



REGULACIÓN Y MEJORA REGULATORIA: REGULACIÓN DE HIDROCARBUROS, ELECTRICIDAD Y MINERÍA



RECETAS DE CUARENTENA: ¿SE PUEDE O DEBE REGULAR EN MEDIO DE UNA PANDEMIA (O EN SITUACIONES DE CRISIS)?

RESUMEN: Este documento tiene por finalidad explicar brevemente los riesgos y problemas de la regulación en contextos de crisis o emergencia, y proponer algunas recomendaciones que pueden considerarse en estos contextos para mejorar el nivel de las regulaciones.

PALABRAS CLAVE: Pandemia-regulación- consulta- tecnologías.

María Antonieta Merino

Abogada por la Universidad de Lima, Master of Laws (LL.M.) por New York University (Estados Unidos) y con estudios en regulación por London School of Economics (Reino Unido). Consultora Asociada Senior en Smart Regulation Peru y consultora externa del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Docente de la Universidad del Pacífico y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (Perú) y la Universidad Autónoma de Nuevo León (México).
mmerino@smartreg.pe / ma.merino@up.edu.pe



I. INTRODUCCIÓN

La actual pandemia causada por el Covid-19 ha mostrado todas las fortalezas y debilidades (especialmente estas últimas) de las administraciones públicas a nivel mundial. Nos ha mostrado como sociedades, nos ha desnudado por completo. Ha sido un proceso doloroso y cruento —nadie se ha salvado del examen—, a partir del cual hemos podido identificar, quizás con mayor claridad que nunca, cada falencia del proceso de toma de decisiones de las autoridades gubernamentales en todos los niveles del estado.

En un contexto regular, la toma de decisiones a nivel gubernamental debería seguir un proceso riguroso en el que las autoridades puedan realizar una evaluación extensa y reflexiva de cada aspecto vinculado con el problema que público que enfrenta. La mayoría de los países en la región latinoamericana han comprendido esta necesidad y han iniciado, en momentos distintos, varias reformas para implementar la mejora regulatoria y convertirla en una política de sus estados, así como para adoptar el Análisis de Impacto Regulatorio (AIR) o Análisis de Impacto Normativo como la herramienta que sirve para lograr dicho cometido. No han sido ni son pocos los desafíos que los países de la región vienen enfrentando en el camino de implementación de la mejora regulatoria y la pandemia generada por el Covid-19 ha incrementado el grado de dificultad.

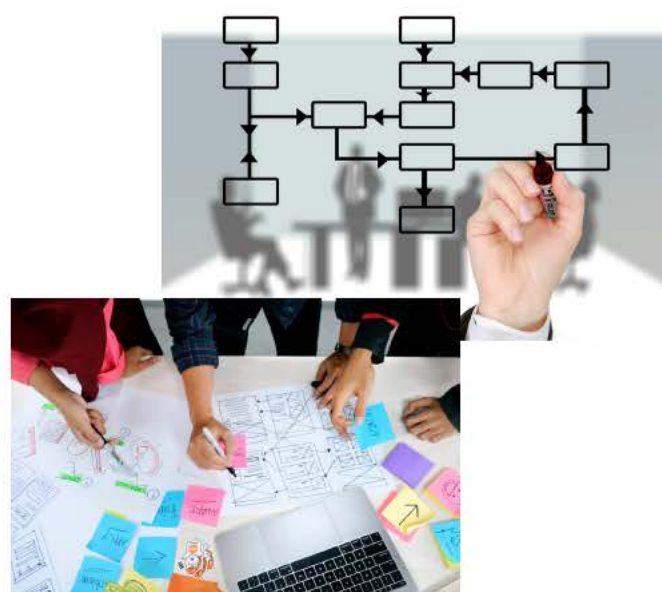
Este artículo tiene por finalidad destacar los principales riesgos que existen durante el proceso de toma de decisiones en un contexto de crisis, a fin de que sirvan como elementos de alerta y reflexión, así como brindar algunas breves recomendaciones que pueden ser implementadas.

II. RIESGOS Y PROBLEMAS DE REGULACIONES EN CRISIS

En tiempos normales, la toma de decisión de una autoridad gubernamental debería seguir las pautas del AIR para asegurar que esa decisión es la óptima considerando el problema público que se enfrenta. A partir del proceso del AIR, la autoridad puede concluir que la decisión óptima es no regular, es decir, no emitir normas e implementar medidas no regulatorias (no normativas) o, inclusive, dejar las cosas tal y como están (mantener el status quo).

La aplicación del AIR, en la práctica, supone que la autoridad administrativa a cargo de este proceso identifique y evalúe la magnitud del problema público, determine los objetivos de política pública que quiere lograr, evalúe las posibles alternativas de solución disponibles —las que pueden ser regulatorias o no regulatorias, así como la no intervención—, identifique y analice cada uno de los impactos que pueden generar cada una de estas alternativas —para lo cual debe emplear herramientas metodológicas como el análisis de costo – beneficio— y determine la alternativa óptima, es decir, la que genere mayores beneficios netos para la sociedad. En caso la mejor decisión es la emisión de una regulación o norma, la autoridad debe establecer sus mecanismos de cumplimiento, así como mecanismos de seguimiento ex post para evaluar su efectividad. Todo este análisis debe sustentarse en evidencia, es decir, la decisión que se adopte debe basarse en datos o información real y sólida; además, el AIR requiere de un proceso de consulta constante con todos los actores o partes que tengan un interés en la evaluación realizada por la autoridad (OECD, 2008).

En tiempos de crisis, concurren varios aspectos que hacen difícil la aplicación del AIR (Smart Regulation Peru, 2020). Por un lado, la sociedad demanda una respuesta inmediata por parte de las autoridades para tomar acción. De otro lado, las autoridades se ven sometidas a mucha presión para lidiar con un riesgo que es de alta probabilidad y de alto impacto. Asimismo, existe una alta incertidumbre sobre el contexto y el problema (no hay suficiente información ni datos disponibles), lo que hace difícil la toma de decisión. Además, las autoridades pueden enfrentarse a dilemas, al tener que ponderar valores en conflicto, como lo hemos visto en esta pandemia (protección de vidas humanas versus desarrollo normal de actividades económicas). Como consecuencia, la regulación que se adopte llega a ser bastante inestable; pero también existen otros peligros asociados con esta forma de regulación.



En primer lugar, las autoridades van a estar más proclives a regular por “pedidos” o presión pública que por una verdadera necesidad. Este aspecto es bastante delicado porque se puede aprovechar indebidamente la crisis para introducir una agenda regulatoria con normas que no solo son innecesarias, sino que pueden responder a intereses particulares o que impacten negativamente en la sociedad.

En segundo lugar, debido a la falta de rigurosidad en el análisis de las verdaderas necesidades de la sociedad o del problema público, se pueden emitir normas que resultan ser todo lo contrario a lo buscado: normas que agravan el problema, normas más restrictivas o engorrosas, o normas que abusan del comando – control. La sobrerregulación también puede ser uno de los resultados. A modo de ejemplo, una reciente disposición española (disposición final cuarta del Real Decreto-Ley 8/2020) suspende las inversiones extranjeras directas en España para inversores que no sean de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, sin que existan razones suficientes para dicha disposición; además, dicha norma vulnera normas otras disposiciones comunitarias. Habría que preguntarse si es que tal norma era necesaria, considerando el contexto actual, o si existían razones suficientes que justificaban su decisión.

Finalmente, la regulación reactiva puede generar inconsistencias o contradicciones con otras normas emitidas durante la crisis. Ello no solo tiene a incrementar la dificultad de su cumplimiento, sino que también genera sobrecostos para los sujetos regulados.

III. ALGUNAS RECOMENDACIONES PARA REGULAR EN TIEMPOS DE CRISIS (LA RECETA)

Como ha sido señalado, debido a la premura y a la necesidad una respuesta rápida, los estados no tendrán tiempo de analizar y discutir las decisiones adoptadas con la solidez y profundidad como se hace mediante el AIR. No obstante, ello no supone que las autoridades deben reducir sus estándares a la hora de regular. Aun en situaciones de crisis, los estados están en la obligación de procurar el mejor diseño posible para sus regulaciones.



A continuación, se esbozan unas cuantas recomendaciones que pueden ser implementadas por las autoridades, para mejorar las regulaciones durante situaciones de crisis o emergencia.

1. Consultar a expertos

Si bien durante una crisis no se cuenta con tiempo suficiente para realizar procesos de consulta con potenciales partes interesadas sobre las medidas que se van a adoptar o para recabar toda la evidencia posible que sustente la toma de decisión, las autoridades pueden recurrir a grupos consultivos o de expertos sobre la materia que es analizada (OECD, 2020).

3. Evaluar las regulaciones emitidas en contexto de emergencia o crisis

Las normas que emite el estado en situaciones de emergencia, adoptados de manera apresurada, no pueden tener "carta blanca" y no ser objeto de evaluaciones (OCDE, 2020). Por el contrario, es precisamente debido a que estas regulaciones no han seguido un proceso tan riguroso para ser emitidas que es imperioso hacer un seguimiento constante de sus efectos en la realidad, a fin de poder contrarrestar a tiempo cualquier impacto que pueda ser contraproducente.

2. Agilizar los trámites

Algunas regulaciones que establecen ciertos requisitos o el cumplimiento de ciertos trámites pueden ser razonables en tiempos normales. Sin embargo, en tiempos de crisis, algunas de estas disposiciones pueden ser levantadas para acelerar la provisión de bienes o servicios necesarios para contrarrestar los efectos de la emergencia. Eso no significa que las medidas no van a considerar mecanismos para reducir o contrarrestar riesgos, sino que algunos aspectos de las regulaciones pueden ser prescindibles como, por ejemplo, requisitos formales.

Debe tenerse presente que todas estas normas fueron emitidas en un contexto particular y no responden a situaciones normales, por lo que su permanencia pasada la crisis es un aspecto que necesariamente debe ser analizado. De hecho, como menciona la (OCDE 2020), algunos países han emitido regulaciones con cláusulas de extinción y cláusulas de examen (sunset clauses) obligatorio en los reglamentos de emergencia que están adoptando.



4. Fomentar la digitalización y el uso de tecnologías

Los medios digitales han sido fundamentales durante todo el desarrollo de la pandemia. Los países con mayor desarrollo en temas de digitalización y tecnología han sido capaces de introducir medidas que han sido efectivas para contrarrestar la enfermedad. Algunos países como Singapur, Corea del Sur y Suiza implementaron aplicativos a través de celulares móviles para emitir alertas de contagio durante la pandemia.

Pero el uso de aplicativos como medio de alerta no es la única forma en la que la tecnología puede ayudar. Las autoridades pueden realizar una respuesta más rápida y efectiva en tiempos de crisis si es que cuentan con información sistematizada y digitalizada. Por ejemplo, tener un registro de personas vulnerables a emergencias, zonas de mayor riesgo, aspectos de densidad poblacional, falta de recursos, entre otros.

5. Aprender de las lecciones

Algunas de las decisiones adoptadas por los estados han sido exitosas mientras que otras fueron todo lo contrario. Luego de la crisis, las autoridades deben realizar una evaluación que les permita identificar qué medidas implementadas funcionaron durante la emergencia y cuáles no lo hicieron. Este ejercicio también supone identificar las debilidades, fallas y oportunidades de mejora que permitan a las entidades públicas prepararse mejor y hacer frente de manera más eficiente a futuras crisis o situaciones de emergencia.

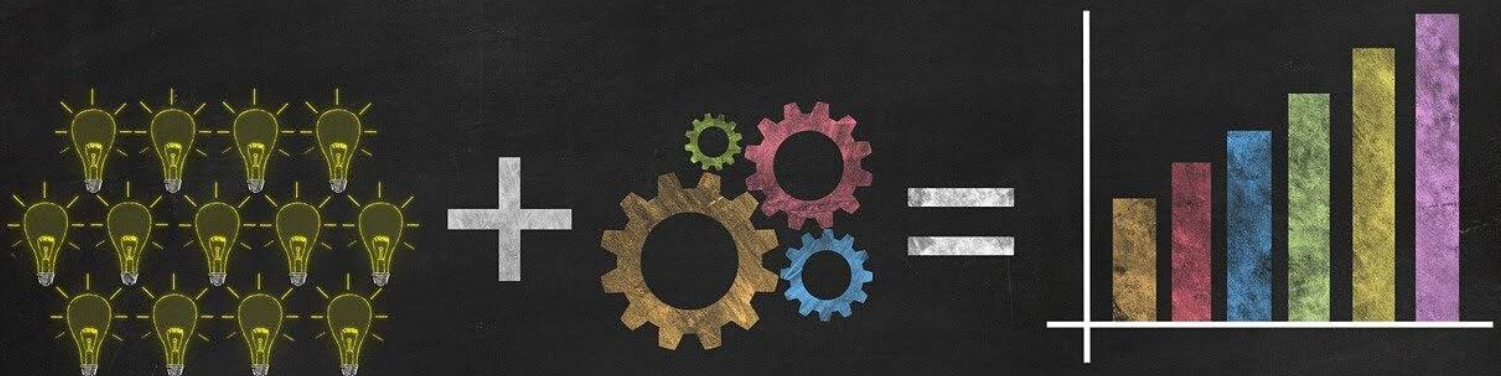


VI. CONCLUSIONES

La toma de decisiones debe seguir un proceso riguroso y reflexivo. En condiciones normales, antes de considerar regular, las autoridades deben seguir el proceso establecido por el Análisis de Impacto Regulatorio (AIR) o Análisis de Impacto Normativo, pues esta herramienta asegura que la decisión que se adopte sea la más apropiada y, en el caso de ser esta una regulación, se asegura su calidad y eficacia.

En situaciones de emergencia o crisis, la aplicación del AIR se torna difícil, pues se ejerce una presión en la autoridad para regular. Estas normas no solo se emiten bajo una alta incertidumbre sobre el contexto y el problema, sino que, además, las autoridades tienen que ponderar valores en conflicto. En ese sentido, la regulación es bastante inestable.

Aun cuando en tiempos de crisis los estados no tendrán tiempo de analizar y discutir las decisiones adoptadas con la solidez y profundidad como se hace mediante el AIR, están en la obligación de procurar el mejor diseño posible para sus regulaciones. Para ello, se formulan las siguientes recomendaciones: consultar a expertos sobre la materia analizada para mejorar la toma de decisiones; agilizar los trámites para acelerar la provisión de bienes o servicios necesarios para contrarrestar los efectos de la emergencia; evaluar las regulaciones emitidas en el contexto de crisis, una vez que se haya controlado la emergencia; fomentar la digitalización y el uso de tecnologías para brindar una respuesta más rápida y efectiva; y aprender de las lecciones, lo que supone identificar las medidas exitosas, así como las debilidades, fallas y oportunidades de mejora para hacer frente a futuras situaciones de emergencia.



Bibliografía

Criddle, C. & L. Kelion (2020, 7 de mayo). Coronavirus contact-tracing: World split between two types of app. BBC News, <https://www.bbc.com/news/technology-52355028>.

De Benedetto, Maria (2020), Regulation in times of tragic choices, The Regulatory Review, <https://www.theregreview.org/2020/05/06/de-benedetto-regulating-times-tragic-choices/>

López-Ibor, V. & E. García Coso (2020, 2 de junio). Covid-19 e inversiones extranjeras. Expansion, p. 38.

OECD (2008), Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA), OECD Publishing, Paris.

OECD (2008b), Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers, OECD Publishing, Paris.

OECD (2020), Regulatory quality and COVID-19: Managing the risks and supporting recovery, [http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/Regulatory-Quality-and-Coronavirus%20-\(COVID-19\)-web.pdf](http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/Regulatory-Quality-and-Coronavirus%20-(COVID-19)-web.pdf).

OECD (2020b), Regulatory Impact Assessment, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/7a9638cb-en>.

Red Iberoamericana y del Caribe de Mejora Regulatoria (12 de mayo del 2020). Regulación y Mejora Regulatoria en los tiempos de la pandemia: ¿cómo asegurar la calidad de las decisiones?, Seminario virtual organizado por el BID y la OECD.

Smart Regulation Peru (2020), Regulación en tiempos de emergencia [gráfico]. Recuperado de <http://www.smartreg.pe>.

