto regulador a elaborar una EIR: Cuando el OMR determine si genera costos de obligación para los particulares y por tanto el sujeto regulador, está obligado a elaborar una EIR.
- 3) Subsane errores contenidos en la solicitud de exención y sea vuelto a presentar para su respectivo análisis.

4.5.2 Realización de la EIR.

Después de identificar que el proyecto normativo genera costos de cumplimiento y que por tanto, requiere la elaboración de una EIR, el sujeto obligado deberá realizar previa aprobación de la regulación, una evaluación de impacto regulatorio que contenga los requisitos y elementos contenidos en el Art. 17 LMR, Arts. 10 al 10.8 de los lineamientos para la elaboración de EIR Ex ante. (que se desarrollaron anteriormente, por tanto, no se detallaran en este apartado para evitar ser repetitivo y concentrarnos en las etapas),

4.5.3 Presentación del Proyecto regulatorio y Evaluación de Impacto Regulatorio al OMR.

Tal como lo establece el inciso final del Art. 17 LMR, los sujetos obligados deberán presentar al OMR, la propuesta de regulación junto como la respectiva EIR, previo a su aprobación y/o autorización de la autoridad competente.

4.5.4 Procedimiento para emitir el Dictamen de la EIR

Una vez recibida la EIR por parte de la OMR, éste deberá revisar la regulación, en cuanto a su forma y contenido, a que sea presentada conforme al formato Anexo 4, de LEEIREA; además, se publicará de forma amplia e íntegra, por los medios que estime convenientes, para el caso el Portal Legisla, todas las regulaciones propuestas, así como las evaluaciones de impacto regulatorio, las opiniones de los interesados, los dictámenes, las exenciones y cualquier documento relacionado emitido por la OMR; asimismo, asegurará la disponibilidad, accesibilidad, permanencia y trazabilidad de esta información.

En este punto cabe mencionar, que el Análisis que hace el OMR sobre los proyectos de regulación y su correspondiente EIR, es un análisis económico, sobre los costos y beneficios que trae consigo la propuesta regulatoria elegida por sobre las demás

³³¹ Art. 7, 8 y 9 LEEIREA.

alternativas estudiadas para la elaboración del proyecto presentado y su afectación en el clima de negocios e inversión³³².

Una vez transcurrido el plazo de 10 a 20 días máximo, el OMR deberá emitir dictamen con cualquiera de las opciones siguientes:

- 1) *Dictamen Favorable*, Será dictado cuando el sujeto obligado presenta una EIR conforme con la LMR, su reglamento y lineamientos; en cuyo caso, emitirá dictamen favorable con base a los siguientes criterios³³³:
 - La información ha sido remitida conforme a los formatos y medios establecidos.
 - La EIR contiene todos los elementos y han sido desarrollados conforme a la Ley, reglamento y lineamientos;
 - Se ha realizado un análisis completo en la identificación de alternativas para solucionar la problemática y de los beneficios y costos de las mismas;
 - La información y los métodos utilizados en el desarrollo de la EIR son fidedignos;
 - La alternativa seleccionada es consistente con la evaluación de los costos y beneficios desarrollados;
 - La EIR presentada es consistente con el proyecto de regulación remitido al OMR

Como efecto de este dictamen, autorizará al sujeto obligado a continuar el trámite de elaboración de regulación, facultándolo para someterlo a aprobación de la autoridad competente.

- 2) *Dictamen desfavorable*: Se emite cuando el sujeto obligado no ha realizado una EIR conforme a las disposiciones de la LMR, su reglamento y lineamientos, en tal caso, el OMR deberá informar al sujeto obligado, dentro de un plazo de entre mínimo 10 días y un máximo de 20 días contados a partir de la recepción de la solicitud de revisión de la EIR, en el que se detalle todas las deficiencias encontradas y recomendaciones para su corrección, pudiendo subsanar las observaciones realizadas, en un plazo máximo de 20 días contados desde la fecha de recepción del informe emitido por el OMR, posteriormente, el sujeto obligado podrá solicitar una revisión, así obtener un dictamen favorable donde se le autorice para someter la regulación a la aprobación correspondiente.

En el caso que transcurra el plazo de los 20 días otorgado al sujeto obligado para subsanar las deficiencias encontradas en la EIR, y éste no haya respondido, no haya subsanado completamente todas las deficiencias

³³² Cesar Monroy, entrevista realizada para la presente investigación.

³³³ Art.14 LEEIREA.

encontradas en dicho plazo, o no hayan sido debidamente subsanadas, el OMR deberá emitir dictamen desfavorable en un plazo máximo de 20 días contados a partir de la recepción de la solicitud de una nueva revisión y la EIR corregida, plazo en el cual el sujeto obligado deberá evaluar si continua o no con el proceso de aprobación o presentación de la regulación; respuesta que deberá motivar y presentar al OMR.

- 3) *Ampliación excepcional del Plazo*: El OMR en resolución motivada podrá concederle al sujeto obligado, una ampliación del plazo por 20 días más, para que presente la subsanación de las deficiencias encontradas en la EIR, siempre y cuando las regulaciones tengan un contenido especializado y complejo.

Al respecto de los efectos del dictamen de EIR desfavorable, es importante señalar que la LMR, no contempla sanciones ante la aprobación de un proyecto regulatorio con una EIR defectuosa, que obtuvo un dictamen desfavorable por parte de la OMR, (ejemplo: sancionar con nulidad absoluta por la falta de un dictamen favorable de la EIR, como un requisito indispensable para la aprobación de la regulación), dejando ese vacío legal.

4.5.5 Publicación.

Esta etapa es de suma importancia en el proceso de creación de normas, indistintamente la denominación que se le confiera, pues, tal como lo estableció la Sala de lo Constitucional, *“la obligación constitucional de publicar las leyes que prescribe el art. 140 Cn., se deriva de la necesidad ineludible, que la justifica: la necesidad de certeza y seguridad jurídica, consagrada en el art. 1 Cn., en las relaciones humanas, sea entre los individuos entre sí, sea entre éstos y el Estado. Por tanto, representa una manifestación de la seguridad jurídica stricto sensu, que se exterioriza, por una parte, como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través del establecimiento de normas e instituciones; y por la otra, se presenta como certeza del derecho. Para ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por parte de sus destinatarios; que sea realizada por los medios adecuados de publicidad, y de esta forma el sujeto del ordenamiento pueda tener la oportunidad de saber.”*³³⁴ Y es que, no debe olvidarse que la publicación de las disposiciones infraconstitucionales en el Diario Oficial constituye uno de los requisitos establecidos por la Constitución para la validez de las mismas (Art. 140 Cn), el cual se encuentra en íntima conexión con la seguridad jurídica (Art. 1 inc. 1 Cn), ya que sólo así los destinatarios de tales podrán asegurar sus posiciones jurídicas, ejercer y defender sus derechos, y garantizarse la efectiva sujeción de los mismos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico; en este sentido, la Sala de lo Constitucional, identificó dicho elemento *“como uno de los supuestos que condiciona la validez y eficacia de las disposiciones infraconstitucionales.”*³³⁵

³³⁴ Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 10-94, (El Salvador, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, año 2000.

³³⁵ *Ibíd.*

Por tanto, en armonía con los argumentos anteriormente expuestos, la LPA y LMR establecen que los instrumentos regulatorios aprobados por los entes competentes, como dictámenes de Exenciones EIR emitidos por la OMR, deberán ser publicadas en el Diario Oficial, para su entrada en vigor. Además, se publicará en la página Web del OMR, y la Pagina Web del sujeto regulador, y tomando en cuenta su naturaleza, podrán utilizarse otros medios que aseguren su amplia difusión³³⁶. De igual forma, el Art. 28 LMR, establece que cuando se haga una modificación a un trámite ya inscrito en el registro de documentos o se proceda a su cancelación, deberá ser publicado tal suceso en el Diario Oficial.

4.5.6 Vacatio legis y entrada en vigencia de la norma.

Al respecto, la Sala de lo Constitucional declaró que *“la vigencia de una norma no es simultánea al momento de su publicación, ya que la Constitución prevé un plazo de vacatio legis durante el cual la norma no será aplicada. Una norma publicada es norma y, por tanto, válida durante el período de vacatio legis, si ha sido producida de acuerdo a los procedimientos establecidos -o tiene apariencia de tal-, pero no adquiere vigencia. Se manifiesta aquí la conexión entre validez, vigencia, y eficacia, ya que una norma sometida a vacatio legis - pese a ser válida- no despliega su eficacia hasta tanto adquiere vigencia.”*³³⁷ con lo cual la constitución prevé que los ciudadanos puedan tener acceso a conocer la norma aprobada y que les será de obligatorio cumplimiento una vez entre en vigencia.

Si bien es cierto, los Arts. 8 y 140 Cn, en su contenido hacen referencia únicamente a la ley, la sala de lo Constitucional ha determinado que *“la obligación de publicar cualquier otro cuerpo normativo diferente a la ley, es derivada además del cumplimiento a la seguridad jurídica establecida en el art. 1 Cn., pues no puede exigirse a los ciudadanos la observancia de disposiciones infraconstitucionales, sin que éstos hayan tenido antes la oportunidad de conocerlas a través del medio instituido por el Estado para tal objeto.”*³³⁸

Al respecto, es importante señalar que el Art. 162 núm., 7 LPA y el 24LMR, se limitan a establecer como requisito indispensable para la entrada en vigencia de la regulación aprobada, su publicación íntegra en el Diario Oficial, pudiendo el ente obligado-sujeto regulador previa motivación razonada, utilizar cualquier otro medio de publicidad, sin establecer un plazo determinado para la entrada en vigencia del cuerpo normativo, por lo que en base a la jurisprudencia y en cumplimiento de los Arts. 1, 8 y 140 Cn, se retoma el plazo de ocho días para vacatio legis de cualquier norma infraconstitucional, y dar así la certeza jurídica y la oportunidad de que los ciudadanos puedan conocer las

³³⁶ Art.24 LMR y 15 LEEIREA.

³³⁷ Inconstitucionalidad 10-94.

³³⁸ *Ibíd.*

disposiciones normativas que les serán de obligatorio cumplimiento al transcurrido dicho plazo.

4.5.7 EIR Ex Post.

Esta evaluación deberá realizarla todos los sujetos obligados en un máximo de 10 años después de su de la entrada en vigencia de cada regulación, con el objetivo de determinar si dicha regulación aun responde a la realidad de la situación problemática, en cuyo caso, con base a la información obtenida en la EIR, determinar si la regulación debe conservarse, reformarse o derogarse.

Esta evaluación, está directamente vinculada con la aplicación práctica de la norma aprobada e implementada como resultado de la EIR Ex Ante. El objetivo de esta EIR Ex post, es medir el valor público que ha generado la norma evaluada y verificar su eficacia para resolver el problema que se pretendió resolver con la normativa emitida, verificar si dicha norma aun responde a las exigencias actuales de la sociedad y por lo tanto puede seguir funcionando de la misma forma, o es necesario reformarla para adaptarla a la realidad actual, o caso contrario, al medir su efectividad el sujeto regulador, determina no que produjo el valor publico deseado, y es necesario su derogación y la búsqueda de nuevas alternativas regulatorias que produzcan el valor publico deseado.

4.6 El Procedimiento para la Aprobación de Normas Administrativas en El Salvador.

Está regulado en el Art 162 LPA., que establece el procedimiento para la aprobación de normas administrativas, indistintamente de la denominación que se adopte por parte de los entes reguladores incluidos como sujetos obligados en el Art 2 de la misma ley, enfatizando que siempre y cuando ejerzan potestades sujetas al derecho administrativo, como lo es la potestad normativa, ya sean estos instrumentos: reglamentos, normas técnicas, planes, programas, y cualquier otra disposición general.

Es importante aclarar que, la LPA establece los aspectos primordiales a seguir en el procedimiento de aprobación de normas administrativas, dejando al Presidente de la República la facultad exclusiva de crear el reglamento de desarrollo respectivo, el cual a la fecha no existe. Para efectos del presente trabajo de investigación, se elabora este procedimiento, a partir del contenido de los Arts. 161 incisos 4 y 5 y 162 LPA, en base a ello, al Art. 18 de lineamientos para la elaboración de EIR Ex Ante y a la entrevista realizada al Lic. César Monroy, se determina que este procedimiento es aplicable a los proyectos regulatorios que no generan costos de cumplimiento y que por lo tanto, no necesitan elaborar una evaluación de impacto regulatorio, en estos casos, solo se deberá completar el formato de solicitud de exención, desarrollado en el anexo # 1 de los lineamientos, como equivalente a la EIR requerida por el artículo 161 de la LPA

Caso contrario, cuando el proyecto regulatorio si genere costos de cumplimiento, el ente regulador obligado, deberá realizar la EIR, de acuerdo con los modelos técnicos establecidos por el Organismo de Mejora Regulatoria, como el ente supervisor de la política regulatoria en El Salvador.

En cuanto al procedimiento para la aprobación de normas, conforme a lo regulado en el art. 162 LPA EIR, se compone de las siete etapas siguientes:

- 1) *Iniciativa*: Corresponde al ente regulador correspondiente dentro del órgano responsable de implementar la política pública que pretende solucionar el problema elegido.
En esta etapa se elabora el anteproyecto o borrador de la regulación que se pretende aprobar, el cual contendrá la delimitación del problema, los objetivos, el alcance y los sectores o personas que saldrán beneficiados o afectados por la regulación. La LPA permite que en esta etapa inicial el anteproyecto de regulación venga de los particulares quienes lo presenten al órgano que correspondiente.
- 2) *Recopilación de Información*: el ente regulador en esta etapa investiga y recaba la información de todas las alternativas existentes para solucionar el problema elegido, debe hacer los estudios, evaluaciones, e informes pertinentes tanto de naturaleza legal, como económica, medioambiental, técnica o científica pertinente, así como las alegaciones de los interesados.
Se debe de identificar los métodos de evaluación y análisis que pueden ser factibles para elegir la alternativa regulatoria, la que con datos objetivos puedan proporcionar la información necesaria para identificar la alternativa regulatoria que genere mayor valor público.
- 3) *Audiencia a los ciudadanos directamente afectados en sus derechos e intereses*: Que podrá llevarse a cabo directamente por los ciudadanos o por medio de asociaciones que les representen. En cuanto a su ejercicio, debe efectuarse antes de la aprobación definitiva de la norma que puede afectarles, concediéndoseles un plazo mínimo de 15 días para que los interesados puedan informarse y dar sus opiniones al respecto, formular sus alegatos e incluso elaborar y presentar sus propios proyectos normativos y presentarlos al ente regulador, para procurar de esta forma que la audiencia resulte real y efectiva, igual plazo de le concede al ente regulador para que pueda procesar y analizar las alegaciones realizadas.³³⁹
Tal como lo establece la ley en cuestión, esta fase podrá omitirse, con una suficiente motivación por parte de la autoridad competente, cuando concurren cualquiera de las circunstancias siguientes:
 - Por razones graves de interés público o urgencia que lo justifiquen. Podría omitirse esta etapa en normas administrativas emitidas para regular una situación de emergencia, Por ejemplo: Lineamientos técnicos para la atención

³³⁹ Art. 162 núm. 3 LPA

integral de personas con COVID 19. Emitidos por el Órgano ejecutivo en el ramo de salud, para atender una emergencia sanitaria, se debe elaborar con carácter urgente.

- No tenga un impacto significativo en la actividad que pretende regular. A manera de ejemplo se podría pensar en una guía de trabajo que solamente describa los pasos a seguir para la realización de una actividad determinada, dentro de un proceso de prestación de servicios de un órgano de la administración pública.
- *Cuando no suponga la creación de obligaciones relevantes a los destinatarios.* Es decir, cuando la regulación que se pretende aprobar no cree obligaciones relevantes para los usuarios de los servicios que preste la institución que pretende aprobar la regulación. Por ejemplo: un instructivo que modifique el procedimiento para llevar a cabo una actividad determinada. (solicitud y emisión de una constancia salarial para un empleado).

4) *La Participación del Público en general:* Se dirige a todos los ciudadanos en general, independientemente que tengan un interés o afectación directa por la regulación o no. Esta etapa se efectúa previa a la aprobación definitiva de la regulación, confiriéndole la ley un plazo mínimo de 15 días y podrá realizarse por medio de la página web del ente regulador³⁴⁰, en este orden de ideas, los lineamientos para la elaboración de una EIR Ex -Ante, establece que la consulta pública deberá considerar a todos los actores públicos y privados y/o grupos afectados y utilizar los mecanismos adecuados para cada una de ellas y que “Los sujetos obligados podrán utilizar los medios que estimen convenientes para someter a consulta la propuesta regulatoria y el resumen de la EIR, no obstante, ambos documentos deberán ser enviados al OMR para su difusión en la plataforma o repositorio que para tal fin disponga el OMR.”³⁴¹

A manera de ejemplo, el OMR y el Instituto de Acceso a la Información Pública, han creado una plataforma llamada “*legisla*”³⁴² que sirve como un portal donde la ciudadanía puede participar en el proceso de formulación de normas por parte de la administración pública salvadoreña. Este portal permite a los ciudadanos inscribirse, conocer el listado de normas que se están creando o modificando, ver su contenido y dar la opinión acerca de la regulación.

Dentro de los beneficios se destaca, que es un portal público de fácil acceso y registro, que permite a cualquier ciudadano con acceso a un dispositivo con internet pueda entrar y conocer los proyectos regulatorios que se encuentran disponibles.

En cuanto a las desventajas, se dan en la práctica, puesto que para la presente investigación se estuvo tratando de participar en el portal Legisla y son pocas las

³⁴⁰ Art. 162 núm. 4 LPA.

³⁴¹ Art. 10.8 inc.3 y 4 LEEIREA.

³⁴² <https://participacion.iaip.gob.sv/>

regulaciones disponibles para el conocimiento de la ciudadanía, en cuanto a la opción de “Danos tu Opinión”, navegando solo se encontró una encuesta con opciones cerradas y no existía un espacio para comentarios o inquietudes, lo cual dificulta que los ciudadanos puedan analizar y dar sus aportes para sustentar las alternativas regulatorias, minimizando así la participación y el aporte que los ciudadanos pueden hacer sobre los proyectos regulatorios y la eficacia que estas regulaciones puedan tener al generar valor público.

Sobre la participación ciudadana por medio de asociaciones que le representen, la LPA Y LMR³⁴³ no hacen más que enunciarla como una forma de ejercicio de la participación ciudadana, sin desarrollar la forma en que se lleve a cabo, dejando abierta la posibilidad de incluir las organizaciones sociales que velen por el ejercicio de los derechos e intereses difusos de los ciudadanos, como podría ser por ejemplo una regulación para uso del agua, derechos medio ambientales, de consumidores, derecho al acceso a la información pública, que podrían ser tutelados por organizaciones sociales que representen esos intereses legítimos, aunque sea imposible individualizar su afectación por la aplicación de la regulación.

5) *Colaboración entre órganos y entes públicos:* Actualmente las políticas públicas tienen un componente transversal que viene a integrar o involucrar diferentes órganos o entes públicos para dar una solución integral a un problema, tratando desde diferentes enfoques el problema seleccionado, por tanto, la administración competente deberá de facilitar y recabar la información pertinente, mediante las consultas e informes de otros entes públicos que se vean directamente afectados por la regulación propuesta, o cuando fuere requerido por un órgano que tuviere interés en razón de los efectos que pueda tener la aprobación de norma, otorgándole para tal efecto un plazo mínimo de 15 días, a fin de que la colaboración sea real y efectiva.

6) *Ponderación de la motivación:* En esta etapa el ente regulador deberá elaborar la propuesta definitiva, aplicando las herramientas técnicas que determinen las alternativas posibles y la solución que genere mayores beneficios para la sociedad.

Se estima que acá es donde se realiza la elección de las alternativas regulatorias, usando los métodos más adecuados que permita determinar con objetividad cuál de las alternativas regulatorias o no regulatorias supone un mayor valor público. Antes de la aprobación del proyecto normativo, el sujeto regulador deberá motivar suficientemente la elección de la alternativa escogida, por encima de otra de otras alternativas que se contemplaron, dejando constancia de las valoraciones realizadas para tomar una decisión.

7) *Publicación:* Para que la regulación aprobada entre en vigor, es necesario que previamente la norma se publique de forma íntegra en el Diario Oficial, pudiendo el órgano administrativo dependiendo de la naturaleza de la norma,

³⁴³ Art. 17 letra g) LMR

utilizar otro medio para la publicidad de la norma, por ejemplo: en el portal de transparencia y pagina web institucional.

Finalmente, se resalta una característica que diferencia este procedimiento del contenido en la LMR, es que este tipo de procedimiento de creación y aprobación de normas, no requiere ser sometido a evaluación y al dictamen favorable por parte del Organismo de Mejora Regulatoria, por lo que inicialmente podría considerarse que cumplir este procedimiento es más una buena práctica de mejora regulatoria, ya que no depende de la aprobación del OMR para ser aprobado y aplicado, pero, más adelante, cuando se deba inscribir el instrumento en el Registro Nacional de trámite, es que se verificará que se haya cumplido todo el procedimiento tal cual lo establecen los Art. 161 incs. 4 y 5 y 162 LPA, en caso de determinar que no se siguió correctamente este procedimiento, no será inscribible y como consecuencia, que no sea de obligatorio cumplimiento para los terceros afectados por la norma.

Procedimiento para la Aprobación de Normas Administrativas. Art. 162 LPA.



Diagrama propio.

4.7 La Asamblea Legislativa y a obligación de elaboración de EIR en el proceso de formación de Ley.

Sobre este punto, es importante señalar que la Constitución de la República, en la sección segunda del Título VI, Capítulo I, arts.133 al 143, establece el Proceso para la formación, promulgación y vigencia de la Ley; señala los funcionarios que tienen iniciativa de ley y materias en las que son competentes (Art.133), instaura el

procedimiento que debe seguirse en sede legislativa para la aprobación de un proyecto de ley, así mismo, regula el procedimiento que debe seguir el Presidente de la República para sancionar una ley y su correspondiente publicación y el plazo mínimo de *vacatio legis*, para su entrada en vigencia y ser de obligatorio cumplimiento. En tal sentido, es imprescindible aclarar que dichos preceptos y procedimientos no son modificables por el contenido de leyes secundarias, debido a la supremacía y normatividad de la Constitución, que trae aparejadas consecuencias de suma importancia en la estructura del orden jurídico y en la funcionalidad de los órganos estatales.

Tal como lo estableció la Sala de lo Constitucional, en el plano estructural, la supremacía y normatividad constitucional implican *“que los contenidos constitucionales no son solamente directrices o pautas interpretativas del ordenamiento jurídico, sino elementos que vinculan su validez sustancial, de forma tal que las normas que contradigan el sentido de las normas constitucionales pueden ser objeto de invalidación por medio del proceso de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad. En el plano funcional, suponen que los órganos del Estado están sometidos al principio de constitucionalidad y legalidad. En ese entendido, sus actuaciones deben ser el reflejo de una competencia atribuida por normas jurídicas preconstituidas y deben estar ajustadas a la ley y principalmente a la Constitución. En caso de incompatibilidad entre ellas, el operador jurídico debe preferir la aplicación de la Constitución.”*³⁴⁴

*En cuanto a la caracterización de la Constitución como la norma jurídica suprema también incide en su fuerza normativa, tal como sostuvo la sala de lo constitucional, la fuerza normativa tiene dos manifestaciones muy acentuadas en la Constitución: por un lado, su fuerza jurídica activa, que significa la capacidad de las disposiciones constitucionales para intervenir en el ordenamiento jurídico creando Derecho o modificando el ya existente; y, por el otro, la fuerza jurídica pasiva, que implica la capacidad de resistirse a las modificaciones pretendidas por normas infraconstitucionales. De este modo, cualquier expresión de los órganos constituidos que contradiga el contenido de la Constitución puede ser invalidada, independientemente de su naturaleza –concreta o abstracta– y de su origen normativo –interno o externo–, cuando se oponga a los parámetros básicos establecidos por la comunidad para alcanzar el ideal de convivencia trazado en la norma fundamental.*³⁴⁵

En este orden de ideas, bajo el principio de jerarquía normativa, no podría un proceso constitucional ser modificado por una ley secundaria, para el caso, la Ley de Mejora regulatoria, que en el 2 establece que es aplicable en la etapa inicial de los procedimientos de elaboración de regulaciones, emitidos por las instituciones competentes, sin perjuicio de lo previsto en la constitución y demás leyes para el

³⁴⁴ Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 105-2014, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2017.

³⁴⁵ *Ibíd.*

ejercicio de la potestad normativa. En tal sentido, la EIR como se expresó en el capítulo 3, en ningún caso sustituye la voluntad política, sino simplemente ayuda al regulador a adoptar decisiones adecuadas, suministrándole un marco racional para adopción de las propuestas normativas y facilitándole datos empíricos sobre los que basar su decisión, es decir, que la Evaluación de impacto regulatorio, en cuanto a su uso para los proyectos legislativos, se concibe como un instrumento efectivo, en un proceso político moderno, basado en hechos y sustento científico, que en ningún caso sustituye la necesidad de las decisiones políticas y mucho menos intenta modificar el proceso de formación de ley; al contrario, ofrece de un modo estructurado, brindar información objetiva necesaria para un buen proceso de desarrollo de políticas y una decisión final bien informada.

Por tal motivo, en la presente investigación, se sostiene que la elaboración de una EIR por parte de cualquier funcionario con iniciativa de ley Art. 131 Cn), se dará en la elaboración un proyecto de ley, es decir, en la etapa previa a que dicho proyecto sea presentado en la Asamblea Legislativa, siempre y cuando dicho proyecto de ley afecte el clima de negocios, la competitividad del comercio exterior y la atracción de inversiones (Art. 1 LMR), en estos casos, el ente regulador (funcionario con iniciativa de ley) deberá elaborar una EIR, siguiendo todo el procedimiento que establece el Art. 17 LMR y que se desarrolló anteriormente, presentarlo y someterlo a la aprobación del OMR, una vez revisado y aprobado el proyecto de ley por parte del OMR, éste deberá presentarse a la Asamblea legislativa tal como lo señala el Art. 17 núm. 3 RIAL., acompañado de su respectiva EIR, con la finalidad que los diputados de la comisión respectiva y la Asamblea en Pleno, tengan más insumos técnicos y científicos, para decidir sobre el aporte que el proyecto de ley puede tener en la sociedad, para responder a un problema específico y constatar el valor público que puede generar dicho proyecto, al revisar el resultado de los diferentes métodos de evaluación normativa utilizados para medir el impacto de la ley, por tanto, más que herramientas para la toma de decisiones, se pueden considerar herramientas para la obtención de información sobre posibles efectos de las normas, puesto que la decisión final sobre que regulación se va a aprobar, no dependerá en la mayoría de casos, del resultado de una evaluación, sino que se tomará después de evaluar consideraciones políticas e ideológicas tanto para los legisladores como para el Presidente de la República que también participa del proceso de formación de ley.

4.8 Mecanismos de Control de elaboración de normas administrativas y del uso de la EIR según corresponda.

Para iniciar este tema, es necesario remarcar que la LPA establece las reglas básicas para la elaboración de Reglamentos, normas técnicas, planes, programas y cualquier otra disposición de carácter general, con independencia de la denominación que adopte; con tal objetivo, instituye un procedimiento para la aprobación de las normas

anteriormente mencionadas, cuya finalidad reside en que la Administración Pública obtenga la información necesaria para su aprobación, canalizando el diálogo con otros órganos y entes públicos, con los interesados y el público en general, con ponderación de las políticas sectoriales y derechos implicados y promoviendo la mejora regulatoria y el derecho fundamental a la participación ciudadana como sustento de la buena gobernanza democrática³⁴⁶, no obstante, no se establece en dicha ley, ningún mecanismo de control sobre el cumplimiento de los elementos y procedimiento para la elaboración de las normas, quedando el procedimiento de elaboración de normas administrativas como una buena práctica de mejora regulatoria, ya que tampoco establece sanciones por su incumplimiento.

La misma situación, puede observarse en cuanto al uso de la evaluación de impacto regulatorio establecido en la LMR, puesto que no establece ningún procedimiento administrativo sancionador por la inobservancia de la EIR o la falta de dictamen favorable de su proyecto normativo y correspondiente EIR, dictado por el OMR.

Sin embargo, en el Sistema de Mejora regulatoria se pueden distinguir dos mecanismos de Control de Cumplimiento de EIR:

4.8.1 Registro Nacional de Trámites.

El Registro Nacional de Trámites es creado con el objetivo de *dar certeza jurídica y contribuir con la transparencia de la información, mejorar la interacción entre los sujetos obligados y los usuarios.*³⁴⁷ en su contenido, se establece que únicamente se inscribirán en el registro, los trámites que tengan como base: Leyes, Reglamentos, Ordenanzas, Decretos o Instrumentos derivados de Tratados Internacionales, siempre que conste su publicación en el Diario Oficial, si fuere aplicable.

En tal sentido, la LMR indica que los sujetos obligados, emisores de regulaciones, son los responsables del contenido y de la legalidad de los trámites y elementos que se inscriban en el registro *“Obligándose a cumplir con los parámetros establecidos en la ley, su reglamento y lineamientos que dicte OMR.”*³⁴⁸ Por tanto, la inobservancia del cumplimiento de los parámetros referidos, trae como consecuencia que *“Ningún trámite o sus elementos será exigible, si no se encuentra inscrito en el Registro, ni deberá aplicarse en forma distinta a como se registró.”*³⁴⁹

En base a los argumentos anteriores, se sostiene en el presente trabajo, que el efecto del registro de los instrumentos regulatorios, constituye un mecanismo administrativo de control del ejercicio de la potestad regulatoria, puesto que es obligatoria la inscripción de los instrumentos regulatorios emitidos por cualquier institución de carácter público (art. 3 LMR), ya sea elaborados siguiendo el procedimiento

³⁴⁶ Art. 159 LPA.

³⁴⁷ Art. 25 LMR.

³⁴⁸ Art. 26 LMR.

³⁴⁹ Art. 29 LMR.

establecido en el Título VI de la LPA, que no contempla la obligación de presentar su proyecto normativo al OMR para su aprobación, así como también, inscribir en el registro los instrumentos que deben realizar una EIR para la aprobación del mismo por parte del ente emisor, que como se mencionó anteriormente, no incluye la obligatoriedad de conseguir el dictamen favorable de su proyecto regulatorio por parte de la OMR, no obstante, si el registro encuentra que el instrumento regulatorio presentado para la inscripción no cumple con los requisitos de forma y de fondo establecidos en la LPA, LMR, LEEIRE, **se denegara la inscripción** de los trámites y en consecuencia, el cumplimiento de los preceptos contenidos en dichos instrumentos no serán exigibles a los ciudadanos, constituyéndose como un control ex Ante de los instrumentos regulatorios emitidos por los entes públicos en virtud de una potestad normativa a ellos conferida legalmente.

4.8.2 El Tribunal de Eliminación de Barreras Burocráticas, TEBB.

Partiendo de la definición de Barrera Burocrática, entendida como: “*el ejercicio de la función administrativa a cargo del Estado a través de la imposición de reglas de juego que pretenden modificar o restringir la conducta de las personas cuando desean proveer de bienes y/o servicios en el mercado o cuando acuden a una entidad para realizar un trámite. Esta labor no puede ser considerada negativa o ilegítima en tanto son los ciudadanos, a través de las leyes y la Constitución, los que hemos encargado esta función a las entidades de la Administración Pública.*”³⁵⁰ Por tanto, exigir la eliminación de toda regulación administrativa implicaría pedir que las entidades públicas renuncien a una función para la cual han sido creadas.

Sin embargo, debido a que esta función administrativa-regulatoria, afecta necesariamente las libertades económicas y de petición, los ciudadanos y empresarios tienen el derecho de exigir al Estado que el nivel de afectación sea *el estrictamente necesario*. Ello implica que las barreras burocráticas no pueden exceder: 1) el mandato y margen de acción que las leyes nacionales han conferido a las entidades administrativas (evaluación de legalidad), y 2) la razón de ser o lógica del mandato (evaluación de razonabilidad)³⁵¹. Asimismo, bajo la lógica de la función administrativa, se hace necesario que la legislación sobre eliminación de regulaciones excesivas sea supervisada por un organismo técnico con poderes suficientes para dicha tarea, es por ello que en El Salvador, se crea el Tribunal de Eliminación de Barreras Burocráticas, como *una institución descentralizada de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía administrativa, presupuestaria, funcional y técnica,*

³⁵⁰ Francisco J, Ochoa Mendoza, “*Fundamentos del Procedimiento de eliminación de barreras burocráticas,*” Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual, (año 10-Número 19. Perú, 2014). P.1-56.

³⁵¹ *Ibíd.* 16.

*para el ejercicio de las competencias y responsabilidades conferidas por la LEBB y demás leyes aplicables.*³⁵²

La labor de la TEBB implica ejercer poderes de control de legalidad, por mandato directo de una ley (no de la Constitución), pero que se encarga de tutelar los derechos constitucionales como la libertad económica, la iniciativa privada,³⁵³ derecho de petición y respuesta que tienen por derecho constitucional todos los ciudadanos en relación con todas las instituciones de carácter público³⁵⁴. Ello quiere decir que el TEBB, defiende directamente los encargos que las leyes nacionales le han encomendado; en este caso, el Art. 5 LEBB delimita las competencias del TEBB que se encuentran íntimamente conectados con la definición de barrera burocrática instituida por la Asamblea Legislativa en el Art. 3 lit a) LEBB.³⁵⁵

El control ejercido por el TEBB, podría ubicarse como un control Ex Post de los instrumentos regulatorios emitidos por la administración pública, puesto que como lo establece el Art. 4 inc. 2 LEBB es ejercido como un control posterior de los trámites establecidos por los sujetos obligados, analizando si las exigencias y requisitos de los mismos, carecen de fundamento legal, razonabilidad, que los conviertan en obstáculos para los administrados o que constituyan incumplimientos de las normas y principios que rigen la potestad normativa de la Administración Pública; puesto que entre sus competencias primordiales está el conocer sobre los trámites de los sujetos obligados (los instrumentos regulatorios emitidos por las instituciones públicas en el ejercicio de potestad normativa) a fin de determinar si los elementos, exigencias y requisitos de estos se encuentran previamente establecidos en la ley o poseen razonabilidad, declarando como consecuencia la falta de fundamento legal, o de razonabilidad de los elementos, exigencias y requisitos de los trámites denunciados, cuando proceda. Así mismo, le confiere la LEBB la competencia para instruir los procedimientos sancionatorios e imponer las sanciones correspondientes, que la misma ley determina.

En ese orden de ideas, el rol del TEBB, puede tener un gran impacto económico en la vida de las personas. Por un lado, evita que una regulación excesiva e innecesaria siga generando sobrecostos en los negocios y/o trámites administrativos que emprenden los ciudadanos y, por otro lado, beneficia a los consumidores ya que permite la entrada y permanencia de más empresas en el mercado, además de promover que estas últimas

³⁵² Art.4 LEBB.

³⁵³Art. 102 inc 1 Cn.

³⁵⁴Art. 18 Cn.

³⁵⁵ Definida como la exigencia, requisito, limitación, prohibición o cobro que imponga cualquier entidad carente de fundamento legal o razonabilidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado o bien que pueda afectar a los administrados en la tramitación de procedimientos administrativos.

enfoquen su esfuerzo, tiempo y dinero en la calidad de sus productos y servicios antes que asumir cargas regulatorias ilegales y/o sin fundamento razonable.³⁵⁶

4.8.2.1 Procedimiento para control posterior de las regulaciones por parte de TEBB.

Para dar inicio a este apartado, es necesario aclarar que para que una disposición regulatoria de la Administración Pública pueda ser evaluada por el TEBB, se requiere que en su contenido exista una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad y para que pueda lograrse la eliminación de una barrera burocrática, es imprescindible la concurrencia de ciertos elementos esenciales que configuran la existencia de una barrera burocrática, los cuales son los siguientes: (1) Que se trate de una exigencia, requisito, prohibición y/o cobro (contenido coercitivo); (2) Que se plasme en una disposición regulatoria proveniente de una entidad de la Administración Pública (origen y materialización) y (3) Que regule el desarrollo de una actividad económica y/o que afecte la tramitación de procedimientos administrativos (efecto), es importante señalar que los tres elementos mencionados deben ser concurrentes y no alternativos a efectos de poder concluir que se trata de un caso de barreras burocráticas.³⁵⁷

Una vez identificado los elementos, se para a las etapas del procedimiento:

4.8.2.1.1 Denuncia

El procedimiento iniciará con la denuncia de la parte interesada que debe contener los siguientes requisitos³⁵⁸:

- 1) Elemento, exigencia y requisitos contenidos en el trámite denunciado como carente de fundamento legal o razonabilidad
- 2) La Institución o instituciones públicas que lo aplican
- 3) Los hechos u omisiones materiales
- 4) Los fundamentos jurídicos
- 5) Los medios probatorios correspondientes.

Es importante mencionar que, junto con la denuncia, el particular denunciante, puede solicitar al TEBB, la adopten medidas precautorias, en el marco de sus competencias, y en base al principio de apariencia de buen derecho, el peligro en la demora y la no afectación al interés público, para evitar perjuicios de imposible o de difícil reparación a los administrados, sin menoscabar el interés público, sobre lo cual deberá pronunciarse el TEBB, en el plazo de tres días³⁵⁹.

³⁵⁶ Ochoa. Fundamentos de eliminación de barreras burocráticas. 21.

³⁵⁷ Ochoa. Fundamentos de eliminación de barreras burocráticas. 20

³⁵⁸ Art. 16 LEBB.

³⁵⁹ Art. 17 LEBB.

4.8.2.1.2 Admisión y alegaciones

Una vez recibida la denuncia el TEBB, resolverá sobre su admisión en un plazo máximo de 5 días, dicha resolución deberá ser notificada a la institución pública emisora de la normativa que se trate por medios electrónicos, confiriéndosele un plazo de 10 días contados a partir del día siguiente de su notificación, para que justifique la legalidad o razonabilidad de su exigencia denunciada, mediante alegaciones e información que considere pertinente, debiendo proponer los medios probatorios para tal fin³⁶⁰.

4.8.2.1.3 Apertura a pruebas

Concluido el periodo de las alegaciones, se podrá acordar la apertura a pruebas del procedimiento en un plazo entre 8 a 20 días, luego, se pondrá a disposición de las partes las actuaciones para las consultas de las partes, concediéndoles un plazo de entre 10 a 15 días, para que hagan sus alegaciones y presenten las justificaciones que estimen pertinentes, pudiendo las partes solicitar al TEBB una audiencia oral, que deberá ser señalada en un plazo máximo de 10 días siguientes a su solicitud³⁶¹.

4.8.2.1.4 Resolución.

Dentro del análisis que el TEBB haga no debe olvidarse que las barreras burocráticas son una manifestación del poder que tiene el Estado para regular las condiciones sobre las que se desenvuelven los agentes económicos en el mercado a fin de que la iniciativa de negocio sea compatible con el interés público; por tanto, no todas las barreras burocráticas deben ser eliminadas sino únicamente las que son ilegales y/o carentes de razonabilidad. La ilegalidad de una barrera burocrática puede identificarse por razones de fondo o de forma

En cuanto, al examen de legalidad de fondo requiere evaluar si la entidad ha sido autorizada por ley para imponer la barrera denunciada, es decir, si cuenta con las atribuciones legales suficientes para emitir y/o implementar la regulación cuestionada (ilegalidad de fondo por competencias). La ilegalidad de fondo también se produce cuando, pese a existir atribuciones legales, la barrera contraviene una prohibición legal específica (ilegalidad por infracción directa). El examen de legalidad de forma requiere verificar si la entidad ha cumplido con aprobar la regulación mediante los procedimientos que establece la ley para ello³⁶².

Para el análisis de legalidad y proporcionalidad de los elementos, exigencias y requisitos de los trámites de los sujetos obligados que haga el TEBB, lo practicará de conformidad a lo establecido en la LEBB, analizando la existencia de disposiciones legales que fundamenten el requerimiento cuestionado, y la proporcionalidad del

³⁶⁰ Art. 17 LEBB.

³⁶¹ Art. 18 LEBB.

³⁶² Ochoa. Fundamentos de eliminación de barreras burocráticas. 22

mismo, y analizará la legalidad del acto denunciado evaluando los aspectos siguientes³⁶³:

- 1) La existencia o no de atribuciones conferidas por una disposición de rango normativo suficiente, que autoricen a la institución pública a establecer o aplicar el elemento del trámite bajo análisis;
- 2) Si la institución pública siguió el procedimiento o formalidades que exige el ordenamiento jurídico, para la emisión de la disposición normativa de carácter administrativo, que establece el elemento, exigencia o requisito del trámite de que se trate; y,
- 3) Si el elemento, exigencia o requisito del trámite que se solicita en el procedimiento, contraviene una obligación o prohibición legal existente.

Esta resolución agotará la vía administrativa. Por tanto, como medio de impugnación de este tribunal, como para la tutela judicial de los ciudadanos que consideran que un ente administrativo esta violentando su libertad económica, de empresa o su derecho de petición y respuesta y no ha sido satisfecho por medio de la resolución emitida por el TEBB, puede avocarse a una demanda contencioso-administrativa y si la vulneración alegada, recae sobre barreras para el ejercicio de los derechos constitucionales, sería a través de una demanda de Inconstitucionalidad, que puede impugnarse el instrumento regulatorio.

4.8.2.1.5 Efectos de la Resolución emitida por el TEBB

Cuando el TEBB establezca que los elementos, requisitos o exigencias del trámite, carece de fundamento legal o de razonabilidad, lo declarará, comunicándolo a la entidad que hubiere emitido la normativa de que se trate y tendrá los siguientes efectos:

Nulidad de Pleno Derecho: los actos administrativos desfavorables que se fundamentaren en la exigencia de requisitos fuera del marco legal, o carentes de razonabilidad, serán nulos de pleno derecho³⁶⁴, en cuyo caso el procedimiento deberá continuar.

Cuando como resultado del análisis del TEBB, se estime que existe un fundamento legal, se procederá al análisis de razonabilidad, en el que se hará una valoración sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad del trámite denunciado, tomando como base los siguientes aspectos³⁶⁵:

- a) La valoración de necesidad constata si el elemento, exigencia o requisito del trámite, es el mecanismo directamente relacionado con el logro de un interés público en particular;

³⁶³ Art. 21 LEBB.

³⁶⁴ Art. 20 LEBB.

³⁶⁵ Art. 21 inciso 5, literales a), b) y c) LEBB.

b) La ponderación de necesidad verifica si existe un medio de eficacia equivalente para alcanzar la finalidad del trámite; y,

c) El análisis de proporcionalidad, en sentido estricto, exige que los beneficios del cumplimiento del elemento, requisito o exigencia del trámite, superen los costos que representa el mismo para los administrados.

En ambos casos, el TEBB ordenará al emisor de la norma, a realizar las reformas correspondientes a las normas declaradas carentes de racionalidad: Se notificará al sujeto regulador denunciado que debe efectúe las adecuaciones correspondientes y actualice el trámite dentro del plazo que se señale, como consecuencia de esa declaratoria³⁶⁶.

Así mismo, la LEBB, establece un régimen sancionatorio que tipifica las infracciones y sanciones a los servidores públicos, ante el incumplimiento a los preceptos contenidos en la LEBB.

Es indispensable aclarar que no obstante la LEBB entró en vigencia el 9 de abril de 2019, a la fecha no se ha conformado el TEBB, por tanto, aun no funciona este mecanismo de control y para alegar la legalidad de una norma se tendría que incoar una acción en la jurisdicción contencioso- administrativa para que se pronuncie sobre la legalidad de una norma administrativa

³⁶⁶ Art. 19 LEBB.

CONCLUSIONES

Luego de desarrollado el presente trabajo de investigación ofrezco las siguientes conclusiones:

PRIMERA: Que regular el ejercicio de la potestad normativa por parte de la Administración Pública ha sido una tarea lenta, que ha sufrido innumerables cambios a través de la historia, puesto que pretendido limitar el poder conferido al Ejecutivo, con el objeto de evitar que éste abusara del poder para fines personales en detrimento del ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, por lo que dicha potestad está sujeta a la constitución y a las leyes, cumpliendo siempre una función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley.

SEGUNDA: Que las recomendaciones dictadas por la OCDE en cuanto a desarrollar la política de mejora regulatoria y la implementación del uso de las herramientas de mejora regulatoria dentro del procedimiento para la elaboración de normas administrativas, verdaderamente sistematiza el ejercicio de la potestad normativa de la administración pública al incluir requisitos de forma y de fondo que debe cumplir, así como la participación ciudadana en dicho procedimiento, colabora a mejorar la calidad de las normas y el valor público que éstas pueden producir en la búsqueda de respuesta al problema planteado.

TERCERA: Que la promulgación de las leyes de: Procedimientos Administrativos, Mejora Regulatoria y de Eliminación de Barreras Burocráticas, marcan el inicio de un sistema de mejorar regulatoria en El Salvador, que pretenden mejorar la calidad de las normas, al establecer herramientas de mejora regulatoria, que han sido probadas a nivel internacional y se ha comprobado su eficiencia y eficacia en la obtención de resultados favorable al aplicar las normas creadas con el uso de dichas herramientas, por lo que una objetiva, responsable, transparente, comprometida y eficiente aplicación de las leyes mencionadas, tendría un impacto positivo en la producción de valor público que la ejecución dichas normas con respecto a solucionar el problema público que le dio origen.

CUARTA: Que incluir dentro de los sujetos obligados a todas las instituciones públicas que tienen potestad normativa, incluyendo a la Asamblea Legislativa y el incluir las leyes dentro de los instrumentos normativos obligados a cumplir con la evaluación de Impacto Regulatorio, no es inconstitucional, puesto que no modifica el procedimiento de creación de Ley, sino que interviene en una etapa previa, es decir, cuando se está elaborando el borrador del proyecto de ley, por lo que el proyecto de instrumento normativo y el informe de EIR le proporciona a los legisladores, elementos objetivos necesarios para comprobar la idoneidad del instrumento que están evaluando como la mejor alternativa regulatoria y así contar con mejores insumos para tomar la decisión de aprobar la referida norma.

QUINTA: Que si bien es cierto el sistema de mejora regulatoria aún está en una fase de aplicación progresiva a las diferentes instituciones públicas de conformidad a la LMR, es necesario que el Presidente de la República, asuma con responsabilidad su competencia indelegable e irrenunciable y decrete los reglamentos de desarrollo que le manda los Arts. 39 LMR, 165 LPA, y de esa forma acelerar y completar los procedimientos de elaboración de normas y con ello, mejorar la calidad de las normas; así mismo, cumpla con la obligación de nombrar a al Presidente del Tribunal de Eliminación de Barreras Burocráticas y a su segunda vocal, tal como establece el Art. 7 inc 3 letras a) y c) y 29 LEBB, y así conformar el TEBB, puesto que dicha omisión por parte del Presidente de la República, constituyen una deuda por cumplir desde hace más de dos años, provocando que estas leyes en la práctica, no tengan la relevancia que su contenido amerita.

SEXTA: Que dentro del sistema de Mejora regulatorio salvadoreño, se puede visualizar como el titulo VI de la LPA se complementa con la LMR, en el sentido que la LPA diseña el procedimiento que debe seguirse para la elaboración de normas administrativas subordinadas a la Constitución y a las leyes que cumplen únicamente una función de desarrollo y colaboración con respecto a la ley, mientras que la LMR es aplicable también al procedimiento de creación de proyectos de ley.

SEPTIMA: Que la Evaluación de Impacto regulatorio, no de aplicación general para todos los procesos de elaboración de instrumentos normativos, sino, solo para las regulaciones que generen costos de cumplimiento o cargas u obligaciones para los ciudadanos y el análisis que se hace de la EIR, es puramente económico, puesto que está enfocado a las regulaciones que afecten el clima de negocios, la competitividad, el comercio exterior y la atracción de inversiones.

OCTAVA: Que para garantizar que los instrumentos normativos que se aprueben, cumplan con los requisitos y elementos de la EIR, es necesario reformar la LPA y LMR en sentido que se establezca como obligatorio obtener el dictamen favorable del OMR para la aprobación de un instrumento normativo bajo pena de nulidad de dicho instrumento por la inobservancia del mismo.

NOVENA: Que la EIR si puede incidir de manera positiva en el ejercicio de la potestad normativa de la administración pública salvadoreña, en la medida que se capacite y concientice a todos los involucrados en el procedimiento de creación de normas y que cada uno de ellos cumpla con responsabilidad, objetividad, ética e imparcialidad las funciones que le competen dentro del procedimiento de creación de normas, desde la promulgación de los reglamentos pendientes, hasta la aprobación de los proyectos normativos y la evaluación ex -post de las regulaciones, para comprobar que la alternativa regulatoria elegida, aprobada y aplicada es la que mejor responde a solucionar el problema público que dio origen a la regulación.

RECOMENDACIONES

Después de analizar la situación actual del sistema de mejora regulatoria y la aplicación de la evaluación de impacto regulatorio, ofrezco las siguientes recomendaciones:

PRIMERA: Reformar la Ley de Mejora Regulatoria en el Capítulo III: Herramientas de Mejora Regulatoria, Sección II: Evaluación de Impacto Regulatorio; en el sentido de, dotar de coercibilidad la aprobación de la regulación por parte del Organismo de Mejora Regulatoria; puesto que, el Art. 17 inc. final LMR, establece únicamente la obligación de presentar la propuesta regulatoria al OMR para su aprobación; pero en cuanto al dictamen de la EIR, el Art. 20 inc. 2 LMR, indica que si una EIR no ha sido realizada de forma aceptable, el sujeto obligado **podrá** subsanar las deficiencias señaladas por el OMR en un plazo máximo de 20 días, requiriendo nuevamente la revisión, para obtener un dictamen favorable, previo a la aprobación de la regulación.

Otorgando la ley al sujeto obligado, la potestad de subsanar y volver a presentar para aprobación al OMR, la regulación con su EIR corregidas; por lo tanto, es necesario, sustituir la palabra “podrá” por la palabra “deberá”, que indica la imposición que tendrían los sujetos obligados de evacuar las deficiencias encontradas en su proyecto regulatorio y su EIR, y requerir la revisión de estos instrumentos al OMR para su aprobación.

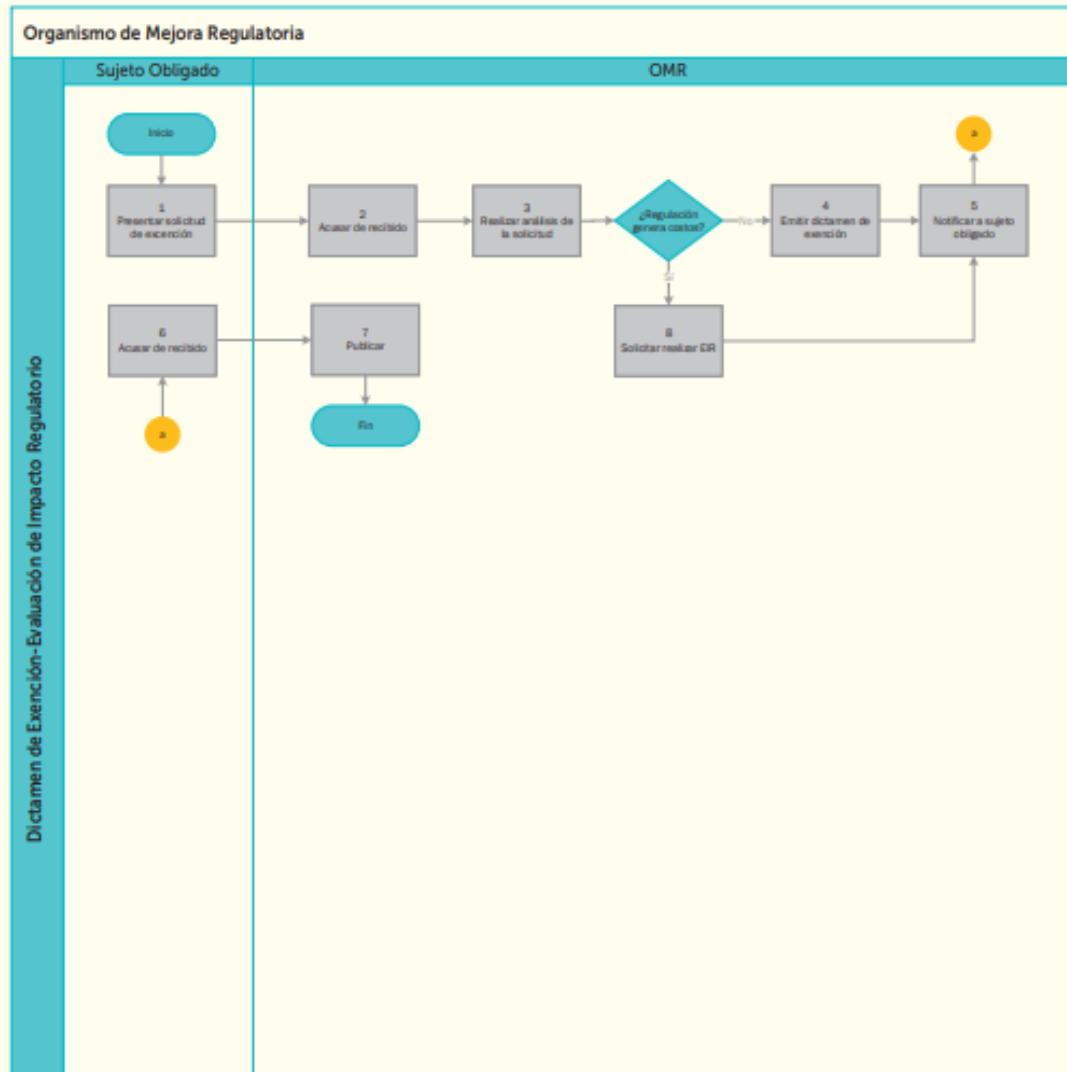
SEGUNDA: Incorporar en el Art. 20 LMR un inciso final, que establezca la obligatoriedad de presentar el dictamen favorable emitido por el OMR, del proyecto regulatorio y su EIR, como requisito indispensable para la aprobación del proyecto regulatorio por parte de la autoridad competente.

ANEXOS

Los anexos Adjuntos fueron tomados de los Lineamientos para la elaboración de evaluaciones de Impacto Regulatorio Ex -Ante, Emitidos por el Organismo de Mejora Regulatoria.

Solicitud de Exención de EIR	
SECCIÓN A – Información General	
1.	Lugar y fecha de la elaboración de la solicitud
2.	Nombre de la propuesta de regulación y tipo de regulación (ley, reglamento, decreto, etc)
3.	Nombre de la institución responsable
4.	Base legal que faculta a la institución responsable para la emisión de regulaciones en la materia
5.	Descripción de la propuesta de regulación <small>(Se deberá detallar en qué consiste la propuesta y los principales elementos que la componen. En caso se trate de una reforma a una normativa existente, deberá especificarse el nombre de la normativa a modificar y detallar todos los cambios contenidos en la propuesta de reforma)</small>
6.	Nombre, teléfono y correo electrónico de la(s) persona(s) autorizada(s) para recibir notificaciones
SECCIÓN B – Descripción y motivación de la propuesta de regulación	
7.	¿Cuál es la problemática que se pretende atender con la propuesta de la regulación?
8.	¿Se consideraron otras opciones de política distintas a la regulación? ¿Por qué considera que la regulación es el mejor instrumento para atender la problemática?
SECCIÓN C – Impactos de la propuesta de regulación	
9.	¿La propuesta de regulación genera costos de cumplimiento a los particulares <input type="checkbox"/> Sí <input type="checkbox"/> No
10.	Marque cuál o cuáles de las opciones siguientes es aplicable a la propuesta regulatoria a) <input type="checkbox"/> La propuesta regulatoria crea nuevas obligaciones para los particulares o vuelve más estrictas las existentes b) <input type="checkbox"/> La propuesta regulatoria crea trámites o complejiza trámites ya existentes c) <input type="checkbox"/> La propuesta regulatoria reduce, restringe o afecta derechos y prestaciones de los particulares d) <input type="checkbox"/> La propuesta regulatoria establece definiciones, clasificaciones o cualquier término de referencia que pueda afectar derechos, obligaciones, prestaciones o trámites de los particulares e) <input type="checkbox"/> Ninguna de las anteriores
11.	Justifique las razones por las cuales considera que la propuesta regulatoria no genera costos y que respaldan la selección a la pregunta anterior.
SECCIÓN D – Anexos	
Anexe la propuesta regulatoria que respalda la presente solicitud y demás documentos que estime pertinentes.	
FIRMA DEL TITULAR Y SELLO DE LA INSTITUCIÓN	

Anexo # 2
 Procedimiento del dictamen de exención



Anexo # 3 Posibles impactos de las regulaciones

Económicos

- » Competitividad, flujos comerciales y de inversión
- » Empleo
- » Costos operativos de los negocios
- » Costos administrativos de las empresas
- » Derechos de propiedad
- » Bienestar de consumidores y hogares
- » Sectores o regiones específicas
- » Finanzas públicas
- » Entorno macroeconómico

Medioambientales

- » Salud y seguridad animal
- » Calidad del aire
- » Disponibilidad y calidad del agua
- » Disponibilidad y calidad del suelo
- » Biodisponibilidad flora, fauna y paisaje
- » Uso de la tierra
- » Producción residuos
- » Disponibilidad de otros recursos renovales y no renovables
- » Impactos climáticos

Sociales

- » Salud pública
- » Educación
- » Seguridad y defensa nacional
- » Protección social
- » Inclusión social
- » Gobernabilidad
- » Participación ciudadana
- » Buena administración
- » Acceso a la justicia
- » Libertad de expresión
- » Ética

Culturales

- » Idioma
- » Costumbres
- » Valores
- » Historia
- » Patrimonio
- » Individualismo
- » Familia
- » Religión

Anexo # 4

Formulario de Evaluación de Impacto Regulatorio	
SECCIÓN 1 – Información General	
1.	Lugar y fecha de elaboración de la evaluación
2.	Nombre de la propuesta de regulación y tipo de regulación (ley, reglamento, decreto, etc)
3.	Nombre de la institución responsable/reguladora
4.	Base legal (nombre de la regulación, capítulo o sección, número de artículo e inciso) que faculta a la Institución a la emisión de la regulación planteada
5.	Descripción de la propuesta de regulación (Se deberá detallar en qué consiste la propuesta y los principales elementos que la componen. En caso se trate de una reforma a una normativa existente, deberá especificarse el nombre de la normativa a modificar y detallar todos los cambios contenidos en la propuesta de reforma)
6.	Nombre, teléfono y correo electrónico de la(s) persona(s) autorizadas para recibir notificaciones
SECCIÓN 2 – Definición de la problemática y objetivos de la propuesta de regulación	
7.	Explique cuál es la problemática o situación de política pública que justifica la necesidad de la propuesta de regulación.
8.	Proporcione los datos necesarios que muestren la magnitud de la problemática (tamaño de la población afectada, frecuencia de la problemática, temporalidad, entre otros).
9.	Explique cómo podría evolucionar la problemática sin la propuesta de regulación
10.	Exponga los objetivos de la propuesta de regulación.
SECCIÓN 3 – Identificación de las posibles alternativas para solucionar la problemática	
11.	Describa cómo la problemática ha sido atendida en otros países o cuáles son las buenas prácticas internacionales en la materia
12.	Señale todas las alternativas identificadas para resolver la problemática, incluyendo la opción de no hacer nada y al menos una propuesta no regulatoria. a. Alternativa 1: no hacer nada b. Alternativa 2: propuesta no regulatoria c. Alternativa 3: propuesta regulatoria

SECCIÓN 4 – Evaluación de impactos de las alternativas consideradas

13. Identifique los costos y beneficios que conllevaría la aplicación de las alternativas señaladas en la sección anterior, incluya la información cuantitativa disponible que respalda la magnitud de los mismos.

Alternativa 1: No hacer nada

Beneficios:

- a.
- b.
- c.

Costos:

- a.
- b.
- c.

Alternativa 2: Propuesta no regulatoria

Beneficios:

- a.
- d.
- e.

Costos:

- a.
- b.
- c.

Opción 3: Propuesta de regulación

Beneficios:

- a.
- b.
- c.

Costos:

- a.
- b.
- c.

14. Especifique la alternativa seleccionada y explique porqué considera que sus beneficios son superiores a los costos y que es la mejor opción para la sociedad. (Incluya la información cuantitativa disponible para fundamentar su respuesta)

SECCIÓN 5 – Implementación y evaluación de la propuesta de política pública seleccionada

15. Explique detalladamente los mecanismos requeridos para la implementación de la propuesta de regulación.

16. Detalle los recursos públicos necesarios para la implementación de la regulación, su disponibilidad o los medios para conseguirlos.

17. Explique la forma cómo se evaluará el cumplimiento y el logro de los objetivos de la propuesta de regulación.

Detalle los indicadores, sus metas, tiempos y medios de verificación

SECCIÓN 6 – Consulta pública

18. Especifique la fecha de inicio y de finalización del periodo de consulta

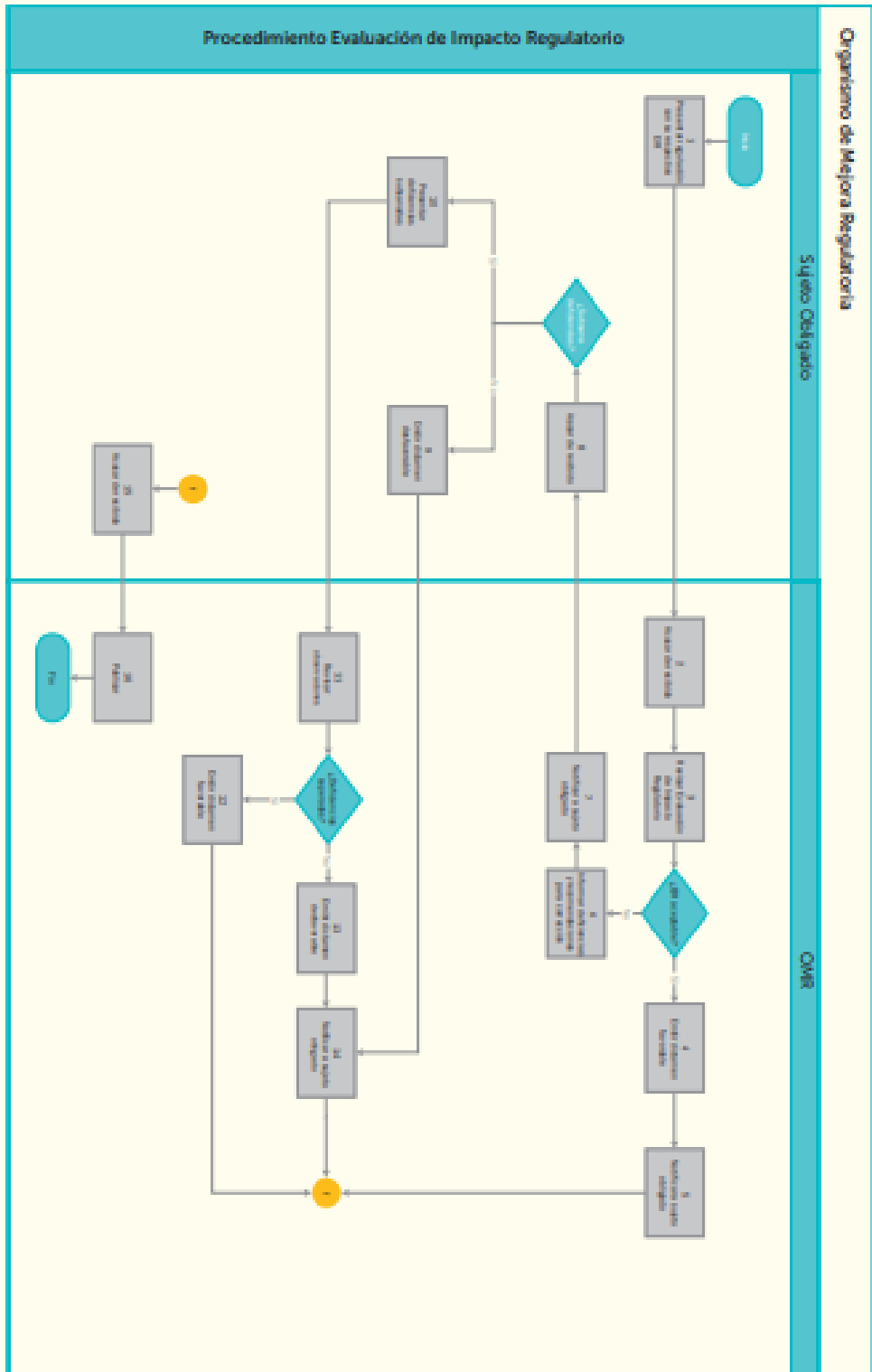
19. Detalle los actores consultados y los medios de consulta utilizados con cada uno de ellos.

20. Resuma los aportes o comentarios considerados y no considerados en la propuesta de regulación y las justificaciones respectivas.

FIRMA DEL TITULAR Y SELLO DE LA INSTITUCIÓN

Anexo # 5

Procedimiento de dictamen de la EIR



BIBLIOGRAFIA

INDICE BIBLIOGRAFICO

1. Álvarez Suárez, Marisa. *La Mejora de la regulación en España como política Pública: Análisis y evolución*. Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. España. 2017. DOI: 10.24965/gapp.v0i17.10413.
2. Argüello Rojas, Luis Mariano. “*El Principio Constitucional de Interdicción de la arbitrariedad.*” *Revista Pensamiento Actual*, Volumen 17, N°29. Universidad de Costa Rica. (2017). 8-16. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/pensamiento-actual/article/view/31584/31288>
3. Balbin, Carlos F. *Manual de Derecho Administrativo*. 3ª Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Thomson Reuters. La Ley. 2015.
4. Blanquer, David. *Derecho Administrativo*. Volumen 1º: El fin, los Medios y el Control. Tiran lo Blanch, Valencia, 2010.
5. Bonnemaïson, María A. *Mecanismos constitucionales de control del Poder Público*. Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo. Venezuela
6. Bossuat, Gerard. *El Plan Marshall y la integración europea. Los límites de una ambición*. http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/ciclos/ciclos_v8_n14-15_06.pdf
7. Canals Ametller, Dolors. *Mejora Normativa y Reducción de Cargas administrativas: El Estado de las Autonomías en 2009*. Temas monográficos.
8. Casado, Lucia. *La Mejora Regulatoria en España: Los nuevos principios que informan el ejercicio de la iniciativa Legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas.* Brasil. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.473
9. Cerrillo i Martínez, Agustín. *La Gobernanza Hoy: 10 Textos de Referencia*. 1ª Edición. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 2005.
10. Comandira, Julio Rodolfo. Héctor Jorge Escola. *Curso de Derecho Administrativo (en Prensa)*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2012.
11. Fernández Rojas, Gabriel, *La Administración por agencias en los Estados Unidos de América*. Universitas. núm. 106. Diciembre 2003. Pontificia Universidad Javeriana. Colombia.
12. Gallardo, Antonio Luis, *Qué es la OCDE y cuáles son sus funciones*. Hablemos de Empresas. Julio 2020. <https://hablemosdeempresas.com/empresa/que-es-la-ocde/>
13. Gálvez Guerrero, Nicolas Iván. *La Evaluación de Impacto Regulatorio en materia de Derechos Humanos, Aplicación actual, desafíos y potencialidades*. Universidad de Chile. Chile, 2020.
14. Gamero Casado, Eduardo. *La Potestad Administrativa, Concepto y Alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*. Tiran lo Blanch. Valencia 2021.

15. García Manzano Jiménez de Andrade, Pablo. “*La potestad Normativa de las Administraciones Independientes.*” (Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid). 2015.
16. Gómez Asensio, Carlos. *La Mejora Regulatoria (Better Regulation): Aplicaciones en materia de Contratación Pública.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.
17. González López, Edgar. *Nuevas Tendencias del Derecho Administrativo: conmemoración de los primeros 20 años de la Especialización en Derecho Administrativo.* Pontificada Universidad Javeriana. Bogotá. Colombia. Tirant lo Blanch. 2020.
18. Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas.* Tomo 1, Parte General, 1ª Edición. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 2013.
19. Guerrero, Manuel Alejandro. *Sistema y régimen político en la Quinta República francesa: Algunas comparaciones con México.* Estudios Sociológicos XVII: 51,1999. Dialnet.unirioja.es.
20. Huerta Ochoa, Carla. “Mecanismos Constitucionales para el control del Poder Político”, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos núm. 1, Universidad Autónoma de México. México. 2001.
21. Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo, Administración Pública. Derecho administrativo. Estado y Administración Pública. Organización Administrativa.* Tomo I. Primera Edición. Universidad Nacional de la Plata. Argentina. 2007.
22. Mejía, Henry Alexander. *Manual de Derecho Administrativo.* San Salvador, Editorial Cuscatlán. 2014.
23. Mejía, Henry Alexander, Fratti de Vega, Karla María, Ivanega, Mirian Mabel, Mena Guerra, Ricardo, Torrealba Sánchez, Miguel Ángel, Ayala Muñoz, José María y Comandira, Julio Pablo. *Congreso de Derecho Administrativo 2019: “La Mejora Regulatoria y los Nuevos Principios de la Potestad Normativa de la Administración Pública en El Salvador.* El Salvador, Departamento de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. 2019.
24. Mena Guerra, Ricardo. *Una Aproximación a las fuentes en el Derecho Administrativo, desde una óptica del ordenamiento jurídico salvadoreño.* 1ª edición. Editorial Guanaxia. Centro de Estudios Jurídicos. San Salvador. 2009.
25. Mena Guerra, Ricardo. *Genesis del Derecho Administrativo en El Salvador.* San Salvador. 2005.
26. Ministerio de Justicia y Derechos humanos. *Guía sobre el análisis de impacto regulatorio: Introducción a la Evaluación Post Regulatoria.* Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria. Perú, 2017.
27. Moreno Molina, Ángel Manuel. *La Reforma Administrativa en los Estados Unidos. El Plan del Presidente Clinton.* Universidad San Carlos III. Madrid, España.

28. Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª Ed. España, Editorial Tecnos 2017.
29. Ochoa Mendoza, Francisco J. *Fundamentos del Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas*. Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual. año 10. Número 19. Perú. 2014.
30. Oliva Roberto. *Potestad Reglamentaria*. Tesis Doctoral. Universidad de El Salvador. 1978.
31. Parejo Alfonso, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch. Colombia. 2011.
32. Pineda Argueta, Hugo Dagoberto. *Monografía del Derecho Administrativo en El Salvador*. 1ª Ed. San Salvador. El Salvador. Comisión Coordinadora del Sector Justicia. Unidad Técnica Ejecutiva. 2013.
33. Peñaranda Ramos, José Luis, *El Reglamento como Fuente específica del Derecho Administrativos y el Principio de Legalidad*. Universidad Carlos III. Madrid. 2015.
34. Rivero Ortega, Ricardo. *Derecho Administrativo*. Primera Edición. Tirant lo Blanch, Valencia. 2019.
35. Rodríguez- Arana Muñoz, Jaime, Mejía, Henry Alexander. *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos*. El Salvador. Editorial Cuscatlán. 2019.
36. Vásquez Lépinette, Tomás y Bahnini, Marpia. *La Calidad de la Ley: Una propuesta para su mejora. Proyecto Adi. Fortalecimiento y Modernización de la Administración de Justicia en Marruecos*. (2005-2009). Madrid. 2009.

INDICE LEGISLATIVO:

37. Constitución de la República de El Salvador, El Salvador, Asamblea Constituyente. 1983.
38. Convenio del Reto del Milenio entre el Gobierno de la República de El Salvador y los Estados Unidos de América. El Salvador, 2014.
39. Código Municipal. Asamblea Legislativa. El Salvador. 1986.
40. Ley de Acceso a la Información Pública. Asamblea Legislativa. El Salvador. 2011.
41. Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas. Asamblea Legislativa. El Salvador. 2018
42. Ley de la Jurisdicción Contenciosa administrativa. Asamblea Legislativa. El Salvador. 1978.
43. Ley de Mejora Regulatoria. Asamblea Legislativa. El Salvador. 2018.
44. Ley de Procedimientos Administrativos. Asamblea Legislativa. El Salvador. 2017.
45. Ley Orgánica del Banco Central de Reserva de El Salvador. Asamblea Legislativa. El Salvador. 1991.
46. Ley Orgánica Judicial. Asamblea Legislativa. El Salvador. 1984.

47. Ley del Seguro Social, San Salvador. Asamblea Legislativa. El Salvador, 1953.
48. Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero. Asamblea Legislativa. El Salvador. 2012.
49. Ley del Fondo Social para la Vivienda. Asamblea Legislativa. 1973
50. Ley Integral para la Protección de la Niñez y la Adolescencia. Asamblea Legislativa. El Salvador. 2009.
51. Decreto Ejecutivo de Creación del Organismo de Mejora Regulatoria. Decreto número 90. Presidencia de la República. El Salvador. 2015.
52. Lineamientos para la Elaboración de Evaluaciones de Impacto Regulatorio Ex Ante, Organismo de Mejora Regulatoria. 2021.

INDICE JURISPRUDENCIAL

53. Sentencia de Inconstitucionalidad. Ref. 10-94. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. año 2000.
54. Sentencia de Inconstitucionalidad. Ref. 22-96. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. 2001
55. Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref. 9-2004. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. 2005.
56. Sentencia de Inconstitucionalidad. Ref. 26-2008. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. 2009.
57. Sentencia de Inconstitucionalidad. Ref.13-2012. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. 2012.
58. Sentencia de Ilegalidad, Ref. 310-2009. Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia. 2012.
59. Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref. 41.2005. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. 2013.
60. Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref.43-2013. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. 2014.
61. Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref. 148-2014. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia 2017.
62. Sentencia de Inconstitucionalidad en acumulación de acciones. Ref. 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. 2020.
63. Sentencia de Inconstitucionalidad. Ref. 62-2020. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. 2020.
64. Sentencia de Habeas Corpus, Ref. 148-2020. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. 2020.
65. Sentencia de Inconstitucionalidad. Ref. 10-2020 Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. 2021.

INDICE DE FUENTES HISTORICAS.

NACIONAL:

1. Constitución del Estado de El Salvador. Congreso Constituyente del Estado. El Salvador.1824.
2. Constitución de El Salvador. Asamblea Constituyente. El Salvador. 1841.
3. Constitución de la República de El Salvador. Congreso Nacional Constituyente. El Salvador.1864.
4. Constitución Política de El Salvador. Congreso Nacional Constituyente. El Salvador. 1871.
5. Constitución Política de la República de El Salvador. Congreso Nacional Constituyente, El Salvador. 1886.
6. Constitución Política de la República de El Salvador. Asamblea Nacional Constituyente, El Salvador. 1939.

EXTRANJERO

7. Constitución Francesa. Asamblea Nacional. 1791.
8. Constitución del 5 fructidor del año III. Asamblea Nacional Francesa. 1795.
9. Constitución de la República Francesa del 22 freimaire del año VIII. Asamblea Nacional Francesa.1799.
10. Constitución Francesa. Senadoconsulto Orgánico. Francia. 1802.
11. Carta Constitucional Francesa. Luís Felipe. Rei de los Franceses.1930.
12. Constitución Francesa. Senadoconsulto Orgánico. 1804.
13. Constitución Francesa. Asamblea Nacional. 1958.

INDICE BIBLIOGRAFICO VIRTUAL

14. Calle Casusol, Jean Paul. Regulando con Calidad: El aporte de la OCDE. Foro Jurídico (Lima). N°17. 2018. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/22760/21874>.
15. Comisión Europea. Better Regulation Guidelines. http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/swd_br_guidelines_espanol_en.pdf.
16. Cordero Quinzaca, Eduardo. Las Normas administrativas y el sistema de Fuentes. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. (Año 17-º1, scielo, 2010) 21-50. ISSN0718-9753, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532010000100002.
17. Dirección de Mejora Regulatoria. Compendio de Legislación de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites. Ministerio de Economía, Industria y Comercio, Costa Rica. 2018. <https://www.meic.go.cr/meic/documentos/7mfn8x9r1/manualregulacionessimples2.pdf>.

18. Fernández, José Vida. La Evaluación de Impacto Normativo como Instrumento para Mejora de la Regulación. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6006263>.
19. García de Enterría, Eduardo y Municio, Ángel Martín. La Lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa. Real Academia Española. Madrid. 1994. https://www.rae.es/sites/default/files/Discurso_Ingreso_Eduardo_Garcia_de_Enterria.pdf.
20. Gurría, Ángel. La OCDE, a los 50 de su creación: Logros, Retos y Decisiones Futuras. Revista de Economía Mundial. No 28 (España, Sociedad de Economía Mundial, 2011). <https://www.redalyc.org/pdf/866/86622163002.pdf>
21. Heredia, Rafael. *Límites a la potestad reglamentaria de la Administración pública*. Pontificia Universidad católica Madre y Maestra. República Dominicana. 2021. <http://www.researchgate.net/publications/34048>.
22. Hernández González, Francisco Lorenzo. La evolución de la potestad reglamentaria en el constitucionalismo francés. Mitos y realidades. Revista de administración pública, N°163. (2004). 465-494, dialnet.unirioja.es
23. Latorre, Indira. La Política de Mejora Regulatoria: Oportunidades y Desafíos para Colombia” Revista de Derecho Público No 33, (2014) DOI: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub472.pdf
24. Marcos, Francisco. Calidad de las Normas Jurídicas y Estudios de Impacto Normativo. (mayo agosto 2009). Universidad autónoma de Madrid. 2009.
25. Martí Sánchez, Sylvia. Las Agencias Administrativas en Los Estados Unidos: Encrucijada de Poderes. Revista de las Cortes Generales. (2006).
26. Muñoz Machado, Santiago. (Las Concepciones del Derecho Administrativo y la idea de Participación en la Administración. Revista de Administración Pública. (1977), dialnet.unirioja.es.
27. OCDE. Regulatory Impact análisis: Best Practices in OECD Countries.1997.
28. OCDE. Recommendation of the council of the OCDE on Regulatory Policy and Governance. <http://www.oecd.org/gob/regulatory-policy/2012-recommendation>.
29. OCDE. Políticas normativas en los países de la OCDE. Del Intervencionismo a la gobernanza normativa. 2003. www.oecd.org/bookshop.
30. OCDE. Recomendaciones del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria, París. 2012.
31. OCDE. Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo, Proyecto Incorporando el uso de Análisis de Impacto Regulatorio en el Proceso de Toma de Decisiones de Colombia. Colombia. 2015.
32. OCDE. El ABC de la Mejora Regulatoria para las Entidades Federativas y Municipios: Guía Práctica para funcionarios, Empresarios y Ciudadanos. (México: Centro de publicaciones de la OCDE, 2016).

- <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/abc-manual-for-regulatory-reform-spanish-version.pdf>
33. OCDE. Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en el Gobierno Central de Perú. Estudios de Caso 2014-16. 2019. DOI: <http://doi.org/10.1787/9789264305809-es>.
 34. OCDE. El Análisis de Impacto Regulatorio en el ciclo de Gobernanza Regulatoria. Implementación del análisis regulatorio en el Gobierno Central de Perú. Caso de estudio 2014-16. OCDE Publishing Paris. 2019. <https://doi.org/10.1787/9789264305809-4>.
 35. OCDE. Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo en Colombia. OCDE Revista de Reforma Regulatoria. 2016.
 36. OCDE. Estudio de la OCDE sobre la Política Regulatoria en Colombia. Más Allá de la Simplificación Administrativa. OCDE Publishing. 2014. <http://dx.doi.org/10.1787/97892642201965-es>
 37. Pascual Medrano, Amelia. La Ley y el Reglamento en el Derecho Constitucional Francés. Revista de Estudios Políticos Nueva época. Núm.106, octubre-diciembre. Burdeos. (España. 1999).
 38. Pérez Fabregat, Clara. *La Organización del Municipio salvadoreño entre 1840 y 1869: Una Aproximación a la Construcción del Estado desde el ámbito Local*. Boletín Americanista. Año LXI.1. N° 62. (Barcelona. 2011). 201-218, ISSN: 0520-4100. <http://dialnet.unirioja.es>
 39. Ponce Solé, Juli. *La Calidad en el Desarrollo de la Discrecionalidad Reglamentaria: Teoría sobre la Regulación y Adopción de Buenas Decisiones Normativas por los Gobiernos y Administraciones*. Revista de Administración Pública, N° 162. Universidad de Barcelona. (2003).
 40. Porras, José María. Fundamento, Naturaleza, Extensión y Límites de la Potestad Reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 87. (marzo 1995).
 41. Querbach Tobias, Arndt, Christiane. Política Regulatoria en América Latina, un Análisis de la situación actual. OCDE Publishing. París. <http://dx.doi.org.10.1787/940ec5c6-es>
 42. Revista Euro latinoamericana de Derecho Administrativo. Sobre la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano con relación a la Administración Pública. Vol. 2. Universidad Nacional del Litoral. Argentina. 2015. [file:///C:/Users/Roxana/Downloads/4636-Texto%20del%20art%C3%ADculo-11851-1-10-20150331%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Roxana/Downloads/4636-Texto%20del%20art%C3%ADculo-11851-1-10-20150331%20(2).pdf)
 43. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. El Derecho a la Buena Administración en las relaciones entre el Ciudadano y la Administración Pública. AFDUC 16. 2012 <https://core.ac.uk/download/pdf/61909988.pdf>.
 44. Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros. Manual para la Aplicación del Análisis de Impacto regulatorio Ex ante (AIR). Perú. 2021. www.gob.pe/pcm

45. Valencia, Diana Carolina y Wunder Hachem, Daniel. Reflexiones sobre el Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública en el Derecho Administrativo Brasileño. Revista Digital de Derecho Administrativo. núm. 21. Universidad Externado de Colombia. 2019. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5700>.
46. Vicher García, Diana. La Reforma Regulatoria, Desde la perspectiva de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Revista Buen Gobierno, núm. 3. julio -diciembre. México. 2007. 156. www.redalyc.org/articulo.oa?id#569660524005.