

ano 24 – n. 98 | outubro/dezembro – 2024
Belo Horizonte | p. 1-224 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v24i98
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
I ISSN impresso 1516-3210
I ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CUD: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Thaynara Faleiro Malta

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos
Revisão: Bárbara Ferreira
Diagramação: Derval Braga

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES – Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A1 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Mejora normativa y gobernanza regulatoria en Colombia: caracterización, fallas del diseño del modelo y riesgos para la implementación de la política*

Normative improvement and regulatory governance in Colombia: characterization, model design flaws and risks to policy implementation

Manuel Alberto Restrepo Medina**

Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia)

manuel.restrepo@urosario.edu.co

<https://orcid.org/0000-0003-0197-8353>

Recibido/Received: 30.11.2023 / 30 November 2023

Aprobado/Approved: 22.07.2024 / 22 July 2024

Como citar este artículo/*How to cite this article*: [MEDINA, Manuel Alberto Restrepo. Mejora normativa y gobernanza regulatoria en Colombia: caracterización, fallas del diseño del modelo y riesgos para la implementación de la política. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 24, n. 98, p. 39-63, out./dez. 2024. DOI: 10.21056/aec.v24i98.1881.

* Este artículo ha sido elaborado en desarrollo del proyecto de investigación “Caracterización de la regulación como técnica de actuación administrativa del Estado en el caso colombiano: análisis y evaluación en el marco de la Política de Mejora Normativa”, dentro del Grupo de Investigación en Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

** Profesor Emérito de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Doctor en Derecho por la Universidad Alfonso X el Sabio. Magister en Derecho Administrativo por la Universidad del Rosario. Magister en Estudios Políticos por la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Legislación Financiera por la Universidad de los Andes. Abogado por la Universidad del Rosario. Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Resumen: El objeto artículo consiste en comparar el diseño del modelo de gobernanza regulatoria adoptado por el Estado colombiano a partir de la formulación de su política de mejora normativa con las recomendaciones formuladas por la OCDE y la experiencia de su aplicación en algunos de sus países miembros para establecer si existen fallas en su diseño e identificar riesgos que podrían afectar negativamente su implementación. Para este efecto el artículo se divide en tres partes: en la primera se exponen los antecedentes y el establecimiento de políticas de mejora normativa y el diseño de la gobernanza regulatoria para ejecutarlas, con énfasis en el modelo propuesto por la OCDE; en la segunda parte se presentan los antecedentes hasta llegar a la adopción de la política de mejora normativa por parte del Gobierno de Colombia, que define las etapas que conforman el ciclo de la gobernanza regulatoria; en la tercera parte se consignan los resultados de la comparación del modelo de gobernanza regulatoria colombiano con las recomendaciones de la OCDE y las experiencias de España, Francia y México, identificando las fallas de diseño del modelo y los riesgos para lograr una implementación exitosa de la política de mejora normativa.

Palabras clave: Regulación. Mejora normativa. Gobernanza regulatoria. Análisis de impacto normativo. OCDE

Abstract: The purpose of this article is to compare the design of the regulatory governance model adopted by the Colombian State from the formulation of its policy of regulatory improvement with the recommendations made by the OECD and the experience of its application in some of its member countries in order to establish if there are flaws in its design and to identify risks that could negatively affect its implementation. To this end, the article is divided into three parts: the first presents the background and the establishment of policies for better regulation and the design of regulatory governance to implement them, with emphasis on the model proposed by the OECD; the second part presents the background to the adoption of the policy of regulatory improvement by the Government of Colombia, which defines the stages that make up the cycle of regulatory governance; the third part presents the results of the comparison of the Colombian regulatory governance model with the recommendations of the OECD and the experiences of Spain, France and Mexico, identifying the flaws in the design of the model and the risks to achieve a successful implementation of the policy of regulatory improvement.

Keywords: Regulation. Better regulation. Regulatory governance. Regulatory impact Assessment. OECD.

Sumario: Introducción – **1** Antecedentes y establecimiento de las políticas de mejora normativa y de los modelos de gobernanza regulatoria para ejecutarlas – **2** El proceso seguido en Colombia hasta formular una política de mejora normativa y definir un modelo de gobernanza regulatoria para ejecutarla – **3** Identificación de fallas de diseño del modelo de gobernanza regulatoria y riesgos para la implementación exitosa de la política de mejora normativa – Consideraciones finales – Referencias

Introducción

El cambio producido en el papel del Estado en las últimas dos décadas del siglo XX, que, de prestador y proveedor de servicios y bienes públicos ha pasado a ser el garante de su prestación y provisión por parte de los actores del mercado, salvo aquellos que se reserve por razones de soberanía o equidad, ha implicado el desarrollo de la regulación como una nueva técnica de ejercicio de la función administrativa.

A través de la regulación, el Estado establece obligaciones y procesos con los que tienen que cumplir los particulares, las empresas y el gobierno, mediante

una diversidad de instrumentos jurídicos tanto de derecho duro como de derecho blando, con cuya aplicación se pretende fortalecer el funcionamiento de la economía social de mercado.

Con el fin de garantizar que la regulación cumpla con su finalidad de ser un instrumento que promueva la inversión y el establecimiento de nuevas empresas y permita llegar a decisiones óptimas de política pública, van apareciendo en los países desarrollados propuestas para gestionar la función de regular con el fin de elevar la calidad del sistema jurídico.

De manera particular, en la Unión Europea, tanto por decisiones tomadas por la Comisión Europea como por recomendaciones de la OCDE, se ha definido y venido refinando una política de mejora regulatoria para concretar esa finalidad, cuyo eje central es la realización de los análisis de impacto regulatorio, de manera que su aplicación redunde en el incremento de los beneficios, la reducción de los costos y el aumento de la eficiencia de la regulación.

En el proceso adelantado para ingresar a la OCDE, esta organización realizó un estudio sobre la política regulatoria en Colombia,¹ el cual concluye en que su Gobierno debería, como prioridad clave, desarrollar y promulgar una política regulatoria formal que fuera explícita, obligatoria y congruente dentro del gobierno completo, estableciendo los procedimientos, las instituciones y las herramientas para lograr una regulación de calidad, que fuera más allá de la simplificación administrativa de los trámites.

Con el fin de atender los resultados del estudio de la OCDE, se expidió el Documento CONPES 3816 de 2014 sobre mejora normativa y análisis de impacto normativo, que sentó las bases de la futura política de mejora normativa, que fue adoptada en 2019 para ser aplicada a los instrumentos normativos expedidos por la Rama Ejecutiva del poder público y que se concreta en la formulación del ciclo de gobernanza regulatoria con el que se debe adelantar el proceso para la expedición de una nueva norma o la modificación de una existente.

Conforme a estos antecedentes, el objeto del presente artículo consiste en comparar el diseño del modelo de gobernanza regulatoria adoptado por el Estado colombiano a partir de la formulación de su política de mejora normativa, con las recomendaciones formuladas por la OCDE y la experiencia de su aplicación en algunos de sus países miembros para establecer si existen fallas en su diseño e identificar riesgos que podrían afectar negativamente su implementación.

¹ OCDE. *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: Más allá de la simplificación administrativa*. París: OECD Publishing, 2014.

Para este efecto el artículo se divide en tres partes.

En la primera se exponen los antecedentes y el establecimiento de políticas de gobernanza regulatoria para la mejora normativa, con énfasis en el modelo propuesto por la OCDE, para lo cual se revisaron tanto los documentos técnicos de esta organización como la literatura más referenciada al respecto.

En la segunda parte se presenta la evolución que ha tenido la adopción de la política de mejora normativa por parte del Gobierno de Colombia, que define las etapas que conforman el ciclo de la gobernanza regulatoria, para lo cual se consultaron los documentos institucionales pertinentes.

En la tercera parte se consignan los resultados de la comparación del diseño del modelo de gobernanza regulatoria colombiano con las recomendaciones de la OCDE y las experiencias de tres de sus países miembros, para lo cual se tuvieron en cuenta los documentos con base en los cuales se elaboraron las dos primeras partes del artículo y las legislaciones nacionales y referencias doctrinarias sobre los modelos regulatorios de España, Francia y México.

1 Antecedentes y establecimiento de las políticas de mejora normativa y de los modelos de gobernanza regulatoria para ejecutarlas

Kirkpatrick y Carter² recuerdan que en las décadas de 1960 y 1970 la mayoría de los países en desarrollo promovieron la industrialización mediante la sustitución de importaciones, época en la que el Estado desempeñó un papel primordial como regulador del comercio interno y externo y como inversionista directo en la industria y la agricultura.

En la década de 1980, tras los aparentes éxitos de los programas de privatización y liberalización del mercado en las economías desarrolladas y la evidencia de los fracasos del desarrollo dirigido por el Estado en las economías en desarrollo, la liberalización del mercado y la desregulación se convirtieron en la ortodoxia predominante.

Sin embargo, ya para principios de la década de 1990 se consideraba que el modelo de liberalización del mercado no había logrado una mejora sostenida en la trayectoria de desarrollo de las economías de bajo ingreso, lo que dio lugar a un nuevo cambio en la estrategia de desarrollo, en la que el Estado debería desempeñar

² KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David. Regulatory impact assessment and regulatory governance in developing countries. *Public administration and development*, Manchester, n. 24, p. 333-344, 2004.

un papel clave en el mantenimiento del marco regulatorio para el funcionamiento de los mercados imperfectos o inexistentes.

Así, se necesitarían estructuras reguladoras estatales apropiadas tanto para hacer frente a las deficiencias del mercado como para que la reglamentación garantizara que el desarrollo impulsado por el mercado contribuyera al objetivo de reducción de la pobreza en las economías de bajos ingresos.

Se llegó así al reconocimiento de que la regulación estatal³ es un instrumento importante de la política de desarrollo, que puede apoyar el crecimiento y el desarrollo impulsados por el mercado y en favor de los pobres, para cuyo efecto debe ser eficaz y eficiente.

El logro de una regulación con esos atributos demanda que cualquier cambio regulatorio sea sometido previamente a una evaluación sistemática de sus impactos positivos y negativos, al menos, en los ámbitos económico, social y ambiental⁴, incluidas las consecuencias distributivas sobre el desarrollo sostenible en las economías de bajos ingresos.

Al tiempo con esta evolución que se daba en los países en vía de desarrollo, también el mundo industrializado había atravesado por un tránsito similar, de manera que, del apogeo de la satisfacción de las necesidades generales mediante la provisión y prestación de bienes y servicios por parte de agencias estatales, se pasó a su desestatización y privatización para que fueran provistos y prestados por los actores del mercado, en un cambio del modelo de Estado, que de prestador pasa a ser el garante de la prestación, empleando la regulación como uno de los principales instrumentos para tal efecto.

Esta aproximación dio origen a que desde el año 2000 se empezaran a adoptar por parte de la Unión Europea estrategias de política para la mejora de la producción normativa con la finalidad de lograr que mejores instrumentos normativos permitieran garantizar el crecimiento económico y el bienestar social y medioambiental.

³ Para estos efectos, se entiende por regulación el conjunto de instrumentos jurídicos que emplea un gobierno para establecer obligaciones y procesos con los que tienen que cumplir los particulares, las empresas y el gobierno mismo. Dichos instrumentos son generalmente actos legislativos o administrativos de carácter general, tales como leyes, reglamentos, decretos, acuerdos, normas, circulares y formatos, así como lineamientos, criterios, metodologías, instructivos, directivas, reglas, manuales, entre otros. OECD. *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*. Paris: OECD Publishing, Paris, 2012.

⁴ Más contemporáneamente, se ha venido ampliando el alcance de la aplicación del análisis de impacto normativo a la evaluación de los efectos de la reglamentación sobre la competitividad, aunque aún no se verifica de manera holística y exhaustiva para examinar todos los impactos de las regulaciones en los tres componentes que más la afectan: competitividad de costos, innovación y competitividad internacional. DAVIDSON, Paul; KAUFFMANN, Céline; DE LIEDEKERKE, Marie Gabrielle. How do laws and regulations affect competitiveness: The role for regulatory impact assessment. OECD. *Regulatory Policy Working Papers No. 15*. Paris, OECD Publishing, 2021.

Ello contrastaba con lo que ya había venido pasando en países como Estados Unidos, Australia, Canadá y el Reino Unido, donde también se habían formulado políticas de mejora normativa,⁵ pero no con el objetivo previsto por la Unión Europea, sino, como lo señala Márquez,⁶ con el propósito de formular e implementar medidas que promovieran el desarrollo del sector privado, desde una visión abiertamente neoliberal del derecho.

La necesidad de contar con una política de mejora normativa con la finalidad propuesta por la Unión Europea devino de la advertencia de la insuficiencia de la primera fase de implementación del modelo de Estado regulatorio, de centrarse en medidas para reducir la escala del gobierno y la eliminación de regulaciones innecesarias, especialmente en sectores que satisfacen necesidades públicas, pues los Estados advirtieron que no se trataba solamente de dar forma a las condiciones del mercado, sino también de seguir satisfaciendo el interés público.

En ese orden de ideas la aproximación realizada en forma paralela por la Comisión Europea y la OCDE se tradujo en la formulación de una política de mejora normativa orientada al logro de tres objetivos: fundamentar la creación o reforma de las normas en la evaluación de sus impactos, hacer la normatividad más clara y accesible y establecer períodos para realizar consultas a los ciudadanos sobre las propuestas normativas.

La política de mejora normativa adoptada por el Grupo Especial de Mejora Regulatoria el 15 de marzo de 2005 y refrendada por el Consejo de la OCDE el 28 de abril de 2005, debería responder a los siguientes principios:⁷

- Adoptar a nivel político programas amplios de reforma regulatoria que establezcan objetivos y marcos claros para su implementación.
- Valuar los impactos y revisar sistemáticamente las regulaciones para garantizar que cumplan con los objetivos previstos de manera eficiente y eficaz en un entorno económico y social cambiante y complejo.
- Asegurar que las regulaciones, las instituciones reguladoras encargadas de la aplicación y los procesos reguladores son transparentes y no discriminatorios. Examinar y reforzar, cuando sea necesario, el alcance, la eficacia y la aplicación de la política de competencia.

⁵ Estas manifestaciones encuentran su antecedente en Estados Unidos de América en las órdenes ejecutivas 12.044 (de Carter, en 1978) y 12.291 (de Reagan, en 1981) que impusieron la obligación de elaborar justificaciones para la aprobación de cualquier nueva regulación, incorporando un análisis costo-beneficio de la norma. GERSTON, Larry N. *The Deregulated Society*. Pacific Grove, California: Brooks/Cole Publishing Company, 1988.

⁶ MÁRQUEZ, Daniel. Comentario a la nueva Ley General de Mejora Regulatoria. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Ciudad de México, Tomo LXVIII, n. 272, p. 1035-1046, sep./dic. 2018.

⁷ OECD. *OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*. Paris: OECD Publishing, 2008.

- Diseñar regulaciones económicas en todos los sectores para estimular la competencia y la eficiencia, y eliminarlas, excepto cuando haya pruebas claras de que son la mejor manera de servir a los intereses públicos generales.
- Eliminar los obstáculos reglamentarios innecesarios al comercio y la inversión mediante una liberalización continua y mejorar la consideración y una mejor integración de la apertura de los mercados en todo el proceso de reglamentación, fortaleciendo así la eficiencia económica y competitividad.
- Identificar vínculos importantes con otros objetivos de política y desarrollar políticas para lograr esos objetivos de manera que apoyen la reforma.

Al desarrollarse la política de mejora normativa con base en esos principios, se aseguraría la eficiencia económica y social de las normas al incorporar herramientas durante el proceso mediante el cual el gobierno, luego de identificar un objetivo de política pública, determina si empleará la normatividad como instrumento de política, evalúa alternativas y adopta la norma a través de un proceso de toma de decisiones basado en evidencia.⁸

Para que la política de mejora normativa logre el efecto pretendido debe tener un carácter transversal, de manera que aplique para cualquiera de los tipos o niveles de regulación que quieran alcanzarse, donde se fijen el alcance y los límites de los mercados a instituir o reconocer y donde, eventualmente, se determine el uso del análisis económico de la regulación en situaciones de no mercado, como la garantía institucional de derechos sociales fundamentales.⁹

La política de mejora normativa se ejecuta a través de las fases que componen la gobernanza regulatoria adoptada por cada Estado, por medio de la cual se verifica el diseño de la regulación para que tenga un efecto social y económico positivo y se asegura su implementación para alcanzar los objetivos de política pública implícitos en ella, donde el análisis de impacto regulatorio tiene un papel determinante para garantizar la calidad de la regulación.

Señala la OCDE¹⁰ que el análisis del impacto regulatorio proporciona a los responsables de la toma de decisiones información crucial sobre si se debe regular y cómo hacerlo para lograr los objetivos de política pública y también ayuda a los responsables políticos a defender sus decisiones tanto de no intervenir en mercados

⁸ OECD. Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance. Paris: OECD Publishing, 2012.

⁹ CARVAJAL, Bernardo. ¿Cómo asegurar calidad regulatoria? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Bogotá, n. 9, p. 41-62, ene./jun. 2013.

¹⁰ OECD. Regulatory Impact Assessment, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy. Paris: OECD Publishing, 2020.

en los que los costes superan los beneficios como de sí hacerlo al poder demostrar los beneficios que trae consigo la regulación.

Para la OCDE,¹¹ para que el análisis de impacto regulatorio tenga una utilidad práctica debe diseñarse y aplicarse teniendo en cuenta los siguientes principios:

- Compromiso y aceptación del análisis de impacto normativo, creando restricciones internas y externas creíbles que garantizar su aplicación efectiva, asegurando el apoyo político y de las partes interesadas y asegurando la transparencia del proceso.
- Gobernanza del análisis de impacto normativo, disponiendo de la configuración o el diseño del sistema adecuados, incluida la integración con otras herramientas de gestión regulatoria, la adaptación al sistema legal y administrativo y la cultura del país, la garantía de la supervisión de la calidad y un enfoque proporcional a la importancia de la regulación, y la asignación de responsabilidades para su realización.
- Incorporación del análisis de impacto normativo mediante el fortalecimiento de la capacidad y la rendición de cuentas de la administración, proporcionando orientación y formación y limitando las excepciones.
- Proporcionar una metodología simple y flexible, definir el contexto y los objetivos de la política, tener en cuenta todas las alternativas plausibles, identificar todos los costos directos e indirectos importantes, así como los beneficios relevantes, desarrollar estrategias sobre la recopilación y el acceso a los datos, comunicar los resultados del análisis y comprometerse con las partes interesadas a lo largo de todo el proceso.
- Evaluación y mejora continuas del análisis de impacto normativo mediante la validación de los impactos reales de las regulaciones adoptadas después de su implementación y evaluación integral por los órganos de supervisión.

Conforme a esos principios, el análisis de impacto regulatorio, que en países como España y Colombia se denomina análisis de impacto normativo, conforme a una revisión de la literatura al respecto efectuada por Saab y de Almeida,¹² se verifica mediante la realización de las siguientes etapas:

1. Identificación del problema, sus causas y agentes afectados

El paso de identificar el problema es crucial en el proceso regulatorio, ya que la baja calidad de la regulación, en muchas situaciones, proviene de una comprensión incorrecta del problema. En este paso se deben explicar las causas del problema, así

¹¹ OECD. OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance. Paris: OECD Publishing, 2008.

¹² SAAB, Flavio; SUYLAN DE ALMEIDA, Midlej. Evaluating the quality of regulatory impact analysis: a literature review. *Revista do Serviço Público*, Brasília, n. 72 (special), p. 34-57, dic. 2021.

como qué agentes se ven afectados por él y en qué medida se ven afectados. Además, se debe presentar la necesidad de la acción gubernamental, las fallas del mercado involucradas y las razones que impiden que el mercado logre resultados eficientes.

2. Definición de los objetivos de la regulación

En el segundo paso se deben definir los objetivos de la acción regulatoria en respuesta al problema identificado. Los objetivos deben ser medibles, verificables y deben reflejar las necesidades y valores de la sociedad. Las definiciones claras de los objetivos son esenciales para monitorear los resultados de la regulación.

3. Identificación de alternativas regulatorias

En el paso de identificar alternativas regulatorias se deben plantear posibles formas de abordar el problema. Deben considerarse diferentes alternativas, comparables y relacionadas con diversos instrumentos normativos. El regulador debe buscar alternativas más amigables además del tradicional “comando y control” y siempre se debe considerar la alternativa de “no hacer nada”.

4. Comparación de alternativas regulatorias

Al comparar alternativas regulatorias se debe utilizar una amplia gama de métodos desde un simple análisis hasta un completo análisis costo-beneficio, con la posibilidad de integrar métodos cualitativos y cuantitativos. En este paso se comparan los costos (desventajas) y los beneficios (ventajas) de cada alternativa para guiar al tomador de decisiones. El método de comparación debe ser flexible y cumplir con el principio de proporcionalidad para no requerir análisis robustos cuando la magnitud del problema es menos importante.

5. Plan de seguimiento de la regulación

El quinto paso, que se refiere al plan de seguimiento de la regulación, se refiere a la descripción amplia de los procedimientos necesarios para el seguimiento y la evaluación de la eficacia y la eficiencia de la alternativa reguladora elegida. A través de indicadores adecuadamente desarrollados en el análisis de impacto regulatorio se espera evaluar los efectos de la regulación y orientar la decisión respecto a su mantenimiento o futura revisión.

6. Participación social

Descrita como el último paso, la participación de la sociedad puede ocurrir en cualquier momento durante el análisis de impacto regulatorio a través de procesos de

consulta con la sociedad. La participación promoverá canales de escucha para una pluralidad de voces y dará legitimidad al análisis si la sociedad produce información, crítica y genera evidencia dentro del alcance del análisis.

2 El proceso seguido en Colombia hasta formular una política de mejora normativa y definir un modelo de gobernanza regulatoria para ejecutarla

En el proceso para ingresar a la OCDE, el Gobierno colombiano expidió en el año 2014 el Documento CONPES 3816, sobre mejora normativa y análisis de impacto normativo, en el cual se señala que la Mejora Normativa permite una mejor administración de la economía, la implementación de políticas y la corrección o estímulo de comportamientos sociales.¹³

Para lograr avanzar en ese propósito indicaba que la ruta adecuada sería la de formular una política explícita y una institucionalidad con capacidad de seguimiento y herramientas homogéneas, que permitiera encauzar la normatividad producida por la Rama Ejecutiva hacia esas funcionalidades.

En ese orden de ideas, en el CONPES 3816 se planteó como objetivo central sentar las bases para institucionalizar el Análisis de Impacto Normativo (AIN) en la etapa temprana del proceso de emisión de las normas desde la Rama Ejecutiva, como una herramienta dirigida a fortalecer la confianza, efectividad y transparencia de la normatividad, en el mediano y largo plazo.

Para la consecución de ese objetivo central se definieron cinco estrategias, que incorporaban el establecimiento de metodologías que garantizaran la publicidad de las normas, la participación efectiva de los ciudadanos y grupos de interés y el análisis técnico de sus posibles impactos económicos, sociales, fiscales y ambientales.

Aunque se reconoce que, de manera similar al concepto de regulación definido internacionalmente,¹⁴ la producción normativa colombiana abarca las leyes, los decretos reglamentarios, las regulaciones administrativas y todos aquellos

¹³ Moreno y Gallo hacen notar que antes de la aprobación del documento del CONPES ya había una normatividad dispersa que respondía a la necesidad de realizar análisis de impacto normativo, contenida en el Decreto 2696 de 2004 para las comisiones de regulación, la Ley 902 de 2005 y el Decreto 4669 de 2005 para la implementación de nuevos trámites, el Decreto 1345 de 2010 que da directrices en materia de técnica normativa aplicables a ministerios y departamentos administrativos, la Ley 1340 de 2009 sobre la abogacía de la competencia y el Decreto 1844 de 2013 para la expedición de reglamentos técnicos. Aparte de ello, ha de tenerse en cuenta como antecedente en esta materia la previsión del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) sobre la consulta pública. MORENO, Luis Ferney; GALLO, Iván. De la simplificación administrativa a la calidad regulatoria. *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, n. 17, p. 246-271, 2019.

¹⁴ Ver cita 3.

instrumentos normativos que puedan afectar el ordenamiento jurídico, el alcance de la aplicación de la futura política de mejora normativa y de su instrumentación a través del análisis de impacto normativo se limita a la producción normativa de los órganos que integran la Rama Ejecutiva.

Al tener ese alcance, el Documento CONPES identifica como problema central los bajos niveles de confianza, efectividad, transparencia y calidad en la producción normativa de la Rama Ejecutiva colombiana que afectan la competitividad del país. Este problema se veía manifestado en la existencia de normas contradictorias o poco claras, el desconocimiento del impacto social, económico y ambiental en el proceso de producción normativa y la difusión débil, poco efectiva y considerablemente heterogénea de los mecanismos de consulta pública contemplados en la producción normativa.

Como causas de ese problema central se identificaron la debilidad en la coordinación del proceso de producción normativa y la articulación de acciones dirigidas a garantizar la mejora de la producción normativa, la insuficiencia de las capacidades y lineamientos que permitan e incentiven la toma de decisiones con base en evidencia sobre los posibles impactos económicos, sociales y ambientales, la insuficiencia de las prácticas de consulta y transparencia asociadas al proceso de producción normativa para garantizar su calidad, la debilidad de las capacidades en las entidades de la Rama Ejecutiva encargadas de la producción normativa y de su supervisión y la falta de un inventario normativo que permitiera establecer de manera sencilla las normas vigentes y que aplican a determinado sector.

Con base en ese diagnóstico, el Documento CONPES indica que, a largo plazo, la aplicación de la implementación de la metodología de análisis de impacto normativo en el proceso de emisión de la normatividad en la Rama Ejecutiva del orden nacional debería lograr que se cuente con la capacidad de evaluar el impacto de la normatividad para el logro de objetivos de política pública, que se garantice el acceso de los ciudadanos a información relevante y oportuna y a mecanismos de participación desde las etapas tempranas del proceso normativo, que se aumenten los niveles de cumplimiento de las normas a través de mayor información, transparencia, consulta, incentivos, capacidades de supervisión y claridad, que se reduzca la posibilidad de que la normatividad responda a presiones o intereses particulares y que promueva que la normatividad sea un instrumento efectivo, garantizando que no imponga cargas excesivas para los usuarios, que además proteja sus derechos, brinde seguridad jurídica y contribuya al desarrollo económico y la competitividad del país.

Finalmente, establece el Documento CONPES que la implementación de esta Política estará definida en un Decreto que contenga el marco legal general de la Política de Mejora Normativa, sus principios, alcances y objetivos, así como la incorporación al Sistema Nacional de Competitividad e Innovación (competencias y responsabilidades) del Comité de Mejora Normativa.

Conforme a lo anterior, por medio del Decreto 1299 de 2018 se incorporó al Ministerio de Justicia y del Derecho como miembro permanente del Consejo para la Gestión y el Desempeño Institucional y se estableció la Mejora Normativa como una de las Políticas de Gestión y Desempeño Institucional, lo que conllevó a su inclusión en el Modelo Integrado de Planeación y Gestión en la dimensión de Gestión para resultados con valores, como parte de las políticas que fortalecen la gestión institucional y el buen manejo de los recursos, cuyos lineamientos correspondería establecer al Comité de Mejora Normativa.

En ese orden de ideas, para apoyar al Consejo para la Gestión y el Desempeño Institucional en lo relacionado con la coordinación, orientación y fijación de lineamientos generales sobre la política de mejora normativa, por medio del Acuerdo 005 del 30 de julio de 2018 se creó el Comité de Mejora Normativa, en concordancia con la previsión del Decreto 979 de 2017, por el cual se adoptó el Plan Decenal del Sistema de Justicia 2017-2027, de crear y poner en funcionamiento una Comisión Intersectorial para la Mejora de la Calidad de la Producción Normativa, al haber identificado como un problema de afectación de la seguridad jurídica la ausencia de una política integral y transversal sobre esta materia.

Adicionalmente a la creación del Comité de Mejora Normativa y antes de la formulación de la Política de Mejora Normativa, se desarrolló el Sistema Único de Consulta Pública con la finalidad de centralizar y fortalecer los procesos de transparencia y participación ciudadana en los ejercicios de consulta pública de los proyectos regulatorios, y se creó el Observatorio de Mejora Normativa con el objeto de conocer el estado de la producción normativa del país, a partir de la información generada por la Imprenta Nacional sobre la publicación de los actos administrativos expedidos.

En el año 2019 se adoptó la Política de Mejora Normativa con el objetivo de promover el uso de herramientas y buenas prácticas regulatorias, a fin de lograr que las normas expedidas por la Rama Ejecutiva del Poder Público, en los órdenes nacional y territorial, revistan los parámetros de calidad técnica y jurídica y resulten eficaces, eficientes, transparentes, coherentes y simples, en aras de fortalecer la seguridad jurídica y un marco regulatorio y reglamentario que facilite

el emprendimiento, la competencia, la productividad, el desarrollo económico y el bienestar social.

Para la definición de la Política se tuvieron en cuenta las buenas prácticas regulatorias promovidas por la OCDE, el Documento CONPES 3816 de 2014 y el Plan Decenal del Sistema de Justicia 2017-2027, así como las Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, en el cual se fijaron tres objetivos respecto a la política de mejora regulatoria: 1) establecer el Análisis de Impacto Normativo ex ante, para mejorar la calidad de la nueva regulación, 2) adoptar buenas prácticas de revisión y simplificación de la regulación existente y 3) fortalecer los mecanismos de participación y transparencia en el desarrollo de la regulación.

La aplicación de la Política de Mejora Normativa recae sobre aquellos instrumentos normativos expedidos por la Rama Ejecutiva del poder público por medio de los cuales el Estado interviene fijando requisitos en materia económica o social, sobre los que se espera un cumplimiento por parte de los actores regulados, en aras de mitigar fallas de mercado o fallas de gobierno y para dar cumplimiento a los fines constitucionales y legales, y en esa medida la regulación que es objeto de la política de mejora normativa termina siendo aquella referida al funcionamiento del mercado (fijación de precios, calidad de bienes y servicios, requisitos de información etc.) o de la protección de derechos e intereses públicos (salud, educación, medio ambiente, trabajo).

La Política de Mejora Normativa se concreta en la formulación del ciclo de gobernanza regulatoria con el que se debe adelantar el proceso para la expedición de una nueva norma o la modificación de una existente. Ese ciclo sigue de cerca, aunque con algunas variaciones, las recomendaciones de la OCDE al respecto, y comprende las siguientes fases:

1. Planeación: consiste en el establecimiento de una Agenda Regulatoria, cuyo objetivo es indicar los proyectos de actos administrativos que se pretende expedir el siguiente año para conocimiento y participación de la sociedad y los sujetos regulados. Cada entidad debe remitir su proyecto de agenda regulatoria en el formato suministrado por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, en el cual se deben consignar los siguientes datos de cada proyecto normativo: I. Información institucional II. Información del proyecto de regulación III. Publicación para la participación ciudadana IV. Envío a Presidencia.

2. Diseño de la regulación: en esta fase se realiza el Análisis de Impacto Normativo (AIN),¹⁵ por medio del cual, de manera previa a la intervención del Gobierno

¹⁵ Para una revisión detallada de la regulación del análisis de impacto normativo en Colombia, consultar MONTES, Karina; MORENO, Luis Ferney. *Mejora regulatoria: análisis de impacto normativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.

nacional, se evalúa de manera sistemática su conveniencia, su justificación, sus potenciales impactos y las alternativas de intervención, con el fin de tomar decisiones eficientes, eficaces, idóneas, proporcionales, transparentes y, en general, de calidad; específicamente, esta herramienta permite tomar decisiones que evidencien que los beneficios de la intervención (regulatoria o no) justifican los costos, en aras de una mayor eficiencia económica y social.

El Análisis de Impacto Normativo comprende las siguientes etapas: a) Identificación del problema, b) Definición de los objetivos, c) Definición de las alternativas, d) Evaluación de las alternativas, e) Elección de la mejor alternativa, f) Diseño de la implementación y del monitoreo y g) Consulta pública.

3. Redacción del acto administrativo. En esta fase las conclusiones presentadas en la etapa de diseño se deben materializar en disposiciones jurídicas coherentes, con calidad técnica y jurídica, precisión y claridad, de manera que en su redacción se prevenga la generación de daños antijurídicos que puedan derivar en litigiosidad contra el Estado, se elaboren con la técnica jurídica adecuada, de manera que sean constitucionalmente admisibles y estén dotadas de precisión y coherencia, además de emplear en ello un lenguaje claro, de manera que su contenido sea entendible para personas que no están adentradas en los aspectos técnicos de las mismas y que, además, se cumpla con lo dispuesto en la Ley 1712 del 2014 sobre divulgación de la información pública en diversos idiomas y lenguas y elaboración de formatos alternativos comprensibles para facilitar el uso de la información de las personas.

4. Consulta pública de los proyectos de actos administrativos. La consulta pública es un mecanismo a través del cual se abren espacios para que los actores interesados participen e incidan en las decisiones que toma el Estado, fortaleciendo la confianza, legitimidad, efectividad y transparencia de las intervenciones. Se verifica en tres etapas: la primera consiste en la planeación del ejercicio de consulta pública, en la cual se identifican los objetivos de la consulta, los grupos de interés y actores, sus características y la definición de canales de comunicación; la siguiente fase es el desarrollo del ejercicio, la cual consiste en ejecutar la consulta en línea con lo establecido en la fase anterior y generar ejercicios de difusión para que los grupos de interés y actores identificados participen; finalmente, se tiene la fase de análisis de resultados que implica recoger, analizar y dar respuesta a las observaciones recibidas en el ejercicio y realizar una evaluación buscando identificar las debilidades y fortalezas de la implementación de la estrategia de consulta diseñada, el nivel de cumplimiento de los objetivos y la efectividad de la participación de los grupos objeto de consulta, así como recomendaciones de mejora.

5. Revisión de calidad normativa. Es la fase que consiste en la verificación por parte de las entidades competentes para el efecto de los estándares que deben cumplir las normas, según la siguiente asignación: creación de trámites, Departamento Administrativo de la Función Pública; abogacía de la competencia, Superintendencia de Industria y Comercio; reglamentos técnicos, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; calidad del Análisis de Impacto Normativo, Departamento Nacional de Planeación; calidad legal de los proyectos que firma el Presidente de la República, Secretaría Jurídica de la Presidencia; prevención del daño antijurídico, entidad productora de la normativa de carácter general.

6. Publicidad de la regulación final. En esta fase se da cumplimiento a la obligación de divulgación establecida en la Ley 1437 de 2011, cuya operacionalización le corresponde a la Imprenta Nacional, entidad encargada de la publicación en el Diario Oficial de: a. Los actos legislativos y los proyectos de reforma constitucional aprobados en primera vuelta. b. Las leyes y los proyectos de ley objetados por el Gobierno. c. Los decretos con fuerza de ley, los decretos y las resoluciones ejecutivas expedidas por el Gobierno nacional y los demás actos administrativos de carácter general, expedidos por todos los órganos, las dependencias, las entidades o los organismos del orden nacional de las distintas ramas del Poder Público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado. Con el fin de facilitar la consulta de ese inventario normativo, se cuenta con el Sistema Único de Información Normativa, que es una plataforma administrada por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

7. Evaluación de las regulaciones. Esta fase consiste en la revisión sistemática y periódica del inventario normativo para garantizar que las regulaciones estén actualizadas, justifiquen sus costos y sean eficientes, eficaces, simples y consistentes con los objetivos de política pública planteados, de manera que, como resultado, se identifiquen, eliminen o reemplacen las que sean obsoletas, insuficientes o ineficientes. Dentro de las diferentes estrategias de evaluación, simplificación, racionalización y depuración del inventario normativo están: a. La política de racionalización de trámites b. La Estrategia de depuración normativa c. La evaluación ex post d. La simplificación normativa.

3 Identificación de fallas de diseño del modelo de gobernanza regulatoria y riesgos para la implementación exitosa de la política de mejora normativa

Al cotejar el diseño del modelo de gobernanza regulatoria adoptado por Colombia con las recomendaciones de la OCDE y las experiencias de algunos de sus países

miembros (para el caso se revisaron análisis efectuados a los modelos de España, Francia y México),¹⁶ se encuentra la existencia de fallas en su diseño, que derivan en falta de certeza jurídica sobre su continuidad en el futuro y de incompletitud respecto de la cobertura que debería abarcar su aplicación, circunstancia que pone en entredicho el alcance de la finalidad que se pretende lograr con la adopción de la política de mejora normativa. Las fallas evidenciadas se explican a continuación:

1. Los elementos de la política de mejora normativa no fueron adoptados mediante ley, lo que le resta fuerza a su incorporación, ya que, como señala Berceanu,¹⁷ al no estar contenidos en una legislación primaria podrían ser cambiados muy fácilmente por el gobierno. Lo más aconsejable habría sido contar con una ley de mejora regulatoria como lo hizo recientemente México o haber incorporado sus principios, en particular, el análisis de impacto normativo, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como lo hizo España al reformar la Ley de Procedimientos Administrativos en el 2015.¹⁸

¹⁶ Se escogieron los casos de España y Francia porque, dentro de los países de la OCDE, son los sistemas jurídicos más cercanos y han sido los más influyentes a lo largo de la historia sobre el ordenamiento colombiano, y México porque es el país de la región de mayor antigüedad en su pertenencia a la OCDE y por ende el de más experiencia en la aplicación de sus recomendaciones. Conforme a lo anterior, la literatura revisada para poder efectuar la comparación con el diseño del caso colombiano, fue la siguiente: De España: ÁLVAREZ SUÁREZ, Marisa. La mejora de la regulación en España como política pública: análisis y evolución. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*. Nueva Época, Madrid, n. 17, p. 26-39, may. 2017. BOIX PALOP, Andrés; GIMENO FERNÁNDEZ, Claudia. *La mejora de la calidad normativa. Estudio comparado de procedimientos para la elaboración de normas e instrumentos para la mejora y evaluación de su calidad*. Valencia: Publicaciones de la Universitat de Valencia, 2020. CASADO CASADO, Lucía. La mejora regulatoria en España: los nuevos principios que informan el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las administraciones públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 17, n. 67, p. 41-76, jan./mar. 2017. MARCOS, Francisco. Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 179, Madrid, p. 333-365, may./ago. 2009. SÁNCHEZ PUENTE, Ramón; BUENO RODRÍGUEZ, Fe; GARCÍA VIDAL, Andrea. La evaluación *ex ante*. Una visión de la oficina de coordinación y calidad normativa. *Revista de Economía*, Madrid, No. 907, p. 23-36, mar./abr. 2019.

De Francia: GIBERT, Patrick. Réflexions sur l'appropriation française de l'analyse d'impact de la réglementation (A.I.R) dans le cas de la mise en oeuvre des études d'impact des projets de loi. *Revue Politiques et Management Public*, Paris, vol. 35, num. 3-4, p. 243-272, jul./dic. 2018. PERROUD, Thomas. Les études d'impact dans l'action publique en France: perspective critique et propositions. *Revue Politiques et Management Public*, Paris, vol. 35, n. 3-4, p. 215-242, jul./ dic. 2018. POPELIER, Patricia. L'analyse d'impact de la réglementation: une perspective juridique. *Revue Politiques et Management Public*, Paris, vol. 35, n. 3-4, p. 107-129, jul./ dic. 2018.

De México: CEDILLO HERNÁNDEZ, Miguel A. Desregulación y Mejora Regulatoria en México: un balance necesario. *Buen Gobierno*, Ciudad de México, núm. 2, p. 96-115, ene./jun. 2007. GARCÍA FERNÁNDEZ, Carlos. La mejora regulatoria en México. En: CLAD. *Memorias X Congreso Internacional sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Santiago de Chile: CLAD, 2005. GINEBRA SERRABOU, Xavier. *Mejorando la mejora regulatoria: presente, pasado y futuro de la comisión federal de mejora regulatoria*. CIDAC: Ciudad de México, 2013. MÁRQUEZ, Daniel. Comentario a la nueva Ley General de Mejora Regulatoria. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Ciudad de México, Tomo LXVIII, No. 272, p. 1035-1046, sep./ dic. 2018.

¹⁷ BERCEANU, Ionut Bogdan. Instruments for better regulation. Comparison of the regulatory impact assessment (RIA) legal framework in Romania and in France. *Law Review*, Rochester, n. 9 (Supplement Issue), p. 183-191, 2019.

¹⁸ MORENO, Luis Ferney; GALLO, Iván. De la simplificación administrativa a la calidad regulatoria. *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, n. 17, p. 246-271, 2019.

2. La política de mejora normativa no se aplica a las leyes ni a los actos administrativos generales de las autoridades subnacionales ni de los órganos autónomos. Resulta llamativo que, si bien la Política reconoce, siguiendo a la OCDE, como ya se indicó, que la regulación se expresa a través de normas de derecho fuerte como leyes, decretos, acuerdos, ordenanzas, circulares, así como actos de derecho blando como guías, directivas y lineamientos, no se haya incluido a las leyes ni a los actos administrativos generales proferidos por autoridades diferentes de las pertenecientes a la rama ejecutiva nacional como parte de las normas sujetas al ciclo de gobernanza regulatoria, a través de cuya aplicación, justamente, se pretende el logro de la mejora normativa.

3. El control de la calidad de la regulación se encuentra disperso en un número plural de entidades, lo cual dificulta la aplicación uniforme y homogénea de la política de mejora normativa. Así, el Departamento Administrativo de la Función Pública se ocupa de evaluar la creación de trámites, la Superintendencia de Industria y Comercio examina los asuntos relativos a la abogacía de la competencia, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo analiza los reglamentos técnicos, el Departamento Nacional de Planeación evalúa la calidad del Análisis de Impacto Normativo, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República revisa la calidad legal de los proyectos que firma el Presidente de la República y cada entidad es responsable de garantizar la prevención del daño antijurídico en la producción de la normativa de carácter general.

4. Ausencia de una entidad o al menos de una dependencia técnica y especializada, del más alto nivel dentro de la estructura administrativa, encargada de la coordinación de la ejecución de la política de mejora normativa y del control de la calidad de los análisis de impacto normativo, que tenga la capacidad de interacción no solo con los técnicos de las entidades encargadas de la producción normativa, sino de los tomadores de decisión.

Actualmente, la encargada de gestionar la gobernanza regulatoria es una dependencia de tercer nivel dentro de la estructura del Departamento Nacional de Planeación,¹⁹ a diferencia de lo que sucede en otros sistemas que podrían considerarse como referentes en la materia, de manera que, para estar a tono con las exigencias que entraña la implementación y el seguimiento de la gobernanza regulatoria, la gestión de la gobernanza regulatoria debería estar a cargo de una

¹⁹ La función de mejora normativa está a cargo del Grupo de Modernización del Estado, que se encuentra ubicado en la Subdirección de Gobierno y Asuntos Internacionales, que a su turno hace parte de la Dirección de Gobierno, Derechos Humanos y Paz.

dependencia del nivel de dirección o al menos de una subdirección, diseñada con ese propósito exclusivo.

Para comprender mejor esta falla del diseño institucional de la gobernanza regulatoria colombiana se presentan las estructuras existentes al respecto en algunos de los países miembros de la OCDE.

País	Agencia	Adscripción
Alemania	The National Regulatory Control Council	The Federal Chancellery
Australia	Office of Best Practice Regulation	Department of Finance and Deregulation
Canadá	Regulatory Affairs and Orders in Council	Treasury Board Secretariat
Estados Unidos	Office of Information and Regulatory Affairs	Office of Management and Budget
Francia	Quality and Simplification Service	Ministry of Finance
México	Comisión Federal de Mejora Regulatoria	Secretaría de Economía
Reino Unido	Better Regulation Executive	Department for Business, Innovation and Skills

Fuente: OCDE, "Issues in the comparison of regulatory oversight bodies", 2008.

5. Además de que, como ya se indicó, existe una dispersión en el control de calidad de la regulación, en cuanto hace a la competencia del Departamento Nacional de Planeación respecto de la evaluación de los análisis de impacto normativo de los proyectos de reglamentos técnicos, su concepto no es vinculante, de manera que las entidades pueden no acogerlo, exponiendo las razones de su apartamiento, las cuales debe anexar al documento global de resultado de la consulta pública para su remisión junto con la restante documentación que debe enviarse al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, lo cual, obviamente, puede generar reprocesos y demoras en la adopción de la regulación o derivar en inseguridad jurídica, ya que el no acogimiento del concepto del DNP podría servir como fundamento de eventuales demandas de nulidad de las regulaciones por falsa motivación o por infracción de las normas en que debería fundarse el acto regulatorio.

Por otra parte, dada la incorporación de la mejora normativa como una de las políticas de gestión y desempeño institucional del modelo integrado de planeación y gestión,²⁰ se advierten una serie de riesgos para la puesta en marcha de los cursos de acción planeados con la finalidad de lograr los resultados pretendidos con la política, que también podrían llegar a alterar la trayectoria de su implementación exitosa. Tales riesgos son:

1. Falta de compromiso político del Gobierno. Para que la gobernanza regulatoria se adopte como un proceso que incluya una evaluación útil a través del análisis de impacto normativo, se requiere un alto nivel de compromiso dentro del gobierno, por lo cual, dada la naturaleza esencialmente política de la toma de decisiones en este nivel, se corre el riesgo de una eventual ausencia de voluntad de los órganos superiores de la administración para impulsar su aplicación, ya sea por falta de interés o conocimiento o porque la advierten como un obstáculo que retrasa o inclusive puede llegar a valorar negativamente la adopción de las medidas que concreten su agenda política.

2. Instrumentación política del análisis de impacto normativo. También se corre el riesgo de que el proceso de análisis del impacto normativo no atienda a la finalidad de que la formulación de la regulación se base en evidencia, sino que se haga un uso político del mismo como un instrumento para provocar o manejar conflictos con los interlocutores sociales o con la oposición política al gobierno y sirva a determinados intereses sociales, económicos o políticos, de manera que el proceso pueda llegar a ser manipulado y desviado de su finalidad.

3. Resistencia administrativa a la aplicación del análisis de impacto normativo. También existe la posibilidad de lo que Carroll²¹ denomina la resistencia administrativa a la imposición externa de procedimientos de análisis de impacto normativo, en la medida en que estos alteran los mecanismos tradicionales y rutinarios de elaboración de las regulaciones en las entidades, de manera que, aun si hay un compromiso político por parte del gobierno, los actores directamente encargados de su aplicación podrían llegar a diluir su aplicación o simplemente no aplicar el instrumento.

4. Falta de capacidad institucional. Aun existiendo la voluntad para implementar el ciclo de gobernanza regulatoria en las entidades encargadas de la producción

²⁰ Las políticas de Gestión y Desempeño Institucional se entienden como el conjunto de lineamientos, directrices e instrucciones formulados por las entidades líderes de política para el desarrollo de la gestión y el desempeño institucional de las entidades y organismos del Estado; estas políticas pueden operar a través de planes, programas, proyectos, metodologías o estrategias y pueden contar con instrumentos de recolección de información administrados por una o varias de las entidades líderes.

²¹ CARROLL, Peter. Does regulatory impact assessment lead to better policy? *Policy and Society*, Oxford, vol. 29, n. 2, p. 113-122, 2010.

normativa, existe el riesgo de una implementación inadecuada por la falta de capacidad institucional para verificar análisis de impactos normativos rigurosos ante la carencia de datos empíricos, especialmente de variables no económicas, la ausencia de conocimientos técnicos de los funcionarios y la falta de la formación especializada que requiere la elaboración de las regulaciones.

5. Aplicación exclusivamente economicista del análisis de impacto normativo. Tampoco puede dejarse de lado el riesgo de que los análisis de impacto normativo se adelanten con un enfoque rígidamente positivista, anclado exclusivamente en el análisis costo-beneficio, sin considerar la aplicación de otras metodologías, como el análisis multicriterio.²² Este es un aspecto neurálgico para el buen suceso de la gobernanza regulatoria, ligado estrechamente con el riesgo anterior, en la medida en que implica que las entidades encargadas de elaborar las regulaciones cuenten con los medios apropiados para escoger y aplicar la metodología que sea la más idónea para evaluar y comparar las alternativas de intervención propuestas para dar solución al problema identificado.

6. Captura de la consulta pública. También ha de considerarse como una eventualidad adversa la captura de la fase de consulta pública por parte de quienes representan o tienen intereses particulares, lo cual de por sí no es necesariamente negativo, pero pasa a serlo cuando ese, que debería ser un escenario que permita la deliberación dialógica entre reguladores y partes interesadas, es impostado y solamente admite la participación de determinados actores, excluyendo la concurrencia de los demás sectores que pueden llegar a ser afectados con la regulación.²³

7. Desconexión de la política de mejora normativa con otras políticas afines. La aplicación de la política de mejora normativa no es un fin en sí misma, sino que es un medio de facilitación para que una regulación de calidad contribuya a la realización de otras políticas vecinas,²⁴ por lo cual, si no se prevén instrumentos de engranaje con ellas será más difícil que políticas de competitividad, competencia y protección de usuarios y consumidores, formalización empresarial y laboral, masificación del uso de las tecnologías de la información y comunicación, promoción e incentivación

²² RODRIGO LÓPEZ, Juan Felipe. Tragic Realism: How to regulate Deepfakes in Colombia? *Lat. Am. Law Rev.*, Bogotá, n. 8, p. 125-145, feb. 2022.

²³ Como ilustración de este riesgo se cita el trabajo realizado en este sentido para el caso mexicano por REYES, Renny; ROMANO, Alessandro; SOTTILOTTA, Cecilia Emma. Regulatory Impact Assessment in Mexico: A Story of Interest Groups Pressure. *Law and Development Review*, Boston, vol. 8, n. 1, p. 99-121, 2015.

²⁴ CARVAJAL, Bernardo. ¿Cómo asegurar calidad regulatoria? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Bogotá, n. 9, p. 41-62, ene./jun. 2013.

de la innovación, así como las políticas de descongestión judicial y racionalización y simplificación de trámites alcancen sus propósitos.

8. Desentendimiento del papel de los jueces. Finalmente, también es necesario poner de presente el papel que pueden llegar a tener los jueces, tribunales y cortes sobre la regulación,²⁵ ya que la utilización de los elementos de la gobernanza regulatoria, especialmente del análisis de impacto normativo y de los procesos de consulta, podría llegar a nutrir la interpretación y argumentación judicial para la fundamentación de sus decisiones,²⁶ por lo cual es necesario, sin faltar al respeto por la independencia del poder judicial, entablar un diálogo con los jueces para evitar que el desconocimiento o la aplicación errónea de los conceptos jurídicos subyacentes en la producción normativa generada en el marco de la gobernanza regulatoria termine dejando por fuera del ordenamiento jurídico las nuevas regulaciones.

Consideraciones finales

La búsqueda de soluciones a la crisis del intervencionismo estatal y de su manifestación más paradigmática en la prestación monopólica de los servicios públicos, derivó en una reformulación del papel del Estado, al cual se le priva de su condición de prestador exclusivo, la que se traslada a los actores del mercado, pasando a asumir el rol de árbitro de las relaciones entre este último y la sociedad a través de la regulación, como instrumento que garantice la libre competencia y proteja los derechos de los consumidores.

De esta manera, un entorno regulatorio eficaz promovería un buen desempeño de la actividad económica y al propio tiempo serviría para construir una base de sustentación política para trascender los intereses de los agentes económicos y satisfacer las necesidades sociales. El requerimiento para contar con ese entorno, llevó al desarrollo de una política para el mejoramiento de la calidad de la regulación, liderada por la OCDE, que se funda en que la adopción o la modificación de las normas regulatorias se base en evidencia, aplicando para ello una metodología de análisis del impacto regulatorio ex ante y ex post.

²⁵ LATORRE, Indira. La política de mejora regulatoria: oportunidades y desafíos para Colombia. *Revista de Derecho Público*, Bogotá, n. 33, p. 1-35, jul./dic. 2014.

²⁶ Así, por ejemplo, en el control automático de constitucionalidad de los tratados, la Corte Constitucional podría valerse de las variables de los análisis de impacto normativo para verificar que tales acuerdos sean eficaces para el cumplimiento de la finalidad prevista en el artículo 226 de la Constitución de que la promoción de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas del Estado a través su celebración se verifique sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. Esa aplicación le daría un alcance concreto al juicio de razonabilidad que mediante la sentencia C-252/19 la Corte Constitucional incorporó como parte del análisis de constitucionalidad de los tratados internacionales.

En el caso colombiano, el diseño constitucional de la intervención estatal en la economía se inserta en esa tendencia de transformación del papel del Estado, dando alcance a los lineamientos definidos en el Consenso de Washington,²⁷ de donde devino el abandono del modelo de desarrollo a través de la sustitución de importaciones y su reemplazo por la apertura económica, y el ajuste de su institucionalidad al nuevo modelo de desarrollo económico.

En la implementación de ese nuevo modelo y del consiguiente ajuste institucional, en una primera fase cobrarían importancia las políticas de liberalización del comercio y de las barreras a la inversión extranjera directa, seguridad jurídica para los derechos de propiedad y abolición de regulaciones que impidieran el acceso al mercado o restringieran la competencia, a la par con la de simplificación y racionalización de trámites, que se enfocaba en identificar y suprimir aquellos procedimientos, trámites y normas innecesarios que entrababan la eficiencia, efectividad y transparencia de la administración.

Algunos años más tarde, en el proceso para el ingreso a la OCDE, esta organización realizó un estudio sobre la política regulatoria de Colombia y concluyó que el país debería avanzar en un programa amplio de mejora regulatoria, que fuera mucho más allá de la simplificación administrativa, recomendándole adoptar una política de gobierno completo que sustentara la calidad regulatoria.

Con el fin de atender a esa recomendación, se expidió el Documento CONPES 3816 de 2014 sobre mejora normativa y análisis de impacto normativo, que sentó las bases de la futura política de mejora normativa, la cual fue adoptada en 2019 y se concretó en la formulación del ciclo de gobernanza regulatoria con el que se debe adelantar el proceso para la expedición de una nueva norma o la modificación de una existente por parte de las autoridades de la Rama Ejecutiva.

En ese orden de ideas, en el presente artículo se expuso la manera en que en Colombia se concretó la recomendación de la OCDE de construir un modelo de gobernanza regulatoria y se comparó ese diseño con lo que dicha organización establece sobre esa materia en sus documentos de política y en las guías para su implementación, así como con lo previsto en las legislaciones de España, Francia y México, como países miembros de la OCDE, en las que se ha adoptado la política

²⁷ El término Consenso de Washington fue acuñado en 1989 por el economista John Williamson para describir un paquete de reformas estandarizadas para países en desarrollo azotados por la crisis financiera de la década de los 80s, formuladas por las instituciones bajo la órbita de Washington D. C., como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, cuyas fórmulas abarcaban políticas que propugnaban la estabilización macroeconómica, la liberalización económica con respecto al comercio, la reducción del Estado y la expansión de las fuerzas del mercado dentro de la economía interna.

de mejora regulatoria, instrumentada principalmente a través de los análisis de impacto regulatorio ex ante y ex post.

Como resultado de esta comparación, se pudo establecer que, frente a las recomendaciones de la OCDE y las experiencias de los modelos de los países tomados como referencia, la gobernanza regulatoria en Colombia presenta fallas en su diseño y se enfrenta a riesgos para su implementación, que ponen en peligro la obtención de los resultados pretendidos con la política de mejora normativa adoptada en el año 2019.

En particular, el modelo colombiano de gobernanza regulatoria presenta como fallas de su diseño no haber sido adoptado mediante ley sino a través de un instrumento de derecho blando, lo que le resta fuerza a su incorporación y haría que pudiera ser fácil y permanentemente cambiado o inclusive llegar a ser suprimido; aplicarse solamente a los actos administrativos generales proferidos por la rama ejecutiva en el nivel nacional, lo cual hace que no toda la regulación esté cubierta por la política de mejora normativa; tener disperso el control de la calidad de la regulación en un número plural de entidades, lo cual dificulta la aplicación homogénea de la política; tener encargada de la coordinación de la ejecución de la política a una dependencia de tercer nivel dentro de la estructura administrativa del Departamento Nacional de Planeación, ubicación organizacional que impacta negativamente la posibilidad de interlocución con los tomadores de decisiones de los responsables de la producción normativa en las demás entidades y haberle dado un carácter no vinculante a los conceptos resultantes de la evaluación del análisis de impacto normativo de los reglamentos técnicos, lo cual puede generar reprocesos y demoras en la adopción de la regulación o derivar en inseguridad jurídica.

Por otra parte, en función de los diagnósticos que se han efectuado sobre los problemas que aquejan la funcionalidad del modelo de administración pública, hoy contenido en el modelo integrado de planeación y gestión, al cual se incorporó la Mejora Normativa como una de las Políticas de Gestión y Desempeño Institucional, se advierten los siguientes riesgos que también podrían llegar a comprometer la implantación exitosa de la gobernanza regulatoria en Colombia: falta de compromiso político del Gobierno con la implementación, instrumentación política del análisis de impacto normativo, resistencia administrativa a la aplicación del análisis de impacto normativo, falta de capacidad institucional para implementar el ciclo de gobernanza regulatoria en las entidades encargadas de la producción normativa, aplicación exclusivamente economicista del análisis de impacto normativo, captura de la consulta pública que sesgue los resultados de los procesos de participación ciudadana, desconexión de la política de mejora normativa con otras políticas afines

y descentendimiento del papel de los jueces al momento del ejercicio del control de validez constitucional y legal de las nuevas regulaciones.

Referencias

ÁLVAREZ SUÁREZ, Marisa. La mejora de la regulación en España como política pública: análisis y evolución. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*. Nueva Época, Madrid, No. 17, p. 26-39, may. 2017. DOI: 10.24965/gapp.v0i17.10413.

BERCEANU, Ionut Bogdan. Instruments for better regulation. Comparison of the regulatory impact assessment (RIA) legal framework in Romania and in France. *Law Review*, Rochester, no. 9 (Supplement Issue), p. 183-191, 2019. <https://ssrn.com/abstract=3624819>.

BOIX PALOP, Andrés; GIMENO FERNÁNDEZ, Claudia. La mejora de la calidad normativa. Estudio comparado de procedimientos para la elaboración de normas e instrumentos para la mejora y evaluación de su calidad. Valencia: Publicaciones de la Universitat de Valencia, 2020.

CARROLL, Peter. Does regulatory impact assessment lead to better policy? *Policy and Society*, Oxford, vol. 29, n. 2, p. 113-122, 2010. DOI: 10.1016/j.polsoc.2010.03.009.

CARVAJAL, Bernardo. ¿Cómo asegurar calidad regulatoria? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Bogotá, n. 9, p. 41-62, ene./jun. 2013.

CASADO CASADO, Lucía. La mejora regulatoria en España: los nuevos principios que informan el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las administraciones públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 41-76, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.473.

CEDILLO HERNÁNDEZ, Miguel A. Desregulación y Mejora Regulatoria en México: un balance necesario. *Buen Gobierno*, Ciudad de México, n. 2, p. 96-115, ene./jun. 2007. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=569660523005>.

DAVIDSON, Paul; KAUFFMANN, Céline; DE LIEDEKERKE, Marie Gabrielle. How do laws and regulations affect competitiveness: The role for regulatory impact assessment. OECD. *Regulatory Policy Working Papers*, Paris, No. 15, OECD Publishing, 2021. DOI: 10.1787/7c11f5d5-en.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Carlos. La mejora regulatoria en México. En: CLAD. *Memorias X Congreso Internacional sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Santiago de Chile: CLAD, 2005, descargado de <https://repositoriocdim.esap.edu.co/bitstream/handle/123456789/8762/6483-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

GERSTON, Larry N. *The Deregulated Society*. Pacific Grove, California: Brooks/Cole Publishing Company, 1988.

GIBERT, Patrick. Réflexions sur l'appropriation française de l'analyse d'impact de la réglementation (A.I.R) dans le cas de la mise en oeuvre des études d'impact des projets de loi. *Revue Politiques et Management Public*, Paris, vol. 35, n. 3-4, p. 243-272, jul./dic. 2018. DOI: 10.3166/pmp.35.2018.0012.

GINEBRA SERRABOU, Xavier. *Mejorando la mejora regulatoria*: presente, pasado y futuro de la comisión federal de mejora regulatoria. CIDAC: Ciudad de México, 2013.

KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David. Regulatory impact assessment and regulatory governance in developing countries. *Public administration and development*, Manchester, n. 24, p. 333-344, 2004. DOI: 10.1002/pad.310.

LATORRE, Indira. La política de mejora regulatoria: oportunidades y desafíos para Colombia. *Revista de derecho público*, Bogotá, n. 33, p. 1-35, jul./dic. 2014.

MARCOS, Francisco. Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Madrid, n. 179, p. 333-365, may./ago. 2009.

MÁRQUEZ, Daniel. Comentario a la nueva Ley General de Mejora Regulatoria. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Ciudad de México, Tomo LXVIII, n. 272, p. 1035-1046, sep./dic. 2018. DOI: 10.22201/fder.24488933e.2018.272-2.67619.

MONTES, Karina; MORENO, Luis Ferney. *Mejora regulatoria: análisis de impacto normativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.

MORENO, Luis Ferney; GALLO, Iván. De la simplificación administrativa a la calidad regulatoria. *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, n. 17, p. 246-271, 2019.

OCDE. *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: Más allá de la simplificación administrativa*. París: OECD Publishing, 2014. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201965-es>.

OECD. *Regulatory Impact Assessment, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*. París: OECD Publishing, 2020. <https://dx.doi.org/10.1787/7a9638cb-en>.

OECD. *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*. París: OECD Publishing, 2012. <https://dx.doi.org/10.1787/9789264209022-en>.

OECD. *OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*. París: OECD Publishing, 2008. DOI: 10.1787/9789264056381-en.

PERROUD, Thomas. Les études d'impact dans l'action publique en France: perspective critique et propositions. *Revue Politiques et Management Public*, París, vol. 35, n. 3-4, p. 215-242, jul./dic. 2018. DOI: 10.3166/pmp.35. 2018.0005.

POPELIER, Patricia. L'analyse d'impact de la réglementation: une perspective juridique. *Revue Politiques et Management Public*, París, vol. 35, n. 3-4, p. 107-129, jul./dic. 2018. DOI: 10.3166/pmp.35. 2018.0008.

RODRIGO LÓPEZ, Juan Felipe. Tragic Realism: How to regulate Deepfakes in Colombia? *Lat. Am. Law Rev.*, Bogotá, n. 8, p. 125-145, feb. 2022. DOI: 10.29263/lar08.2022.08

REYES, Renny; ROMANO, Alessandro; SOTTILOTTA, Cecilia Emma. Regulatory Impact Assessment in Mexico: A Story of Interest Groups Pressure. *Law and Development Review*, Boston, vol. 8, n. I, p. 99-121, 2015.

SAAB, Flavio; SUYLAN DE ALMEIDA, Midlej. Evaluating the quality of regulatory impact analysis: a literature review. *Revista do Serviço Público*, Brasília, n. 72 (special), p. 34-57, dic. 2021.

SÁNCHEZ PUENTE, Ramón; BUENO RODRÍGUEZ, Fe; GARCÍA VIDAL, Andrea. La evaluación *ex ante*. Una visión de la oficina de coordinación y calidad normativa. *Revista de Economía*, Madrid, n. 907, p. 23-36, mar./abr. 2019. DOI: 10.32796/ice.2019.907.6807.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MEDINA, Manuel Alberto Restrepo. Mejora normativa y gobernanza regulatoria en Colombia: caracterización, fallas del diseño del modelo y riesgos para la implementación de la política. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 24, n. 98, p. 39-63, out./dez. 2024. DOI: 10.21056/aec.v24i98.1881.
