Conceptos *de soft law*, *hard law*, *better regulation, smart regulation* y políticas públicas

Autor

Guido Williams O.
Email: gwilliams@bcn.cl
32 226 3180

Nº SUP: 129446

Resumen

A solicitud del usuario, se definen diversos conceptos: *soft law, hard law*, política pública, estrategia, planes y programas, *Better regulation* y *Smart regulation.*

Existen diferentes definiciones de soft law, una de ellas y que da cuenta esencialmente de los elementos comunes del concepto es "normas de conducta que, en principio, no tienen fuerza legalmente vinculante, pero que, sin embargo, pueden tener efectos prácticos". Por el contrario el *hard law* son "instrumentos o prácticas generales con carácter obligatorio cuyo incumplimiento puede ser exigido por las vías instituciones de solución de conflictos y derivar en la responsabilidad internacional del Estado".

Por su parte, también existen diferentes definiciones de políticas públicas. Una del Banco Mundial señala que es "el conjunto de decisiones y objetivos que el Estado opera para resolver problemas públicos y demandas de la sociedad de forma racional, a través de un proceso de acciones gubernamentales". En Chile, para la SUBDERE "constituyen una respuesta o solución a determinadas situaciones problemáticas o insatisfactorias que han sido identificadas como problemas relevantes en ciertos ámbitos circunscritos de realidad, las cuales expresan el mandato o voluntad de la autoridad de Gobierno. Planes, programas y proyectos son herramientas para desarrollar la política pública".

Por otra parte, las estrategias en materia de política pública son "las definiciones de las líneas de acción e iniciativas para lograr en la mejor forma un determinado objetivo".

Finalmente, *Better Regulation*" y *Smart Regulation* son conceptos de compleja traducción y concreción y que se han ido definiendo y desarrollando en el ámbito de la Unión Europea y de la OCDE en las últimas tres décadas. El primero, sería una amalgama de procedimientos y sistemas de funcionamiento que deben aplicarse durante todo el ciclo de intervención de una política pública para garantizar que ésta se realiza de la mejor forma posible y al mínimo costo. *Smart Regulation,* a su vez, sería una forma de pluralismo regulatorio que abarca formas de control social flexibles, imaginativas e innovadoras. De tal manera que al regular se aprovechan las ventajas gubernamentales, de las empresas y de terceros.

.

Introducción

A solicitud del usuario, se definen diversos conceptos: *soft law, hard law*, política pública, estrategia, planes y programas, *Better regulation* y *Smart regulation.*

Para responder la solicitud se utilizan diversas fuentes académicas, institucionales, regulatorias vinculantes, guías con recomendaciones, etc.

Las traducciones son propias.

I. *Soft law* y *Hard law*

1. Concepto de *soft law*

En primer lugar, según Baretto (2012), citando a Mazuelos, el término *soft law* fue acuñado por Lord Mc Nair, para generar una distinción entre las proposiciones de *lege lata* (derecho vigente*)* y *lege ferenda* (derecho futuro). Su inicio dataría a principios de la década de 1970, cuando el concepto comenzó a aparecer ampliamente en la literatura de derecho público (Cini, 2001)

Para el Diccionario Panhispánico del español jurídico de la RAE (s/f), *soft law* es el

> [c]onjunto de normas o reglamentaciones no vigentes que pueden ser consideradas por los operadores jurídicos en materia de carácter preferentemente dispositivo y que incluye recomendaciones, dictámenes, códigos de la conducta, principios, etc. Influyen asimismo en el desarrollo legislativo y pueden ser utilizadas como referentes específicos en la actuación judicial o arbitral.

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, OECD *(*s/f*),* define *soft law* como la “Cooperación basada en instrumentos que no son legalmente vinculantes, o cuya fuerza vinculante es algo "más débil" que la del derecho tradicional, como códigos de conducta, directrices, hojas de ruta, revisiones por pares”.

De acuerdo a Hodson y Maher (2004), y a partir de Snyder, el *soft law* son "normas de conducta que, en principio, no tienen fuerza legalmente vinculante, pero que, sin embargo, pueden tener efectos prácticos". Para los autores, el *soft law* no es ni inferior ni necesariamente un precursor de la ley dura (o *hard Law*), y puede utilizarse porque es la mejor herramienta disponible.

Como se señaló, Snyder (1995) define el *soft law* como "normas de conducta que, en principio, no tienen fuerza legalmente vinculante pero que, no obstante, pueden tener efectos prácticos". El autor plantea que estas normas, son una forma de acción, que deberían ser lo más sencillas posibles, coherentes con el logro satisfactorio del objetivo de la medida y a la necesidad de una aplicación eficaz.

Ahora bien, el *soft law* no implica necesariamente una expectativa de cambio con el tiempo, hacia una norma legal tradicional. Es más, según Hodson y Maher (2004), citando a Abbott y Snidel (2000: 436), cuando se esperan frecuentes negociaciones, su uso es preferible al derecho vinculante por la capacidad de renegociación incorporada en el *soft law*.

A su vez Shaffer y Pollack (2010), plantean que existe un considerable desacuerdo en la literatura sobre la definición. De esta manera, por ejemplo, los estudiosos del derecho positivista tienden a negar el concepto de *soft law* como derecho por no ser vinculante, ya que el derecho por definición, para ellos, es "vinculante". Por otra parte, señalan los autores, "los académicos institucionalistas racionales responden que "el término 'acuerdo vinculante' [en los asuntos internacionales] es una hipérbole engañosa. No obstante, encuentran que el lenguaje de los "compromisos vinculantes" importa porque a través de estos los estados señalan la seriedad de sus compromisos, por lo que el incumplimiento conlleva mayores costos de reputación". Por otra parte, indican Shaffer y Pollack, "los académicos constructivistas, en cambio, se centran menos en la naturaleza en la etapa de implementación, abordando la brecha entre la ley en los textos y la ley en acción. Ellos, observan cómo incluso el derecho interno varía en términos de su impacto en el comportamiento, de modo que las distinciones binarias entre el "derecho estricto" vinculante y el "soft law o "derecho indicativo" y no vinculante, son ilusorias". Por último, afirman los autores "los realistas de las relaciones internacionales adoptan una visión, con respecto a la existencia y el impacto de "Derecho estricto" en asuntos internacionales, desde una perspectiva racionalista. Así, la generalidad de los autores están de acuerdo en que la mayor parte del derecho internacional es "blando", especialmente si se compara con la mayoría de las leyes nacionales".

Barberis (1994), enumera algunos usos comunes que la comunidad internacional le ha dado a la expresión *soft law,* a saber: "[…] normas que se encuentran en proceso de formación y aún no han adquirido validez jurídica. […] normas jurídicas de contenido vago o difuso en las que resulta difícil precisar si sus disposiciones han sido o no cumplidas debidamente. […] normas que se hallan en resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, […] en los acuerdos políticos entre los gobiernos […]"

Precisando el universo de instrumentos del *soft law*, Druzin (2016) señala que incluye los instrumentos cuasi legales que no tienen fuerza legal, como resoluciones, declaraciones y directrices no vinculantes creadas por gobiernos y organizaciones privadas.

En cuanto al principal ámbito del *soft law*, Cin (2011) sostiene que es el derecho internacional porque los estados encuentran más fácil celebrar acuerdos internacionales de naturaleza blanda y flexible, más que aquellos que imponen obligaciones legales estrictas y requisitos de ratificación.

Por último para Boretto (2012)

> El *soft law* se identificaba en su origen con normas programáticas cuyo contenido era esencialmente formulado a través de principios y cuyo objetivo era promover la práctica de los estados en una determinada dirección. Su evolución ha permitido que algunos instrumentos alojen contenidos normativos específicos, pudiendo llegar a ser éstos incluso más potentes que los propios instrumentos convencionales. A modo de simple referencia, en el área de las

> contrataciones internacionales que involucran activos de PI, los imperativos tecnológicos han forzado la adopción de soluciones ágiles y flexibles, v.g. la Recomendación Conjunta relativa a las Disposiciones sobre la Protección de las Marcas, y otros Derechos de Propiedad Industrial sobre Signos en Internet o la Política Uniforme son instrumentos que cumplen con el objetivo de crear un marco jurídico claro para los operadores que participan en Internet, aprovechando las oportunidades que ofrece el comercio electrónico.

La autora, plantea que los cuatro rasgos característicos del *soft law* son:

a. el carácter jurídicamente no vinculante,
b. cierta relevancia jurídica,
c. buena fe, elemento presente y dominante en las relaciones interestatales, así como en los acuerdos que derivan de las mismas, y
d. no aplicabilidad de sanciones como consecuencia de su incumplimiento.

Boretto precisa, en relación con los dos últimos rasgos (buena fe y no aplicabilidad de sanciones), que debe relativizarse su alcance. En efecto, la autora plantea que “aun cuando el incumplimiento de las disposiciones del *soft law* no fueran sancionables mediante las formas tradicionales, existe la soft coerción, con sus propios canales de sanción. Por tanto, una primera consideración que cabría realizar es que, a pesar de ser un fenómeno controvertido, es clara su relevancia en el ordenamiento jurídico internacional”.

Resumiendo su visión, Boretto plantea que el *soft law* “se caracteriza por ser un instrumento jurídicamente no vinculante y poseer cierta relevancia jurídica, siendo su espacio natural de producción el derecho internacional, aun cuando se esté extendiendo, por su influencia y consecuencia de las propias obligaciones de legislar asumidas por los estados, a los derechos domésticos”.

2. Hard Law

El concepto *Hard Law,* según Del Toro (2006), define a “instrumentos o prácticas generales con carácter obligatorio cuyo incumplimiento puede ser exigido por las vías instituciones de solución de conflictos y derivar en la responsabilidad internacional del Estado”.

Stefan (2008), citando a Abbott y Snidal, define en primer lugar el *hard law* o "ley dura" como las disposiciones caracterizadas por altos niveles de obligación, precisión y delegación, mientras que consideran que habrá *soft law* cuando una o más de estas tres dimensiones se debilitan.

Por otro lado, Finnemore y Toope, citados también por Stefan, plantean que el sentido de obligación se genera solo cuando las reglas son promulgadas por órganos debidamente constituidos. Así, el requisito vinculante de una determinada conducta u omisión, cualesquiera que sean las circunstancias, es formulado por sujetos dotados de la competencia necesaria y de acuerdo con procedimientos preestablecidos. Los autores citados sostienen que ello se desprende porqué se requiere cierto grado

de legitimidad y formalidad procesal para hablar de normas internacionales vinculantes y que imponen obligaciones.

Adicionalmente, Stefan plantea que la literatura académica sobre estudios europeos considera que el *hard law* "surge de los tratados, reglamentos y el método comunitario y que habitualmente toma la forma de reglamentos, directivas y decisiones con fuerza jurídica vinculante, que producen efectos generales y externos, que son adoptados por las instituciones comunitarias con arreglo a un procedimiento específico y con una base jurídica en el Tratado".

Comparando ventajas de ambos tipos de derecho (*soft law* y *hard l*aw), Shaffer y Pollak (2010) plantean que el *soft law:*

- Es más fácil y menos costosos de negociar.
- Impone menores "costos de soberanía" a los estados en áreas sensibles.
- Brinda una mayor flexibilidad a los estados para hacer frente a la incertidumbre y aprender con el tiempo. •
- Permite a los estados ser más ambiciosos y participar en una cooperación "más profunda" de la que lo harían si tuvieran que preocuparse por la aplicación.
- Aborda mejor la diversidad.
- Está directamente disponible para los actores no estatales, incluidas las secretarías internacionales, las agencias administrativas estatales, los funcionarios públicos subestatales y las asociaciones empresariales y organizaciones no gubernamentales (ONG)

Por su parte, el *hard law* también tiene ventajas. En particular, indican Shaffer y Pollak, los estudiosos racionalistas encuentran que los instrumentos de este derecho:

- Permiten a los estados comprometerse de manera más creíble con los acuerdos internacionales. Hacen que los compromisos estatales sean más creíbles porque aumentan el costo del incumplimiento, ya sea a causa de sanciones legales o debido a los costos para la reputación de un estado cuando se determina que ha violado sus compromisos legales.
- Son más creíbles porque pueden tener efectos legales directos en las jurisdicciones nacionales ("autoejecutables"), o pueden requerir una promulgación legal nacional.
- Resuelven problemas de contratación incompleta creando mecanismos para la interpretación y elaboración de compromisos legales a lo largo del
- Permiten a los estados monitorear y hacer cumplir sus compromisos, incluso mediante el uso de órganos de solución de controversias como los tribunales.

II. Políticas Públicas

1. Concepto de políticas públicas

Existen muchos conceptos de políticas públicas. A continuación, se presentan algunos que no tienen consagración en normas.

En Chile, Lahera (2002) señala que corresponde "a cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado". Posteriormente en 2004, el mismo autor indica que una "política pública de excelencia" corresponde a aquellos cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo político definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales, y la previsión de sus resultados".

Por su parte Jenkins (1978), define la política pública como "un conjunto de decisiones interrelacionadas tomadas por un actor o grupo de actores políticos preocupados por elegir metas y medios para alcanzarlas en una situación determinada, y en donde, en principio, los actores tienen el poder de alcanzar dichas metas."

Desde una perspectiva más general y al mismo tiempo de manera sucinta, Dye (2008) plantea que política pública "es todo lo que los gobiernos deciden hacer o no hacer".

Ferreiro y Silva (2010), con mayor desarrollo plantean que una política pública puede ser el "resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y de autoridad gubernamental (Thoenig y Meny, 1992) o como "todo aquello que los Gobiernos deciden hacer, o no hacer" (Dye, 1992)", para los citado "toda intervención estatal puede, en sentido amplio, ser considerada "política pública"". En esta lógica, ellos sostienen que

> Para el desarrollo de políticas públicas –o intervenciones estatales- en un sentido amplio, el Estado cuenta con variadas formas de acción. En algunos casos, el Estado opera con imperio y facultades de derecho público, como en el caso de los ministerios y servicios. En otras, especialmente en su rol empresario, utiliza el derecho común que rige las actividades comerciales. En fin, el Estado podrá intervenir mediante transferencias al sector privado, definición de normas, aplicación de programas, incentivos y franquicias tributarias, desarrollo directo de obras, provisión de servicios, corrección de desequilibrios, etc. La política pública será todo eso.

En 1997, Tamayo planteó que "las políticas públicas son el conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran prioritarios. Desde este punto de vista, las políticas públicas se pueden entender como un proceso que se inicia cuando un gobierno o un directivo público detecta la

existencia de un problema que, por su importancia, merece su atención y termina con la evaluación de los resultados que han tenido las acciones emprendidas para eliminar, mitigar o variar ese problema".

Torres y Santander (2013), a su vez, sostienen que la política pública es una "estrategia con la cual el gobierno coordina y articula el comportamiento de los actores a través de un conjunto de sucesivas acciones intencionales, que representan la realización concreta de decisiones en torno a uno o varios objetivos colectivos, considerados necesarios o deseables en la medida en que hacen frente a situaciones socialmente relevantes".

Para el Banco Mundial, las políticas públicas son "el conjunto de decisiones y objetivos que el Estado opera para resolver problemas públicos y demandas de la sociedad de forma racional, a través de un proceso de acciones gubernamentales". Así, "al hablar de políticas públicas se hace referencia a la conformación de acciones estratégicas que tienen como fin responder a las demandas y necesidades de la ciudadanía, o bien solventar o mitigar los problemas públicos".

La OCDE (s/f b) plantea que la política pública es una práctica y disciplina que permite hacer tangibles las reglas escritas que gobiernan a un grupo de personas o la sociedad en general.

Es preciso señalar que algunas instituciones en normas de *soft law* o de *hard law* han planteado conceptos de políticas públicas. Así, por ejemplo el Código Infancia y Adolescencia Colombia, en el artículo 201 define políticas públicas particularmente en materia de infancia y adolescencia, como el "conjunto de acciones que adelanta el Estado, con la participación de la sociedad y de la familia, para garantizar la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Las políticas públicas se ejecutan a través de la formulación, implementación, evaluación y seguimiento de planes, programas, proyectos y estrategias."

En Ecuador, la Guía para la formulación de políticas públicas sectoriales (2011) define política pública como "Un conjunto de decisiones y estrategias adoptadas por una autoridad legítima para resolver problemas públicos complejos". Para la Guía, una política pública es una "directriz general que refleja la prioridad y voluntad política del gobierno para modificar una situación determinada".

Cabe agregar, que también en Ecuador conforme al artículo 141 de la Constitución Política, a los ministros de Estado les corresponde, entre otras funciones, ejercer la rectoría de las políticas públicas del área a su cargo. Adicionalmente, según el artículo 85 de la mencionada Constitución, las políticas (públicas) se deben orientar a hacer efectivos el Buen Vivir y todos los derechos de las personas de Ecuador.

En el caso de Perú, el Manual para la Formulación de Políticas Públicas Sectoriales (2009) sostiene que las políticas públicas son "un conjunto de decisiones y estrategias adoptadas por una autoridad legítima. En tal sentido una política pública es una directriz general que refleja la prioridad o voluntad política del gobierno para modificar una situación determinada".

En Europa, el Gobierno de Navarra (España), en su Guía general para el diseño y planificación de una intervención pública (2013), indica que política pública es el "conjunto de objetivos, decisiones y acciones

que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran prioritarios. Es la inspiración y guía para la acción."

Por otra parte, en Chile, la Subsecretaria de Desarrollo Regional del Ministerio del Interior (2009), indica que las políticas públicas "constituyen una respuesta o solución a determinadas situaciones problemáticas o insatisfactorias que han sido identificadas como problemas relevantes en ciertos ámbitos circunscritos de realidad, las cuales expresan el mandato o voluntad de la autoridad de Gobierno". Para esta Subsecretaria, las políticas públicas "existen siempre y cuando instituciones estatales asuman total o parcialmente la tarea de alcanzar ciertos objetivos (cambiar un estado de cosas percibido como problemático o insatisfactorio), a partir de determinados instrumentos (o medios) y la asignación de los recursos correspondientes".

También en el país, el Ministerio de Obras Públicas (MOP), en su Guía para la formulación de políticas (2011) sostiene que política pública es el "instrumento que se aboca a establecer definiciones sobre cursos de acción a seguir por las instituciones de Gobierno, ante determinados problemas, respecto de los cuales se quiere alcanzar un objetivo en un determinado tiempo. Tiene como propósito fundamental establecer los principios, lineamientos e instrumentos necesarios para resolver los problemas más importantes de la sociedad que se manifiestan como impedimentos al logro de los objetivos permanentes tanto del Estado como de sus instituciones sectoriales."

2. Concepto de estrategia

En la gestión pública y para el cumplimiento de una política pública se establecen estrategias como planes o rutas de acción general. Se presentan algunas definiciones de este término.

Para la Secretaria del Tesoro del Reino Unido, la estrategia es un plan de acción diseñado para lograr una meta u objetivo general. Por ello, una cartera estratégica consta de los programas y proyectos necesarios para realizar los cambios forzosos para lograr un objetivo u objetivos estratégicos que contribuyan a la ejecución de la política.

En sentido similar, el Gobierno de Navarra señala que la estrategia es un plan de acción diseñado para lograr una meta u objetivo general. Normalmente, las estrategias duran entre 5 y 10 años.

Para Torres y Santander (2013) las estrategias son principios y rutas fundamentales que "orientarán el proceso para alcanzar los objetivos a los que se desea llegar". Complementariamente, los autores plantean que en el nivel estratégico "se identifican los múltiples escenarios que el espacio de política pública y el problema socialmente relevante generan para, con base en ello, identificar qué se debe hacer, es decir, definir los principios y rutas de acción que orientarán todo el proceso con el que se pretende solucionar el problema de política".

El MOP, en el documento mencionado, plantea que las estrategias, son las definiciones de las líneas de acción e iniciativas para lograr en la mejor forma un determinado objetivo.

Desde el ámbito normativo es posible encontrar algunas definiciones o aproximaciones a lo que se entiende por estrategia, aunque en ámbitos específicos. Por ejemplo, en México la Ley General de

Cambio Climático es su artículo 60 define la estrategia nacional en la materia como *"el instrumento rector de la política nacional en el mediano y largo plazos* para enfrentar los efectos del cambio climático y transitar hacia una economía competitiva, sustentable y de bajas emisiones de carbono." (Cursiva nuestra). En Chile, la Ley N° 21.105 que crea el Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, dispone en el artículo 18 que la Estrategia Nacional de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación para el Desarrollo "*deberá abordar, con un horizonte de largo plazo, los desafíos y oportunidades de desarrollo del país y las regiones, generando un marco que oriente las políticas públicas y los instrumentos de apoyo* a la formación de recursos humanos altamente calificados, la investigación y generación de conocimiento, el desarrollo y transferencia de tecnología, la innovación y el desarrollo de una cultura de ciencia, tecnología e innovación"(Cursiva nuestra).

3. Conceptos de planes, programas y proyectos

Las herramientas para concretar las Políticas Públicas son programas, planes y proyectos. En este sentido, el MOP precisa que un plan es una "sistematización pluri-temporal de las acciones y proyectos para alcanzar los objetivos establecidos en una política o estrategia" y los programas, son los "conjuntos de medidas para alcanzar un determinado objetivo, generalmente acotados en el tiempo y en relación a los recursos para su ejecución".

Para el Gobierno de Navarra, plan es el "conjunto de objetivos coordinados y ajustados en el tiempo para el cumplimiento de la política". Luego, Programa es "el conjunto ordenado de proyectos independientes que persiguen un objetivo común en un área de actuación particular". Por último, los proyectos son "los instrumentos concretos para llevar a la práctica las políticas de gobiernos y administraciones públicas, aplicando una serie de recursos en un plazo determinado y en un ámbito espacial concreto nacional, regional o local".

En Reino Unido, la Secretaria del Tesoro (2020) dispone que un programa es una serie interrelacionada de subprogramas, proyectos y actividades relacionadas en la búsqueda de los objetivos a largo plazo de una organización. Los programas generan resultados a través de cambios en los servicios. Luego, el proyecto es una organización temporal diseñada para producir un resultado predefinido específico en un momento específico utilizando recursos predeterminados.

Para el antiguo Ministerio de Planificación (MIDEPLAN), citado por la Subsecretaria de Desarrollo Regional del Ministerio del Interior (2009) "un programa es una iniciativa de inversión destinada a recuperar, mantener o potenciar la capacidad de generación de beneficios de un recurso humano o físico. Se materializa mediante el desarrollo de acciones concretas y específicas que deben tener una duración acotada en el tiempo y diferenciarse claramente de aquellas actividades normales de funcionamiento (Ejemplo: capacitación, difusión, manejo, prevención, saneamiento de títulos de dominio). " El mismo Ministerio, precisa que en la literatura "se suele denominar como programa a un conjunto de proyectos que persiguen los mismos objetivos".

III. *Better regulation* (mejora de la regulación) y *Smart regulation*

En primer lugar, Álvarez (2016) propone que el término "mejora de la regulación" procede de los anglicismos "*Better Regulation*", "*Regulatory Reform*" o "*Smart Regulation".* Estos son conceptos de compleja traducción y concreción y que se han ido definiendo y desarrollando en el ámbito de la Unión Europea y de la OCDE en las últimas tres décadas.

Los conceptos, según Álvarez, pueden 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 *Better Regulation,* en palabras de Álvarez, es una "amalgama de 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 expost (planeamiento, elaboración, aprobación, implementación y seguimiento, revisión y evaluación) para garantizar que ésta se realiza de la mejor forma posible. Funciona como una premisa de base a aplicar antes, durante y después del desarrollo de cualquier política pública independientemente de su naturaleza".

Para la Unión Europea (2017), *better regulation* significa diseñar políticas y leyes para que logren sus objetivos con un costo mínimo. Esta forma de regular supone asegurar que las decisiones políticas se elaboren de manera abierta, transparente, informadas con la mejor evidencia disponible y respaldada por la participación integral de las partes interesadas. Las variables a considerar para regular mejor son:

- Planificación anticipada y validación política
- Consulta a las partes interesadas
- Evaluación / controles de aptitud
- Evaluación de impacto
- Control de calidad
- Soporte y seguimiento de la implementación

En 2019, se dictó en Chile la Guía Chilena Para una Buena Regulación del Ministerio de Economía, Fomento e Industria. En este documento se señala que la calidad regulatoria "está determinada tanto por el proceso, como por los resultados de la regulación. Por un lado, es clave la forma en que las regulaciones son desarrolladas e implementadas, la transparencia del proceso y participación de los involucrados, además de la utilización de evidencia. Por otro lado, e igual de importantes, son la efectividad, eficiencia y coherencia de la regulación en el tiempo".

En la Guía nacional se proponen cinco pilares y 10 principios que deben tener en consideración los reguladores:

Pilares	Principios
Focalización. Definir claramente el problema, los objetivos y analizar las alternativas viables, basándose en la evidencia y eligiendo aquella alternativa que maximiza el bienestar social.	1. Elegir la alternativa –ya sea regulatoria o no regulatoria– que maximice el bienestar social.
	2. Mantener la igualdad de tratamiento e imparcialidad.
Alcance. Valorar las distintas soluciones considerando el impacto en la competitividad del país y posibles externalidades, distorsiones económicas y efectos de largo plazo.	3. Evitar regulaciones que dañen la productividad, el emprendimiento y el empleo.
	4. Evaluar regulaciones considerando externalidades y efecto
Transparencia Abrir un espacio de participación de los afectados para comprender a cabalidad el problema y elegir la mejor opción, de manera objetiva no sesgada.	5. Permitir que todos los actores interesados participen de manera oportuna
	6. Publicar la información pertinente lo antes posible y en lenguaje sencillo y claro
Coherencia. Evaluar la nueva regulación según su interrelación al marco normativo nacional vigente y estándares internacionales, evitando duplicidades y contradicciones	7. Evitar cargas regulatorias superpuestas y/o contradictorias.
	8. Velar por la armonización y coherencia regulatoria con estándares y acuerdos internacionales
Consistencia. Revisar las regulaciones en el tiempo, dado el entorno dinámico y cambiante, para asegurar que continúen siendo la mejor solución posible.	9. Revisar periódicamente las regulaciones para probar su continua relevancia.
	10. Identificar regulaciones costosas y obsoletas que puedan ser modificadas o eliminadas.

Fuente: Guía Chilena Para una Buena Regulación del Ministerio de Economía, Fomento e Industria.

En cuanto a la *Smart regulation*, de manera general se puede indicar que el concepto corresponde a "racionalizar la elaboración de las leyes y defiende que no se trata de regular más, sino de hacerlo de manera más inteligente, considerando siempre la importancia de mantener un entorno económico atractivo y flexible para la actividad del sector privado (Foro Regulación Inteligente, s/f)".

Por su parte, Gunninham y Sinclair (2017) indican que el término se refiere a una "forma de pluralismo regulatorio que abarca formas de control social flexibles, imaginativas e innovadoras". De tal manera, al regular se aprovechan las ventajas gubernamentales, de las empresas y de terceros. Así, por ejemplo la *Smart regulation* incluye la autorregulación y la corregulación, utilizando los intereses comerciales y de las organizaciones no gubernamentales (organismos principales) como sustitutos regulatorios, junto

con la mejora de la eficacia y la eficiencia que formas más convencionales de regulación gubernamental directa".

Los autores sostienen que el "fundamento subyacente es que, en la mayoría de las circunstancias, el uso de múltiples instrumentos de política, en lugar de uno solo y una gama más amplia de actores reguladores producirá una mejor regulación. Como tal, prevé la implementación de combinaciones complementarias de instrumentos y participantes, adaptados para satisfacer los imperativos de problemas […] específicos".

Gunningham y Sinclair proponen que la *Smart regulation* implica centrar la atención en comprender influencias e interacciones regulatorias más amplias, que incluyen: organizaciones internacionales de normalización; socios comerciales y cadena de suministro; instituciones comerciales y mercados financieros; grupos de presión y autorregulación a través de asociaciones industriales; sistemas y cultura de gestión ambiental interna; y sociedad civil en innumerables diferentes formas.

Los autores indican que en el "corazón" de la *Smart regulation* se encuentra una serie de principios de diseño regulatorio, cuyo cumplimiento permitiría a los responsables de la formulación de políticas aprovechar una serie de oportunidades, estrategias y técnicas en gran parte no reconocidas para lograr una política eficiente y eficaz. Estos principios de diseño incluyen:

- La conveniencia de preferir combinaciones de instrumentos complementarios a los enfoques de un solo instrumento, evitando al mismo tiempo asumir erróneamente que se deben utilizar todos los instrumentos complementarios en lugar del número mínimo necesario para lograr el resultado deseado.
- Deberían preferirse medidas menos intervencionistas en primera instancia y cómo lograr tales resultados.
- Los beneficios de una respuesta creciente, en lógica de una estructura piramidal de instrumentos (utilizando no solo al gobierno, sino también a empresas y terceros) para desarrollar la capacidad de respuesta regulatoria, aumentando la confiabilidad de los resultados a través de la secuenciación de instrumentos y proporcionando alertas tempranas de fallas de los instrumentos mediante el uso de "percutores" de información.
- Empoderar a terceros (tanto comerciales como no comerciales) para que actúen como reguladores sustitutos, logrando así no solo mejores resultados a menor costo, sino también liberando recursos regulatorios escasos, que pueden reasignarse en circunstancias en las que no hay alternativas a la intervención directa del gobierno.
- Maximizar las oportunidades para obtener resultados beneficiosos para todos al expandir los límites dentro de los cuales dichas oportunidades están disponibles y alentar a las empresas a ir "más allá del cumplimiento" dentro de los requisitos legales existentes.

Referencias

- Álvarez, Marisa (2017). *La mejora de la regulación en España como política pública: análisis y evolución*. Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, España, Gestión y Análisis de Políticas Públicas, 17.
- Banco Mundial y Gobierno de España (2010). *La formulación de políticas en la OCDE: Ideas para América Latina*, p. 10
- Barberis, J. A. (1994). *Formación del Derecho Internacional.* Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 257.
- Boretto, Mónica (2012). *Soft law. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del derecho internacional de la propiedad intelectual*, en Ars Boni et Aequi, 8, 2, pp 81-144
- Cin, Michelle (2001). *The soft law approach: Commission rule-making in the EU's state aid regime* en Journal of European Public Policy, 8:2, 192-207.
- Colombia (s/f), Código de la Infancia. Disponible en: http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/codigo_de_infancia_y_adolescencia.pdf (enero, 2021).
- Chile.
    - Ministerio del Interior. Subdere (2009). Guía Metodológica para la Formulación de Políticas Públicas Regionales. Disponible en: http://biblioteca.esucomex.cl/RCA/Gu%C3%ADa%20metodol%C3%B3gica%20para%20la%20formulaci%C3%B3n%20de%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas%20regionales.pdf (enero, 2021).
    - Ministerio de Obras Públicas (2011). Guía para la formulación de políticas MOP. Disponible en: http://www.dirplan.cl/centrodedocumentacion/Documents/cuenta_gestion/guia_politicas.pdf (enero, 2021).
    - Ley N° 21.105 crea el Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1121682 (enero, 2021).
- Comisión Europea (2017). *Better Regulation Guidelines.* SWD, 350.
- Del Toro Huerta, M. (2006). *El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional,* en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, VI, p. 528.
- Druzin, Bryan H. (2017). *Why does Soft Law Have any Power Anyway?* en Asian Journal of International Law, 7,2. pp. 361-378.
- Dye, Thomas R. (2008): *Understanding Public Policies*, 12a edición, New Jersey: Pearson Prentice Hall.
- Ecuador, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo Subsecretaría de Planificación Nacional Territorial y Políticas Públicas (2011). *Guía para la formulación de políticas públicas sectoriales.* Disponible en: https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Gu%C3%ADa-para-la-formulaci%C3%B3n-de-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-sectoriales.pdf (enero, 2021).
- Ferreiro, Alejandro y Silva, Francisco (2010). *Evaluación del Impacto y Calidad de las Políticas Públicas: Hacia una Agencia Independiente.* Libertad y Desarrollo. Serie Informe Económico, 203.

- Foro Regulación Inteligente (s/f). *Concepto de Smart regulation*. Disponible en: https://regulacioninteligente.org/smart-regulation/ (enero, 2021).
- Gunningham Neil y Sinclair Darren (2017). *Smart regulation*, en *Regulatory Theory* Book, pp. 133-148.
- Hodson, Dermot y Maher, Imelda (2004). *Soft law and sanctions: economic policy co-ordination and reform of the Stability and Growth Pact*, en Journal of European Public Policy 11:5 October pp. 798–813.
- Jenkins, William (1978). *Policy Analysis, a Political and Organization Perspective*, Londres: Mortin Robertson and Company.
- Lahera, Eugenio
    - (2002): *Introducción a las Políticas Públicas*, Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.
    - (2004). *Política y políticas públicas*. CEPAL Serie Políticas, 95.
- México (2012). Ley general de cambio climático. Disponible en: http://dsiappsdev.semarnat.gob.mx/datos/juridico/leyes/LG_DE_CAMBIO_CLIMATICO.pdf (enero, 2021).
- OCDE
    - (s/f).*Soft law.* Disponible en: https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/irc10.htm (enero, 2021).
    - (s/f b) *Public Policy.* Disponible en: https://oecd-opsi.org/guide/public-policy/ (enero, 2021).
    - (2019). *Better Regulation Practices across the European Union.*
- RAE, Diccionario Panhispánico del español jurídico (s/f). *Soft law*. Disponible en: https://dpej.rae.es/lema/soft-law#:~:text=Conjunto%20de%20normas%20o%20reglamentaciones,de%20conducta%2C%20principios%2C%20etc.(enero, 2021).
- Reino Unido. Secretaria del Tesoro (2020).*The Green Book. Central government guidance on appraisal and evaluation.*
- Shaffer Gregory y Pollack Mark (2010). *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance* en Minnesota Law Review, 94, pp. 706-799.
- Snyder, Francis (1995). *Soft Law and Institutional Practice in the European Community* en The Construction of Europe, pp 197-225
- Stefan, Oana Andreea (2008) *European Competition Soft Law in European Courts: A Matter of Hard Principles?* en European Law Journal, 14,6, pp. 753-772.
- Tamayo, Manuel (1997). *El Análisis de las Políticas Públicas*, en Bañón y Carrillo (Comps), La Nueva Administración Pública, Madrid: Alianza Editorial, pp.281-312.
- Torres, Jame y Santander, Jairo (2013). *Introducción a las políticas públicas: conceptos y herramientas desde la relación entre Estado y ciudadanía*. Bogota: IEMP.

Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.

Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)