

Autorregulación. Apuntes Conceptuales

Carlos Alza Barco*

"En las siguientes líneas, el autor desarrolla un interesante e innovador ensayo acerca de la Autorregulación, como política pública, brindándonos valiosos aportes acerca de su conceptualización, tipos, aplicación y eficiencia. Además utiliza el ejemplo de la regulación sobre la libertad de prensa en nuestro país"

Introducción

28 Julio del 2011. El Perú tiene un nuevo gobierno. El modelo económico planteado por el partido ganador suscitó un gran debate sobre el papel del Estado en la economía. Cae la Bolsa, se vuelve a levantar, crece la zozobra y algunos empresarios empiezan a confiar en las propuestas. Otros empresarios se desesperan, algunos periodistas informan, otros desinforman y algunos otros mal informan a la población sobre el principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado y las capacidades regulatorias estatales. El tema crítico no falta en el debate público: ¿cómo protegeremos la libertad de prensa? ¿Se intervendrán los canales de televisión? ¿Habrá control de contenidos? ¿Se respetará la libertad de expresión?

El tema no es nuevo en el Perú. Vivimos el temor –fundado por la evidencia dejada por experiencias recientes y no tan recientes– de que los gobiernos capturan medios, censuran, ejercen presiones a través de los impuestos, la publicidad estatal y hasta la nacionalidad de sus propietarios, provocan autocensuras, o algunos se deciden por controlar la propiedad de los medios, la publicidad y el contenido de los medios de prensa¹.

En el Perú hemos optado por privilegiar la libertad de prensa sobre la regulación, dejando el control fundamentalmente a la persecución criminal una vez cometida una infracción que afecta derechos como la imagen, la intimidad o la buena reputación. Y hemos adoptado un modelo de autorregulación que se

proclama en las –así llamadas– “democracias avanzadas”. Cabe mencionar que países democráticos como el Reino Unido tienen oficinas de regulación de contenidos² y hasta establecen la televisión como servicio público.

No es este un artículo sobre la libre expresión, sino una nota de divulgación sobre la autorregulación. Pero el caso sirve para brindar algunos apuntes sobre el concepto y cómo lo entiende la doctrina más contemporánea de la ciencia política.

Regulación, en un sentido lato, tiene que ver con normas o reglas que tienen mecanismos de exigibilidad y control. Técnicamente, se justifica la regulación por la presencia de monopolios naturales, asimetrías informativas o fallas del mercado que requieren una intervención ex ante por parte del Estado. Hay casos, sin embargo, en que los conflictos entre valores nos ponen en dilemas serios. La libre expresión, por ejemplo, tanto como la libertad de prensa, representan valores supremos para un país como el Perú. Por ello, hay sobresaltos cuando se decide regular los medios, contenidos de televisión, así sea por el “interés público” o la “necesidad nacional”. “Son términos jurídicos indeterminados” –se dice–, por tanto, no deben ser usados como criterio amplio pues la discrecionalidad en su interpretación puede dar lugar a abusos por parte del Estado.

Se decide entonces que los periodistas se regulen solos. Pero no individualmente, sino de manera colectiva. Para ello forman el Consejo de la Prensa Peruana³, y cuando hay algún reclamo contra algún periodista no es

* Magister en Regulación por la London School of Economics and Political Science. Coordinador y docente de la Especialidad de Políticas y Gestión Pública de la Escuela de Gobierno, PUCP. Ex Defensor Adjunto para Servicios Públicos y Medio Ambiente. Past President de la Asociación Derecho & Sociedad.

1 En la literatura aparece como la regulación del *ownership, advertising y content*. En este aspecto ver: FEINTUCK, Mike. Media regulation, public interest and the law. Edimburgh University Press. 1999.

2 En Inglaterra, “el organismo regulador de la televisión es la Office of Communications –Ofcom–, organización independiente creada como un órgano corporativo de la Oficina de Comunicaciones y es la encargada de regular la radiodifusión del Reino Unido, las telecomunicaciones. Asimismo, establece y aplica normas sobre la competencia leal entre las empresas en estas industrias. La Ofcom se financia por honorarios de la industria para la regulación de la radiodifusión y las redes de comunicaciones y subvenciones del Gobierno”. En: <http://www.observatoriofucatel.cl/wp-content/uploads/2010/03/seminario-regulaci%C3%B3n-en-TV-CNTV-2009.pdf> 15/06/11, 12.06 m.

3 El Consejo de Prensa Peruana es una “asociación civil sin fines de lucro fundada en 1997 por los principales medios de la prensa escrita del país. Se constituyó con el fin de promover la ética y mecanismos de autorregulación en el ejercicio del periodismo; defender la libertad de prensa, expresión, opinión y el derecho ciudadano a la información pública en el Perú”. El Consejo de la Prensa Peruana está compuesto por la Asamblea General que se reúne por lo menos una vez al año, durante el mes de junio, para aprobar o desaprobar el Balance y el Presupuesto Anual de ingresos y egresos; el Consejo de Honor y la Junta Directiva, que tienen sesiones extraordinarias para ver temas Estatutarios y de Reglamento Interno; y finalmente el Tribunal de Ética, cuya “principal función es recibir y atender solicitudes de rectificación y quejas sobre informaciones difundidas en medios de comunicación que transgreden los valores éticos periodísticos”. En: <http://www.consejoprensaperuana.org.pe> 15/06/2011, 11:12 am.

el Estado el que los regula, sino más bien se someten a reglas de control del propio gremio, organizados en torno al Consejo.

Esto es precisamente lo que se denomina autorregulación. Cuánto tiene realmente de “auto” y cuánto de “regulación” es algo que me propongo dilucidar recogiendo lo que han escrito algunos autores más contemporáneos⁴, con el compromiso de continuar en este esfuerzo en números posteriores.

¿Qué se Entiende por Autorregulación?

La regulación es para algunos una forma de intervención administrativa.⁵ Para otros es una técnica que implica una serie de reglas y exigibilidad del cumplimiento de dichas reglas (command & control regulation).⁶ Para nosotros constituye un tipo de política pública, una particular forma de actuación estatal destinada a resolver problemas públicos de los ciudadanos, problemas que en sentido estricto se refieren a sus relaciones económicas, y en sentido amplio, pueden referirse a cualquier ámbito de la vida social. Implica, por tanto, que el actor central es el Estado, tanto para el acto de dictar la regla (enactment) como para el acto de exigir el cumplimiento de dicha regla (enforcement). La autorregulación, en cambio, se observa cuando un grupo de empresas o individuos ejercen control sobre sus propios miembros y sobre su propio comportamiento.⁷ En principio, afirma Baldwin, la autorregulación se restringe al proceso de formulación de reglas, mientras que el monitoreo y la exigibilidad de su cumplimiento se pueden encargar a una agencia pública.⁸

Para algunos, como Julia Black⁹, la autorregulación no implica un proceso de “auto” regulación en el sentido individual del término, sino más bien se trata de un proceso de gobierno colectivo de un grupo de personas o cuerpos, actuando juntos, ejecutando una función reguladora con respecto de sí mismos y otros que aceptan su autoridad.¹⁰

En nuestro entorno, el término autorregulación es usado para describir cómo uno mismo disciplina su conducta, cómo se regulan las circunstancias de empresas particulares, así como la regulación por un grupo colectivo de sus propios miembros. Asimismo, el término también puede ser usado para describir la relación con el Estado: ya sea ninguna relación con el Estado en absoluto o para describir un arreglo corporativo en particular¹¹.

La literatura reconoce cuatro tipos de relaciones en la autorregulación¹²:

- (i) Autorregulación mandatoria: Aquella en la que un grupo colectivo, por ejemplo una industria o profesión, es requerido o designado por el gobierno para formular y hacer exigibles las normas dentro de un marco amplio definido por el gobierno; es el caso de los colegios profesionales.
- (ii) Autorregulación sancionada: Aquella en la que un grupo colectivo formula por sí mismo la regulación, lo que luego es sujeto de aprobación gubernamental;
- (iii) Autorregulación coaccionada: Aquella en la que la industria por sí sola formula e impone la regulación, pero como una respuesta a las amenazas del gobierno de que si no lo hace, el gobierno impondrá regulación legal; y
- (iv) Autorregulación voluntaria: Aquella en donde no hay un involucramiento estatal activo, directo o indirecto en la promoción de la autorregulación; este es el caso del Consejo de la Prensa Peruana, en el que la intervención estatal es nula para evitar cualquier presión u oportunismo político.

Por otro lado, la clasificación de la autorregulación varía no sólo en su relación con el Estado, sino también respecto a la naturaleza de los participantes (pueden ser sólo miembros de la asociación o externos), su estructura, el tipo de exigibilidad (la propia asociación puede exigir el cumplimiento de sus propias normas o hacerlo agentes externos) y el tipo de normas (pueden ser legisladas, contractuales, sin estatus legal, generales o específicas, vagas o precisas, simples o complejas).¹³

“(...) el término autorregulación es usado para describir cómo uno mismo disciplina su conducta, cómo se regulan las circunstancias de empresas particulares, así como la regulación por un grupo colectivo de sus propios miembros”.

¿En qué Casos se opta por la Autorregulación?

De acuerdo con Ogus, desde una perspectiva del interés público, se suele justificar la autorregulación cuando:

4 Robert Baldwin, Julia Black, Christopher Hood y varios otros que aquí citamos como principales referentes son profesores de la Maestría en Regulación que tuvo oportunidad de estudiar en Londres. Las ideas aquí reseñadas son fundamentalmente de su autoría y constituyen importantes referentes en la literatura contemporánea sobre el tema.

5 En el Perú, Diego Zegarra sigue esta corriente desde el derecho administrativo económico. También lo hace Christian Guzmán recogiendo, principalmente, la doctrina española y argentina.

6 Baldwin, R., Scott, C. y Hood, C. A Reader on Regulation. Oxford University Press, 1998, p. 2-4.

7 Para Black, el término autorregulación no guarda ninguna relación con el Estado, interpretación que contrasta con las aproximaciones corporativistas o neocorporativistas que ven a la autorregulación como un tipo de arreglo corporativista. Vid. Black, Julia. Constitutionalising Self-regulation. The Modern Law Review, Vol. 59, No. 1 (Jan., 1996), p. 27.

8 Baldwin, R. y Cave, M. Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice. Oxford University Press, 1999, p. 126.

9 Black, Julia. Op.cit., p. 27.

10 Sin embargo, la regulación individualizada puede existir también dentro del marco de la autorregulación; y se corresponde con lo que Ayres y Braithwaite llamaban “la autorregulación exigida” y con la que Ogus llamó “autorregulación concertada”. Es el caso de la autorregulación que tienen las empresas prestadoras de servicios de saneamiento (EPS), que deben aprobar su propio Reglamento de Prestación del Servicio de Agua de acuerdo a estándares “exigidos” por la SUNASS en un modelo de reglamento. Cfr. Black, Julia. Constitutionalising Self-regulation, p. 27.

11 Black, Julia. Op. Cit., p. 27.

12 Ibid., p. 27.

13 Ibid., p. 27.

i) la actividad es afectada por alguna forma de falla de mercado; ii) los instrumentos del derecho privado son inadecuados o muy costosos para corregir las fallas; y iii) la autorregulación es un mejor método y uno más barato en la resolución de problemas que la regulación pública convencional. El autor se concentrará en la última de estas condiciones.¹⁴

En la literatura se brindan varias razones que abonan a preferir la autorregulación a la regulación. Una primera tiene que ver con que la autorregulación es pagada por aquellos involucrados directamente en la actividad regulada. Los costos de monitoreo y enforcement también son reducidos, y se reducen los costos que originan la modificación de las normas y estándares que rigen la autorregulación, toda vez que los procesos y las reglas son menos formales que aquéllos presentes en la regulación pública convencional.¹⁵ Esto contrasta con la regulación regular, donde los costos son asumidos por agentes externos o independientes, lo que finalmente es asumido por el contribuyente.¹⁶

“(...) desde una perspectiva del interés público, se suele justificar la autorregulación cuando: i) la actividad es afectada por alguna forma de falla de mercado; ii) los instrumentos del derecho privado son inadecuados o muy costosos para corregir las fallas; y iii) la autorregulación es un mejor método y uno más barato en la resolución de problemas que la regulación pública convencional”.

Asimismo, las entidades autorreguladas suelen tener altos niveles de expertise y conocimiento técnico que muchas veces contrasta con la asimetría informativa y técnica de los reguladores estatales. El personal de una empresa, por ejemplo, normalmente sabe mucho más sobre su sector que un burócrata o un servidor público. Es precisamente su proximidad y los vínculos que tienen con su profesión y su pertenencia a la organización la que le permite mantener el expertise y la información actualizada. Cuando se trata de agencias reguladoras, lo que más bien se espera es que el regulador sea totalmente independiente del grupo regulado.¹⁷

Otro de los argumentos frecuentes a favor de la autorregulación es su capacidad para lograr eficiencia en el control. Los que están a cargo de la autorregulación, dentro de un sector o industria, tienen fácil acceso a aquéllos que están bajo su control y los costos para adquirir la información que es necesaria para formular los estándares son bajos (toda vez que están en el mismo sector que se está autorregulando). Por esto, también, en la autorregulación los costos de monitoreo y exigibilidad del cumplimiento (enforcement) son más bajos; y son capaces de adaptarse a las condiciones del entorno de una manera flexible dado que actúan de una manera relativamente informal y tienden a gozar de la confianza del grupo autorregulado.¹⁸

Ogus menciona también que cuando los intereses privados son amenazados por la regulación convencional presionan por modelos autorregulatorios, lo que les permitiría verse beneficiados al formular sus propios controles. La ausencia relativa de rendición de cuentas y de restricciones externas maximiza la posibilidad del rent-seeking (o “captura del Estado”).¹⁹

¿Siempre es Eficiente?

No, no siempre la autorregulación es eficiente.²⁰ Donde la autorregulación opera como un mecanismo voluntario no todos los que participan en un sector colaboran con la autorregulación. Depende en gran medida de los incentivos para participar que son provistos por el sistema autorregulador. Éstos pueden incluir calificaciones, certificados y marcas de calidad. Como bien explican Baldwin & Cave, cuando estos incentivos no son efectivos, es muy común que las organizaciones busquen reconocimiento por parte del Estado y controles para hacer la membrecía obligatoria. Entonces, la autorregulación opera dentro de un marco sostenido por el Estado.²¹

Obviamente la autorregulación no está exenta de críticas.²² Desde una perspectiva legal, la autorregulación es considerada como un ejemplo de corporativismo moderno, es decir, la adquisición de poder por parte de grupos que no son susceptibles de rendición de cuentas (accountability) ante el grupo político a través de los canales constitucionales convencionales.

Sin embargo, Baldwin & Cave consideran que sería un error pensar que los sistemas autorregulados no rinden cuentas y son libres de controles más que aquéllos aplicados por los de sus propios miembros. Los autorreguladores –afirman ambos autores– también son sujetos de control por parte de agentes externos de diversas maneras, a través de: prescripciones

14 Ogus, A. Rethinking Self-Regulation. Oxford J Legal Studies, 1995, p. 374.

15 Ogus, A. Op. Cit., p. 375.

16 Baldwin y Cave. Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice, p. 128.

17 Baldwin y Cave. Op. Cit., p. 126-127. No es de extrañar que sea la propia industria la que plantee que se prefiera la autorregulación. He escuchado muchas veces a gerentes y empresarios de las telecomunicaciones decir que los reguladores y tomadores de decisión de políticas de telecomunicaciones no conocen el sector y que ellos preferirían darse sus propias normas. Esto suele aparecer también cuando se fijan las cláusulas generales de contratación que luego son aprobadas por la autoridad administrativa.

18 Baldwin y Cave. Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice, p. 127. Ogus considera que dado que las agencias autorreguladoras tienen mayor alto grado de expertise y conocimiento técnico de las prácticas y las posibilidades de innovación que las agencias reguladoras independientes, los costos de información para la formulación de estándares son menores. Cfr. Ogus, A. Rethinking Self-Regulation, p. 375.

19 Ogus, A. Rethinking Self-Regulation, p. 375.

20 Al respecto ver un interesante artículo de Jack N. Barkenbus. Is Self-Regulation Possible? Journal of Policy Analysis and Management, Vol. 2, No. 4 (Summer, 1983), pp. 576-588. También ver Levin, Harvey J. The limits of self-regulation. Columbia Law Review, Vol. 67, No. 4 (April 1967), pp. 603-644.

21 Baldwin y Cave. Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice, p. 128.

legales, reglas que se elaboran o aprueban por otras entidades, directrices ministeriales o criterios para la consideración del autorregulador, control parlamentario de la legislación delegada que guía al autorregulador, agencias de supervisión, influencias informales desde el gobierno ejercidas bajo la forma de amenaza de regulación estatal, revisión judicial, quejas ante el Ombudsman, requerimientos de informes y publicaciones, entre otros.²³ Entonces, afirman, no por ser autorreguladas estas organizaciones están libres de rendir cuentas ante el público o aquellos afectados por sus actividades.

“No, no siempre la autorregulación es eficiente. Donde la autorregulación opera como un mecanismo voluntario no todos los que participan en un sector colaboran con la autorregulación. Depende en gran medida de los incentivos para participar que son provistos por el sistema autorregulador”.

Ogus añade que la autorregulación también es criticada cuando escasea la legitimidad democrática en los miembros de la organización autorreguladora, puesto que su capacidad para formular normas y dirigir sus actividades puede verse perjudicada.

Y, finalmente, si bien las agencias de autorregulación incluyen la formulación, interpretación de las reglas, adjudicación y la exigibilidad del cumplimiento (incluyendo la imposición de sanciones), las organizaciones autorreguladas tienen históricamente un déficit al tratar de hacer cumplir sus estándares en contra de miembros recalcitrantes.

¿Cuál es el Papel de las Asociaciones de Autorregulación?

Las asociaciones de autorregulación tienen una doble naturaleza: combinan la función de regulación que suele estar en manos del aparato público con una estructura institucional y legal que defiende intereses de un cuerpo privado. Las asociaciones de autorregulación actúan como intermediarias vinculando a las diferentes partes de la sociedad. Sin embargo, las asociaciones autorreguladas no actúan como un vínculo neutral entre los intereses del Estado y los intereses de los individuos dentro del marco de una estructura jerárquica. Más bien, las asociaciones autorreguladas median de una manera horizontal entre las diferentes esferas de la sociedad, a saber, el Estado, el mercado y la sociedad.

No obstante, existe el peligro de que en su rol intermediario las asociaciones sean capturadas por intereses privados (neocorporativismo), en lugar de contribuir al logro de objetivos de política pública. Su rol, en principio, no debería limitarse a ser consultadas sobre una serie de asuntos, sino debería estar dirigido a implementar políticas públicas, es decir, comparten la autoridad estatal para formular y hacer exigibles decisiones vinculantes.²⁴ Se ha advertido sobre el riesgo que hay de que las organizaciones autorreguladas actúen de manera no competitiva, no sirviendo el interés público, sino protegiendo intereses particulares de sus miembros²⁵.

Apuntes Finales

Hay una multitud de arreglos institucionales que pueden ser descritos como “autorregulación” y es erróneo tachar a todos éstos con las mismas críticas.²⁶ Si lo vemos desde el punto de vista de la autonomía, podemos distinguir entre la autorregulación, en un lado, y la regulación pública en el otro extremo, formando un continuo, dentro del cual podemos encontrar diferentes grados de restricciones legislativas, participación externa relacionada con la formulación de normas o la exigibilidad del cumplimiento, control externo y rendición de cuentas.

Ogus ha planteado también una diferencia entre la autorregulación concertada y la autorregulación competitiva. La autorregulación concertada es posible sólo cuando la negociación toma lugar entre los creadores de riesgo y las potenciales víctimas a un bajo costo. El segundo modelo de autorregulación es aplicable en un contexto más amplio y se vincula más directamente con la regulación de las profesiones, que han atraído mucha crítica en el pasado. La fuente de este segundo modelo se basa en una simple observación: si la principal objeción a las agencias de autorregulación es que son capaces de explotar su control monopolístico de modo tal que permitan a los miembros de la organización ganar rentas, entonces ¿por qué no se obliga a las agencias autorreguladoras a competir entre sí, de modo tal que las rentas sean eliminadas?²⁷

Esta competencia imposibilitaría que las agencias autorreguladoras creen barreras a la entrada, pero también debería restringir a las agencias autorreguladoras de formular estándares que respondan a las preferencias de los consumidores a un bajo costo, dado que –asumiendo que los consumidores tienen niveles adecuados de información para hacer comparaciones apropiadas– escogerán la combinación de precio y estándares de autorregulación que más se correspondan con sus preferencias. Dentro de este modelo, se puede reconocer tres variedades: (i) competencia en el mercado sin restricciones, (ii) competencia con ayuda de las agencias, y (iii) competencia ex ante para monopolios ex post.²⁸ De algún modo, casi todos los mecanismos de autorregulación son sujeto de algún grado de influencia externa por parte del Estado, debiendo entonces el que

22 En esta parte seguimos a Ogus, A. Rethinking Self-Regulation, p. 375-376.

23 Baldwin y Cave. Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice, p. 129-130.

24 Black, Julia. Constitutionalising Self-regulation, p. 28 y 29.

25 Baldwin y Cave. Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice, p. 129.

26 Ogus, A. Rethinking Self-Regulation, p. 376.

27 Ogus, A. Rethinking Self-Regulation, p. 377-380.

28 Ogus, A. Op. Cit., p. 377-380.

diseña el modelo hacer uso de esa mezcla de regulación y autorregulación dependiendo qué sirve mejor a los propósitos gubernamentales legítimos.²⁹

Al cierre de la redacción de este artículo se anunciaba en prensa³⁰ que la Sociedad Nacional de Radio y televisión (SNRTV) ha suscrito un “nuevo pacto de autorregulación” de contenidos con la Asociación Nacional de Anunciantes (ANDA), a través del cual se pretende dar solución a las quejas y reclamos por los contenidos de los programas radiales y televisivos. Se anuncia que este sistema de autorregulación de contenidos es un esfuerzo “sin precedentes en el país” porque los propios canales de televisión y radio decidieron establecer, por propia iniciativa, un marco de criterios y principios para el desarrollo de sus servicios. Para tal efecto, se han creado sanciones a nivel de amonestaciones públicas, de difusión de avisos rectificatorios y también multas de máximo 10 Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Aparentemente, según se anuncia, la gran mayoría de

quejas están referidas al horario de protección al menor, por cambios en los horarios de programación y también cuando el usuario toma como ofensivas las opiniones vertidas en los medios de comunicación. Se prevé que los principales beneficiarios serán los millones de televidentes y radioescuchas que a diario consumen la señal abierta, que es gratuita.

Se señala que en virtud de este convenio se han perfeccionado y acortado los plazos de atención de reclamos. De esta manera, procesos que antes tomaban como máximo 29 días hábiles ahora podrán solucionarse vía conciliación directa en 48 horas. El referido pacto sería -de acuerdo a lo anunciado por los voceros de las referidas organizaciones- un instrumento que se hace público y que se complementa con el Código de Ética, aprobado en cumplimiento de la Ley de Radio y Televisión. Un motivo más para empezar a estudiar y analizar la autorregulación 

29 Baldwin y Cave. Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice, p. 136-137.

30 Fuentes: www.rpp.org.pe; <http://www.comunicar.info/2011/06/peru-cuenta-con-pacto-de.html>; <http://tvperu.gob.pe/noticias/locales/otros/23697-firman-nuevo-pacto-de-autorregulacion.html>