

¿Y Después de la Ley Qué? La Exigibilidad del Cumplimiento de la Regulación

Carlos Alza Barco *

“En el presente artículo, el autor realiza un análisis de la exigibilidad del cumplimiento de la regulación en sistemas jurídicos como el peruano. De esta forma, pone de relieve la focalización en el análisis del diseño de las normas soslayando el análisis de la factibilidad en la aplicación de las mismas pese a que este último es importante para determinar la efectividad de una norma. Asimismo, plantea la posibilidad de aplicar medidas propias de un sistema de observancia conjuntamente con medidas propias de un sistema de disuación. Finalmente, señala los supuestos en los que es conveniente exigir el cumplimiento ex ante y en los que conviene que sea ex post.”

Introducción

Cuando uno de los directores de la Revista Derecho y Sociedad me solicitó un artículo para su edición número 30, pensé inmediatamente en la enorme relevancia que tuvo la aparición de dicha publicación y el papel que ha cumplido en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y –qué duda cabe- en la cultura jurídica del país. Ha sido una revista singular, con sus problemas y dificultades, que empezó con pocas páginas y sin los recursos que rodearon a otras publicaciones de estudiantes, pero que nació también con el gran mérito de incorporar una mirada del Derecho Público en un espacio que lucía el dominio del Derecho Privado. Es cierto que los espacios grises son cada vez más grandes entre estos dos dominios del derecho; cuanto más complejos los análisis y lecturas de la realidad social, del ordenamiento jurídico, más necesario es comprender la realidad con una mirada multidisciplinaria. Por tanto, su enfoque –tantas veces criticado y minimizado por la cultura civilista que imperó en nuestra Facultad durante varios años- sigue siendo, y lo es hoy más que nunca, un elemento fundamental para el análisis jurídico y la comprensión de la relación entre derecho y sociedad.

Estas meditaciones también me llevaron a escribir sobre un tema que me ha entusiasmado a lo largo de mis estudios universitarios, me refiero a la exigibilidad del cumplimiento de la ley. La experiencia en la Defensoría del Pueblo, en particular estando a cargo de la Adjuntía

para los Servicios Públicos y el Medio Ambiente, me permitió también reflexionar y conocer más de cerca las prácticas de exigibilidad de la ley.

El denominado “*law enforcement*”, en las culturas anglosajonas, es una práctica esencial de las organizaciones dedicadas a la supervisión y fiscalización, pero muy pocas veces estudiada en nuestras latitudes. El presente artículo reseña las principales preocupaciones en la materia y ha sido elaborado a modo de divulgación sobre la base de textos escritos por los profesores Robert Baldwin y Bridget Hutter, entre otros expertos en el tema. En la primera parte, después de una breve revisión de la noción de exigibilidad, veremos cómo hemos focalizado nuestro interés en el diseño de las políticas y el dictado de la ley, antes que en la implementación de las mismas, en la gestión. Una segunda parte está dedicada a conocer el dilema de la decisión pública sobre la aplicación de modelos persuasivos o disuasivos. Una tercera parte refiere a la oportunidad de la exigibilidad, en qué momento exigir, para prevenir o más bien para sancionar el incumplimiento. No ingreso, por ahora, al tema de los costos de la exigibilidad del incumplimiento, tema que seguramente podré desarrollar en otro artículo en esta misma revista.

1. “Y se hizo la Ley...”: la Focalización en el Diseño de las Políticas y el Dictado de la Ley

En el iter regulatorio solemos poner énfasis o en el diseño y dictado de la ley (*enactment*), o en la rendición de

* MSc. en Regulación – LSE, Asesor de la Defensora del Pueblo del Perú, Profesor de las Maestrías en Regulación de Servicios Públicos y en Ciencia Política de la PUCP.

cuentas ante el incumplimiento de la ley (*accountability*) –si bien esto último también con relativo poco éxito. Lo mismo ocurre cuando se definen las políticas públicas, se pone énfasis en el diseño o en la evaluación de las mismas, pero no en su implementación, ni en la gestión u operación del sistema o en el control de dicha gestión operativa.

“La implementación es usualmente considerada un proceso de menor rango o valor en comparación con los procesos de diseño o evaluación de las políticas públicas. (...) La causa de esta indiferencia es la idea –muy extendida– de que la implementación consiste básicamente en la “aplicación” de un diseño de política previamente elaborado, negociado y acordado. Desde esta perspectiva, los problemas recurrentes que se manifiestan en la puesta en marcha de una política responden a dos tipos de situaciones: la implementación no se “ajusta” a lo establecido y pautado en el diseño o –cuando la anterior no es respuesta suficiente– en el diseño no se han previsto situaciones, factores o procesos que entonces deberán tenerse en cuenta en un esfuerzo de rediseño.”¹

“(...) los procesos de creación de la ley en un sistema democrático deben incluir también el control o rendición de cuentas de dichos procesos.”

Así, por ejemplo, dictamos la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y luego verificamos si se cumplió la ley o no, dictamos la ley laboral y luego inspeccionamos si se cumple o no.

Instituciones como la Defensoría del Pueblo, la Contraloría de la República, la Fiscalía de Prevención del Delito o los Organismos Reguladores, para citar algunos ejemplos, exigen el cumplimiento de la ley, sea con instrumentos duros que uno podría calificar hasta de draconianos, o con instrumentos suaves como los persuasivos; con instrumentos sencillos como la notificación, o con instrumentos complejos como la supervisión in situ y la fiscalización del cumplimiento de las normas específicas sobre calidad, en el caso de los organismos reguladores. Estas prácticas han tenido menor desarrollo e interés en los que toman decisiones gubernamentales y, en particular, en el mundo del derecho. En ese sentido, cabría

preguntarse: ¿Qué hay entre el diseño y la evaluación? ¿Qué hay entre el dictado de la ley y la sanción? ¿Qué se tiene que producir para que la ley sea cumplida y la rendición de cuentas nos arroje resultados más bien favorables sobre su cumplimiento?

Según Baldwin², uno puede pensar los procesos regulatorios en tres etapas. En este artículo planteamos mas bien cuatro, y es que los procesos regulatorios, los procesos de creación de la ley en un sistema democrático deben incluir también el control o rendición de cuentas de dichos procesos.³ Pero esto puede ser materia de otro artículo. Quedemos entonces en que son cuatro etapas:

- a) La aprobación de la legislación habilitadora.
- b) La creación de las reglas y administraciones regulatorias.
- c) El proceso de hacer cumplir dichas reglas a las personas o instituciones que se supone deben ser influenciadas o controladas.
- d) La rendición de cuentas sobre estas prácticas regulatorias.

Concordaremos con Baldwin en que la etapa de la exigibilidad de las reglas es vital para el éxito de una regulación pues a) al ser desarrollada con astucia se puede remediar los defectos de diseño de un mecanismo regulatorio; pero si b) la exigibilidad de cumplimiento está enferma, puede minar los más sofisticados diseños de regulación.⁴

La exigibilidad del cumplimiento, que en términos de la profesora Hutter es tanto un arte como una ciencia, es también “el arte de lograr que la gente tenga fuertes iniciativas para hacer no otra cosa que cumplir.”⁵ Siguiendo a la misma autora podríamos decir que la observancia de la regulación es un evento pero también un proceso sujeto a limitaciones sociales e institucionales más amplias, que están embebidas en las esferas política, legal, organizacional y cultural del contexto social en el que las interacciones ocurren.⁶

Si la regulación es generalmente usada para influenciar comportamientos en el mundo real, la exigibilidad de la regulación –según Hutter– viene siendo:

“un concepto complejo, flexible y dinámico cuya definición, evaluación y logro es el producto de

1 Cortazar, J.C. “Una mirada estratégica y gerencial de la implementación de los programas sociales”. En: Entre el diseño y la evaluación. Washington DC: BID, p. 1.

2 Cfr. Baldwin, Robert. (1999) Understanding Regulation. Oxford University Press, pp. 96-97. Si bien Baldwin considera en este libro las tres primeras etapas, nosotros añadimos la cuarta pues consideramos fundamental el proceso de rendición de cuentas de todo proceso de decisión pública, siéndolo también la regulación.

3 Alza Barco, Carlos. “Enforcement wars in the regulatory space: The Force of Persuasion”. Ensayo final para el curso Law and Politics of Regulation. MSc in Regulation, The London School of Economics and Political Science, 2001-2002.

4 Cfr. Baldwin, Robert. Op.cit. pp. 96-97.

5 Hutter, Bridget. (1997) Compliance: regulation and environment. Oxford: Clarendon Press, p. 246.

6 Cf. Hutter, Bridget. Op.Cit., p. 237.

interacción, el resultado de una serie de juicios interpretativos. Este proceso de cumplimiento es sujeto a amplios limitantes sociales e institucionales de las esferas política, legal, organizacional y cultural del contexto social en los que dichas interacciones ocurren.”⁷

Uno podría encontrar varios ejemplos concretos en nuestra gestión gubernamental peruana a la que el derecho (¿o los que toman decisión?) no le da hasta hoy –lamentablemente– respuesta alguna. Así, un organismo, como el OSINERGMIIN, que tiene la función de exigir el cumplimiento de la regulación ambiental, no cuenta con los instrumentos para hacerlo; en efecto, no puede exigir la regulación ambiental en el Proyecto Camisea al no contar con los Estándares de Calidad Ambiental⁸ de suelos y agua, o no tener aprobados los Límites Máximos Permisibles⁹. Ciertamente, no es responsable de su aprobación, pero teniendo la función de exigir el cumplimiento a través de la supervisión y fiscalización, no cuenta con el instrumento para realizar dicha exigibilidad.¹⁰

“(…) la aprobación de normas que finalmente no tienen mecanismos ni institucionalidad suficiente para ser implementadas ni exigidas, o que han sido diseñadas sin pensar en la factibilidad (…) de su exigibilidad.”

Otro ejemplo lo encontramos en el sector transportes, que cuenta con una serie de normas, reglamentos y directivas sobre la prestación de los servicios de transporte interprovincial, mientras el país sufre cada año el incremento del número de siniestros con los consiguientes muertos y heridos (más de 800 muertos y 5000 heridos¹¹). Para exigir el cumplimiento de estas normas el número de inspectores no supera los 400 para toda la red vial nacional, no cuenta con los alcoholímetros, ni cámaras, ni el apoyo decidido de la Policía de carreteras, ni de los Gobiernos Regionales. En un acto desesperado, años después, aprueba el Plan

Tolerancia Cero, logrando en los primeros doce meses, resultados poco contundentes.¹²

En la práctica, uno puede encontrar abundantes ejemplos en nuestra gestión gubernamental. Autoridades, políticos, sociedad civil, todos reclamando con desesperación la aprobación de normas que finalmente no tienen mecanismos ni institucionalidad suficiente para ser implementadas ni exigidas, o que han sido diseñadas sin pensar en la factibilidad, estrategia, costos e impactos de su exigibilidad. Si bien es cierto no podemos dejar de tomar en cuenta la influencia de grupos de interés en la aprobación o no de estas normas y en el desarrollo de los instrumentos de exigibilidad de la regulación, hasta el punto inclusive de la captura y la corrupción, también es cierto que mucho hay de falta de conocimiento y técnica sobre estos temas.

¿Qué hay detrás de todo esto? ¿Cómo se explica un problema de esta naturaleza en un país que estando muchas veces sobre regulado termina por ser tan inefectivo en el cumplimiento de la regulación? No pretendo en este breve artículo introductorio resolver todas estas preguntas, pero sí hacer un llamado de atención sobre la necesidad de que en nuestras escuelas de Derecho y de Ciencia Política, así como en nuestra Administración Estatal, empecemos a conocer y desarrollar el problema de la exigibilidad del cumplimiento de la ley.

2. “Persuasión o Disuasión...”: el Dilema de la Decisión Pública.

La pregunta clave es cómo exigir el cumplimiento de la regulación. En los estudios y práctica de la regulación existen mecanismos formales como la persecución y la sanción, y mecanismos informales como la educación, el consejo, la persuasión y la negociación.¹³

Las variaciones en los estilos regulatorios de la exigibilidad se explican por cuatro razones, según Kagan: a) diseño legal; b) entorno social y económico; c) entorno político; y d) liderazgo interno.

Reiss¹⁴ realiza una diferenciación entre dos modelos a los que denomina “compliance” –que aquí traduciremos como el modelo de observancia– y “deterrence” – que aquí traduciremos como el modelo de disuasión.

7 Ibidem.

8 La Ley General del Ambiente, Ley No. 28611, define un Estándar de Calidad Ambiental como la medida que establece el nivel de concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos o biológicos, presentes en el aire, agua o suelo, en su condición de cuerpo receptor, que no representa riesgo significativo para la salud de las personas ni al ambiente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos.

9 La Ley General del Ambiente, Ley No. 28611, define el Límite Máximo Permissible como la medida de la concentración o del grado del elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos o biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente.

10 Defensoría del Pueblo, Informe Extraordinario No. 2: Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú. Lima. p. 95.

11 Según información de la Policía de Carreteras..

12 Defensoría del Pueblo, Informe de Adjuntía No.0012-2008-DP/ASPMA.SP. Resultados de la Supervisión al Plan Tolerancia Cero Arequipa, Lima, Lambayeque, Tacna y Puno.

13 Kagan, Robert (1994) pp. 390, citado por Hutter, Bridget. Op.Cit. p. 237.

14 Reiss, A. Selecting Strategies of Social Control over Organisational Life, En: Hawkins, K, y J. Thomas (eds.) (1984) Enforcing Regulation. Boston.

El **modelo de observancia** enfatiza el uso de medidas de mínima persecución con el fin de buscar el cumplimiento de la ley. Puede ser, por tanto:

- o Persuasiva: cuando los funcionarios educan, coaccionan y convencen, siendo más flexible y acomodaticia.
- o Insistente: cuando es menos flexible y los funcionarios van incrementando la presión pues la observancia no se está produciendo en el tiempo esperado o en un tiempo establecido.¹⁵

El **modelo de disuasión**, más bien, enfatiza el uso de medidas penales y persecutorias con el fin de motivar la no realización futura de infracciones. Se dice, por ejemplo, que los americanos son más disuasivos mientras que los británicos se orientan más a la observancia. En Latinoamérica se dice que los chilenos son más disuasivos mientras que los brasileños son más persuasivos. En el Perú, uno podría decir que la Fiscalía es disuasiva mientras que la Defensoría del Pueblo es persuasiva.

Estos dos modelos han recibido argumentos tanto a favor como en contra. A favor del modelo de observancia se ha dicho que involucra un eficiente uso de recursos (*cost-conscious*) y puede ser justificado como económicamente racional más que como indicativo de captura. En este modelo se toma en cuenta que la persecución es muy costosa en tiempo y dinero, pensemos, por ejemplo, en un proceso penal y sus costos. Asimismo, la exigibilidad legalista puede ser muy inflexible y puede fallar para identificar las mejores formas de mejorar el comportamiento, puede causar resentimiento, hostilidad y falta de cooperación en aquellos que son regulados, y esto, a su vez, puede reducir la efectividad del cumplimiento tanto como incrementar los costos. Una exigibilidad muy estricta puede generar efectos indeseables como recesión, desempleo, cierre de empresas, aumento de la conflictividad social, entre otros efectos negativos, alienando el propósito regulatorio. El modelo de observancia, afirma Baldwin, puede proveer respuestas a los riesgos y, por tanto, puede ser más efectiva en términos preventivos.

Hutter¹⁶ ha sugerido que el uso de mecanismos más bien informales y de fácil adaptación depende de varios factores, tales como el alto grado de consenso social en el valor de la observancia, en general, de un alto nivel de observancia de la regulación. También depende de contar con las capacidades y habilidades de convencer sobre el valor de la observancia, lo que normalmente implica disponer de altas cantidades de recursos para poner en juego los mecanismos. Pensemos en una campaña de transporte con el fin de convencer a los conductores de no conducir ebrios, cumplir las reglas de tránsito, etc. Asimismo, el uso de estos sistemas

persuasivos funcionan cuando los costos de inspección son bajos, de modo que se pueden realizar grandes operativos o muy sostenidos en el tiempo, en diversos puntos del país.

También influye la ausencia de una presencia mediática fuerte, de lo contrario el regulador suele tener la exigencia de resultados en términos de sanción. Todos esperamos, por ejemplo, que se sancione a las empresas que circulan con bus-camión, y las exigencias mediáticas ponen al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en la mira de la opinión pública si no logra resultados. El incentivo a ser persuasivo baja y se aumenta el estilo disuasivo. Tanto como la mirada de los medios influye la mirada de los políticos. Las llamadas a un regulador a las comisiones del Congreso para explicar los procesos regulatorios o sancionadores suelen exigir más resultados en términos de sanción –por eso los reguladores muestran como éxito el monto cobrado por multas a las empresas de telecomunicaciones– aún cuando los incumplimientos a la ley sigan siendo altos. Los procesos persuasivos también requieren un alto nivel de integración entre los funcionarios dedicados a la exigibilidad en una comunidad, pues se requiere acciones integradoras y estilos integrados de exigibilidad del cumplimiento. Defensoría del Pueblo, Policía de Tránsito y compañías de seguros trabajando juntas, por ejemplo, para generar campañas de sensibilización en seguridad vial.

Y, finalmente, depende también de la cercana relación personal y social entre los que exigen y los potenciales cumplidores de la regulación. Ha resultado más sencillo, por ejemplo, lidiar con las empresas de telecomunicaciones cuando hay paridad en las capacidades de funcionarios estatales (académicos que comparten respeto en la cátedra universitaria) y funcionarios de la empresa (académicos o profesionales con gran expertise), que cuando la relación se da entre burócratas (políticos no profesionalizados) y expertos (profesionales de la regulación).

Por otro lado, a favor del modelo disuasivo se han plantado varios argumentos. Criticando al estilo persuasivo se ha dicho que suelen ser indicativos de captura, toda vez que la persuasión exige muchas veces proximidad entre las partes, y las estrategias suaves pueden terminar siendo condescendencia con los sectores regulados ante el incumplimiento de la ley. También se ha dicho que exigiendo muchos recursos y no teniéndolos resulta ser ineficaz. Típicamente, por ejemplo, la fiscalización del transporte, que de darse en un país tan grande como el Perú requeriría un alto nivel de personal e inspectores y recursos. Asimismo, el estilo persuasivo requiere una estrecha relación entre reguladores y regulados para intercambiar experiencias, contactos, campañas, entre otros, proximidad que termina generando “familiaridad”, lo que podría llegar a hacer impensable la efectiva persecución ante el incumplimiento.

15 Hutter, Bridget. Op.Cit., p.15.

16 Hutter, Bridget. (1997) *Reasonable Arm of the Law?* Oxford, pp. 149-153.

Siguiendo a Baldwin¹⁷ y Hutter¹⁸ también en esta parte, la exigibilidad estricta y disuasiva, más bien, es altamente efectiva en culturas corporativas cambiantes, logrando mejorar los estándares y el comportamiento, y produciendo sistemas de gestión que reducen los riesgos de infringirlas. La exigibilidad disuasiva trata las infracciones seriamente considerando las conductas impropias como inaceptables, reforzando por ello la valoración social de desaprobación, lo que a su vez aumenta las presiones para el cumplimiento. Algunas aproximaciones incluso promueven cambios en las políticas para hacer regulaciones más firmes y duras, proponiendo que las empresas asuman racionalmente como prioridad el cumplimiento de la regulación, como en el caso de la regulación ambiental. Hawkins ha sugerido que la persecución es más usada cuando las infracciones son flagrantes, repetidas o extremadas en sus consecuencias y culpabilidad.¹⁹

“(...) es necesario precisar que los modelos de observancia y disuasión no son contrarios ni excluyentes (...)”

Algunos autores, creen que los sistemas de control están siendo diseñados cada vez más como sistemas de observancia de la ley, que como sistemas disuasivos. Reiss, por ejemplo, vincula esta tendencia a tres grandes cambios que vienen experimentando las sociedades modernas:

- a) La extensión de los derechos (entitlement). Los individuos han ido ganando derechos como el de privacidad que hace más difícil observar o recolectar la evidencia de una mala conducta. Es más difícil identificar los incumplimientos pues en el procedimiento el regulado opone al regulador estos derechos. Pensemos en el caso de la información sobre la administración de la empresa para la fijación del factor de productividad en telefonía fija, en la que el regulador puede acceder a la información sin afectar la información privilegiada. Ciertamente, los sistemas de observancia de la ley son menos afectados por este crecimiento de los títulos o derechos.
- b) El crecimiento de los sistemas de confianza. Estos han crecido por la dificultad de contar con información sobre todo lo que avanza alrededor de nosotros. “En sociedades modernas -afirma Reiss- el prototípico incumplimiento a la ley es la violación de la confianza de la organización”²⁰. Por eso, cuando se evalúa la renovación del contrato de una empresa de

telecomunicaciones, el OSIPTEL evalúa también si la empresa ha brindado la información necesaria, veraz y de calidad para realizar la supervisión o fiscalización correspondiente. También SUNASS, en tanto regulador de los servicios de agua potable y alcantarillado, asume que en la vigilancia de la calidad del agua, la empresa está cumpliendo con realizarla, realizarla correctamente y que los resultados son veraces.

- c) El crecimiento de las organizaciones y la complejidad de la vida organizacional. La aparición de organizaciones de gran escala crea problemas de detección y prueba, dado que las organizaciones tienen gran capacidad para evitar la detección y el poder de obtener la información. Los problemas de convergencia y de las grandes empresas multinacionales, inclusive de capital estatal foráneo, genera ante los eventuales conflictos, inclusive la intervención de gobiernos, embajadas, politizando un debate que, en principio, podría ser exclusivamente técnico. Esto ha ocurrido en Perú, Argentina y otros países en los que las Embajadas han intervenido ante funcionarios nacionales para defender intereses de empresas de sus naciones.

Ante todo esto, es necesario precisar que los modelos de observancia y disuasión no son contrarios ni excluyentes. Ayres y Braithwaite afirman que “el truco del éxito regulatorio es establecer una sinergia entre punición y persuasión”²¹. Bajo esa lógica, dichos autores crearon la idea de una pirámide de exigibilidad del cumplimiento. Los regulados están sujetos incrementalmente a respuestas regulatorias intervencionistas en tanto ellos continúen infringiendo la regulación, y estarán sujetos a menos respuestas regulatorias intervencionistas en tanto ellos vayan cumpliendo más. En la base están las menos intrusivas y en el vértice superior de la pirámide las más intrusivas.

Hay dos pirámides, a) la pirámide de la jerarquía de las sanciones; y b) la pirámide de las estrategias regulatorias.

Así, por ejemplo, la Contraloría de la República puede verificar que existen debilidades en la gestión o en el control de la gestión y realizar observaciones a través de cartas de control interno sugiriendo implementar medidas para superar dichas debilidades. Esta puede ser considerada una estrategia de tipo persuasiva. Sin embargo, si habiendo efectuado las sugerencias estas no se han superado y han conllevado a transgresiones de normas o reglas administrativas, auditoría emite una comunicación definiendo la responsabilidad y solicitando se inicien los procedimientos administrativos sancionadores correspondientes. Esto es claramente un

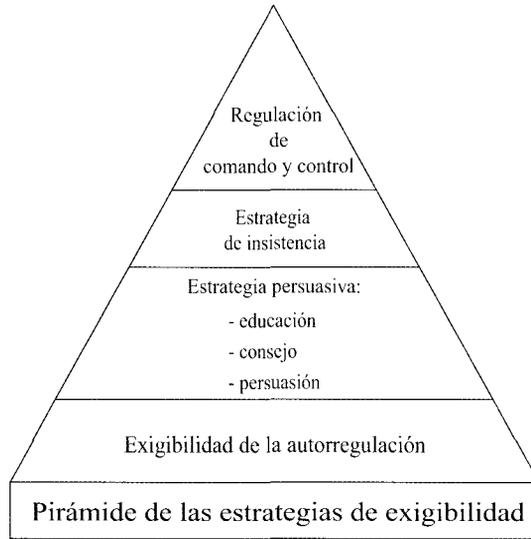
17 Cfr. Baldwin, Robert. Op.Cit.

18 Hutter, Bridget. Op.Cit.

19 Cfr. Hawkins, K. Op.Cit.

20 Reiss, A. Op.Cit. p. 33.

21 Ayres, I. and J. Braithwaite, (1992) Responsive Regulation. Oxford, p. 25.



punto más arriba en la pirámide de exigibilidad. Lo cierto es que a las instituciones y a sus funcionarios no les gusta ni les conviene tener ni siquiera observaciones, lo que puede resultar más bien persuasivo para el cambio, y mucho menos procedimientos sancionadores, lo que resulta disuasivo.

La Defensoría del Pueblo también cuenta con estos instrumentos. Las estrategias persuasivas suelen darse también en forma piramidal. Una primera se expresa a través de las acciones inmediatas gestionadas por los propios comisionados que se relacionan con los funcionarios de manera verbal y el acto persuasivo se produce a manera de consejo. La renuencia de un funcionario exige notificaciones, cartas de responsabilidad a manera de insistencia. La evidencia de una falta de colaboración y de cambio de actitud manteniendo la conducta lesiva del derecho ciudadano puede generar la publicación de un informe defensorial aprobada por una resolución defensorial que pone en claro el incumplimiento del funcionario del Estado y la afectación del derecho del ciudadano. Eventualmente, y sólo como última ratio, la Defensoría del Pueblo opta por la judicialización y/o, al verificar la posible comisión de un delito, efectúa la denuncia penal correspondiente.

3. "Prevención o Sanción...": el Problema de la Oportunidad.

Otro de los temas por resolver, -para seguir al profesor Baldwin- en la exigibilidad de la regulación tiene que ver con la oportunidad, es decir, en qué momento exigir el cumplimiento, ex ante o ex post, prevención o sanción. Shavell distingue tres estadios de intervención: preventivo, basado en el acto, basado en el daño.²²

La exigibilidad se puede dar con fines preventivos, es decir, cuando se verifica un daño o una amenaza

de daño. Por ejemplo, cuando antes de empezar a operar un centro comercial de gran aforo, se exige una visita de inspección del municipio y de defensa civil para asegurarse que sea seguro ante un eventual siniestro. En esos casos, lo que se fija son estándares de especificación (o de diseño), en tanto tiene el efecto de controlar las circunstancias que rodean los actos peligrosos. Por ejemplo, se exige que los locales cuenten con extintores.

Los enfoques preventivos se aplican cuando los costos de rectificar un estado de cosas dañoso podrían ser muy grandes, o cuando el daño potencialmente catastrófico podría aumentar. Por ejemplo, es mejor pasar una revisión técnica antes de operar un servicio de transporte interprovincial, toda vez que un problema en plena operación seguramente traerá daños en los pasajeros, y podrían ser irremediables. En determinadas circunstancias, ciertamente, los mecanismos preventivos pueden ser exitosamente empleados sin que sea necesario usar medidas regulatorias muy duras. Tal es el caso de las campañas en las que se promueve mantener el carril al manejar.

Baldwin afirma también que los enfoques preventivos tienen problemas de información. No es fácil predecir cuándo se producirán actos peligrosos o daños. Por ejemplo, la colocación de los inspectores a lo largo de la carretera puede ser ineficaz, pues no se sabe en qué punto de la red vial nacional ocurrirá el siniestro. Por lo tanto, sería mejor imponer sanciones al conductor por la conducta irregular, incumplimiento de reglas o incluso daños causados. Sin que eso implique dejar la fiscalización como medida disuasiva claro está. También hay problemas para predecir el origen o la fuente del daño.

También se puede establecer la exigibilidad como **respuesta al acto** de creación de un daño. Por ejemplo,

22 Shavell, S. (1993) "The Optimal Structure of Law Enforcement" (1993) Journal of Law and Economics. p. 255.

cuando habiéndose abierto el centro comercial, no se han renovado los extintores en el plazo necesario. En estos casos se fijan estándares de comportamiento (de resultado), con los cuales se observa la seriedad de los actos peligrosos involucrados en un proceso. Por ejemplo, no contar con extintores renovados hará imposible atender un incendio y las probabilidades de daño son altísimas.

La exigibilidad como respuesta al acto se aplica cuando la prevención puede ser muy costosa o cuando es difícil conducir a los regulados a rendir cuentas por causar daños. Por ejemplo, el caso de las antenas de celular y las radiaciones no ionizantes que emiten. La leucemia alegada por las personas que se oponen a las antenas puede ser causada también por otras fuentes, por tanto, puede ser mejor regular las emisiones que sancionar el daño por la enfermedad pues no sabemos si hay una relación causal directa. También se aplica cuando el acto dañoso puede ser identificado más fácilmente que el daño resultante. Tal es típicamente el caso del daño ambiental, que es más difícil de identificar que el acto dañoso mismo. Sabemos que la interoceánica o el Proyecto Camisea generan determinados impactos ambientales, pero hay muchos daños que aún no conocemos. Entonces, es mejor regular el acto de creación que exigir ante el resultado, el mismo que ciertamente no conocemos todavía. La exigibilidad

como respuesta al acto se produce también cuando la intervención basada en el daño puede ser menos disuasiva para causar el daño. Así, es más fácil intervenir sobre el acto que sobre el daño pues no ha ocurrido daño aún y, por lo tanto, las posibilidades de infracción son mayores.

Finalmente, se puede exigir la regulación como respuesta a la **realización de un daño** propiamente. Por ejemplo, cuando teniendo el local comercial abierto se produce un incendio y hay muertos o heridos. En estos casos se pone énfasis en los daños que resultan como consecuencia de la conducta incumplida. Por ejemplo, la imposibilidad de realizar una actividad nuevamente, dada las consecuencias dañosas de su irresponsabilidad.

Esta estrategia se aplica cuando es más barato para el Estado sancionar a los causantes de un relativamente pequeño número de actores, que perseguir un gran número de personas que realizan actos peligrosos. Asimismo, cabe precisar que una política de sanción severa de los daños sólo disuadirá adecuadamente si se detecta efectivamente el daño y si los posibles infractores están en la posibilidad de pagar las grandes multas o años de prisión. En mucho, este es el caso de la criminalización de conductas, del derecho como última ratio 