

LA NECESIDAD DE REPLANTEAR LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA

Carlos Reverón Boulton

Abogado

“Subyacente a la mayoría de los argumentos contra el mercado libre está la falta de confianza en la libertad misma”

Milton Friedman

Resumen: *Resulta notorio e innegable que los servicios públicos en América Latina históricamente han sido ineficientes e insatisfactorios para lo que requieren las personas. Frente a ello es indispensable asumir una nueva postura y régimen jurídico de libre intercambio de bienes y servicios, en el que se garantice la libre competencia para así permitir y asegurar la libertad para elegir de los ciudadanos entre diversas opciones adaptadas a sus gustos, preferencias y posibilidades.*

Palabras Clave: *Servicio público, exclusividad, libre competencia, iniciativa privada, límites, garantías.*

Abstract: *Public services have been undeniably inefficient and unsatisfactory in our continent. In light of this, it is necessary to adopt a new position and legal regime that allows for the free exchange of goods and services, guarantees free competition, and allows the freedom to choose from various options adapted citizens' tastes, preferences, and possibilities.*

Key words: *Public services, exclusivity, free competition, private initiative, limits, guarantees.*

INTRODUCCIÓN

Sabemos que definir lo que ha de entenderse por servicio público no es una tarea fácil de acometer. En todo caso, se trata de una actividad previamente calificada como servicio público, en la que se llevan a cabo determinadas actuaciones materiales con el objeto de satisfacer las diversas necesidades esenciales de los ciudadanos. Esa actividad prestacional no es más que una derivación del contenido del Estado Social y del carácter vicarial de la Administración Pública.

Tradicionalmente se ha entendido por servicio público toda actividad administrativa de carácter prestacional para satisfacer y beneficiar una necesidad general, asumida por el Estado, previa calificación como tal por la ley (*publicatio*). La consecuencia de esa declaratoria es la reserva de la actividad como exclusiva de la Administración Pública, por lo que los particulares solo podrán prestar los servicios considerados como públicos, supervisados por la Administración, de mediar previamente una concesión administrativa, vale decir, que puede ser atendida directamente por ella o por un concesionario siempre regido por un estatuto especial y normas de derecho público.

Desde hace varios años se ha intentado revertir esa tendencia generalizada y por ello se ha planteado lo que ha sido denominado como el *nuevo servicio público*. Ariño y De la Cuétara¹ señalan que las notas comunes del servicio público reservado al Estado son: (i) la titularidad pública sobre la actividad; (ii) concesiones cerradas; (iii) derechos de exclusiva; (iv) obligación de suministro; (v) precios administrativamente fijados; (vi) carácter temporal; y (vii) regulación total de la actividad, de allí que desde 1997 abogaban por la *liberalización* de los servicios públicos, en donde la nota característica sea la libertad de empresa (libertad de entrada previa autorización reglada) con determinadas obligaciones o cargas de servicio universal, es decir, sin que existan reservas de titularidad a favor del Estado.

Las características de esa apertura parcial de los servicios son las siguientes: (i) no calificar como servicio público una actividad o sector, sino solo algunas tareas, de modo que se precise cuáles son las obligaciones o cargas de servicio público universal obligatorio, las que se deben garantizar como una tarea de interés general en cada sector; y (ii) abandonar el concepto de reserva. De ello se desprende que se debe sustituir el régimen cerrado y exclusivo, por un régimen abierto en lo que se refiere a la entrada al sector con la imposición de cargas y obligaciones de servicio a los distintos operadores que se le otorgue la *autorización* para actuar en cada sector. En tal sentido, el Estado solo podría operar cuando sea absolutamente indispensable. En este escenario, los principios de menor intervención y *favor libertatis* no pueden funcionar como un verdadero contrapeso y límite en favor de la inversión privada debido a la intensa *regulación* y actividad de *limitación* de la Administración Pública implícita e intrínseca en esa visión de *liberalización* de los servicios públicos.

Hemos seleccionado como tema a desarrollar la necesidad de replantear la noción de servicio público para permitir el libre intercambio de bienes y servicios bajo un régimen de cooperación humana y libre mercado, pues evidentemente la iniciativa privada es más eficiente e idónea que cualquier otra para atender toda la información dispersa en relación con los gustos y preferencias de las personas, lo que les permitirá *libertad para elegir*. El libre intercambio entre oferentes y demandantes en el mercado implica que todas las transacciones que se lleven a cabo sean estrictamente voluntarias y que quienes se involucren en ellas obtengan un beneficio a cambio, el de los ciudadanos será superior siempre que tengan mayores opciones para elegir entre los recursos siempre escasos.

La libertad para elegir entraña el poder del consumidor para que el mercado se desenvuelva de determinada manera, tienen en cierta forma una enorme influencia y corresponde a los empresarios atender sus diversas demandas. Ello a su vez significa que, al aumentar la producción, necesariamente, aumentarán los salarios y la capacidad del trabajador de ahorrar para satisfacer sus gustos y preferencias, de manera que se trata de una situación ideal pocas veces comprendida. Sobre el mercado es importante tener en cuenta lo expuesto por Peter Boetter y Douglas Rogers:

“Hasta ahora, hemos dejado de lado el verdadero potencial del mercado para autocorregirse. Las ineficiencias actuales son las oportunidades de ganancia del día de mañana. Ignorar este entendimiento básico es equivalente a tener un sesgo a favor del intervencionismo gubernamental.

Los hacedores de políticas estudian la economía como una foto instantánea en el tiempo y determinan si el mercado cumple con sus criterios ideales. En lugar de esto, la economía debería ser vista como un vídeo móvil que se va desplegando en el tiempo. En otras palabras,

¹ Ariño Ortíz, Gaspar y De la Cuétara Martínez, Juan Miguel. “Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones” en *Revista Vasca de Economía* N° 37. Gobierno Vasco, España, 1997, pp. 36-41.

son las condiciones que son menos que las ideales las que ponen en movimiento las acciones de los emprendedores que resuelven problemas y mejoran la situación.

(...)

Ya hemos argüido que los gobiernos no pueden calcular los costos y los beneficios. Los gobiernos también tienen que operar sin el conocimiento del tiempo y el lugar proporcionado por los precios de mercado y la disciplina de ganancias y pérdidas. A un nivel fundamental, la intervención en las políticas en el sitio de mercado está buscando en la oscuridad. Asimismo, hemos referido de pasada el papel que juegan los grupos de interés especial que ejercen presión sobre la toma de decisiones en la política”².

Recuérdese que bajo un sistema de economía libre, los mercados promueven la eficiencia y el valor. Los precios reflejan la opinión libre y racional de las personas sobre el valor subjetivo de los distintos productos, vale decir, se basan en gustos y preferencias y constituyen señales para la iniciativa privada sobre qué y cómo producir. Los mercados incentivan a los proveedores a buscar los procesos más eficientes para ofrecer el mayor valor posible a los clientes atendiendo a sus reales demandas. Todo ello *debe* suceder sin una intervención estatal, se trata de un proceso libre entre comerciantes y consumidores.

Lo anterior nos obliga a repensar el rol (y tamaño) del Estado, muy especialmente en lo que se refiere a la noción de servicio público, con la intención de profundizar la necesaria discusión sobre esa actividad, esto es, revertir el exacerbado carácter intervencionista del Estado (como nota característica y esencial del *iliberal* Estado Social), despublicar, desregularizar y fomentar la iniciativa privada, para así garantizar el intercambio voluntario de bienes y servicios y promover verdaderamente el libre mercado y la libertad de empresa, esto es, abandonar de manera definitiva la noción anacrónica y tradicional de servicio público para favorecer, proteger y promover de manera primordial la más organizada y eficiente empresa privada en la prestación de servicios y oferta de bienes (sometidos esencialmente a las reglas del libre mercado), lo que redundará en beneficio de los ciudadanos.

El mercado libre y el crecimiento económico en realidad supone un Estado limitado, mínimo y que no interfiera la función empresarial para alcanzar la mayor eficiencia en un ambiente competitivo, de manera que el Estado debe abstenerse de interferir en ese proceso de cooperación humana, por ello Rallo señala que la intervención del Estado en el sector empresarial puede dividirse en “...dos grandes grupos esquizofrénicos entre sí: por un lado, el Estado dice garantizar la competencia en todos los sectores evitando la formación de “monopolios” u “oligopolios”; por otro, ese mismo Estado limita la competencia en muchos ámbitos mediante la concesión de licencias. Ninguna de estas dos intervenciones está en absoluto justificada”³.

La idea central de esta investigación es expuesta por José Ignacio Hernández del modo que sigue:

“Otra de las críticas del concepto tradicional de servicio público es que, de manera irreflexiva, se asume que los bienes y servicios considerados servicios públicos no pueden ser libremente intercambiados a través de mecanismos de mercado, sino que, por el contrario, deben quedar sometidos a mecanismos de intercambio regidos por la Administración Pública a través del “régimen exorbitante”.

² Boetter, Peter y Rogers, Douglas. “Por qué fracasan los gobiernos” en *Ideas sobre Libertad: Guía de iniciación*. Adam Smith Institute y Cedice Libertad, p. 47 y 48. Disponible en: <https://libreria-cedice.org/ve/wp-content/uploads/2019/06/Ideas-sobre-la-libertad.-Gu%2525C3%2525ADa-de-iniciaci%2525C3%2525B3n.pdf>

³ Rallo, Juan Ramón. *Una Revolución Liberal para España*. Deusto, Barcelona, 2014, p. 140.

Esta consecuencia ignora que el mecanismo de mercado permite la asignación eficiente de recursos y que, por ello, en *condiciones determinadas*, la eficiencia se alcanza a través del libre intercambio de bienes y servicios. Esto quiere decir que, bajo esas condiciones, el intercambio de bienes y servicios tiende al *equilibrio competitivo*, generándose así condiciones de eficiencia” (énfasis del autor)⁴.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, conviene repasar algunos límites relacionados con la intervención del Estado en la economía de manera directa (prestacional) o indirecta (limitación), para así asegurar las libertades y derechos económicos de libertad de empresa y libre mercado (los cuales constituyen límites en sí mismos). En nuestra región el constante fracaso e ineficacia de los servicios públicos es inocultable, de ahí la imperiosa necesidad de replantear y abandonar la tradicional noción en atención a los principios (límites y garantías) que se desarrollarán de seguidas.

I. PRINCIPALES LÍMITES A LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

Los límites que a continuación se estudiarán están íntimamente vinculados con la promoción definitiva de la iniciativa privada, en lugar de la Administración, en la prestación de servicios en un régimen de libre competencia como única vía de atender de manera eficiente los diversos gustos, preferencias y posibilidades de los ciudadanos.

1. Principio de subsidiariedad

José Araujo-Juárez afirma que este principio alude al grado de intervención y protagonismo del Estado en la vida económica y social de un país y que a partir de él no es lícito quitar a los individuos lo que ellos pueden realizar a través de su iniciativa⁵.

Hoy en día es difícil encontrar a una persona que conciba que la actividad del Estado deba limitarse a tareas esenciales: un *Estado mínimo*, tal y como ha sido analizado de manera detallada por Rallo, para quien el Estado con base en el principio de subsidiariedad debería abstenerse de toda participación, por ello señala que “...conviene recordar que la intervención del Estado solo podría llegar a quedar justificada para aquellos ámbitos donde el libre mercado fuera incapaz de llegar, pero no para todos los restantes: es lo que se conoce como “principio de subsidiariedad” por desgracia, los Estados modernos no tienden a actuar de manera subsidiaria con respecto al mercado, sino de manera prioritaria”⁶.

Ana Cristina Núñez señala que acorde con este principio se determina el ámbito de intervención directa del Estado en la economía como *ultima ratio*, lo cual supone un límite de que el Estado participe con sus empresas públicas con el objeto de que exista una verdadera situación de libre competencia, que resultaría prácticamente imposible en aquellas actividades en que interviene el Estado empresario en virtud de sus privilegios y prerrogativas, por lo

⁴ Hernández G., José Ignacio. “El derecho de acceso a los servicios públicos, el Estado fallido y la responsabilidad de la Administración. El caso de la emergencia humanitaria compleja en Venezuela” en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 16. Universidad Monteávila, Caracas, 2020, p. 525. Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2020/03/José-Ignacio-Hernández-G.-El-derecho-de-acceso-a-los-servicios-públicos-el-Estado-fallido-y-la-responsabilidad-de-la-Administración.-El-caso-de-la-emergencia-humanitaria-compleja-en-Venezuela.pdf>

⁵ Araujo-Juárez, José. *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*. Vadell Hermanos, Valencia, 2003, p. 81.

⁶ Rallo, Juan Ramón. *Ob. Cit.*, p. 18.

que este principio limita esa actividad solo en aquellos casos en que no exista iniciativa privada o sea insuficiente⁷. Insistimos, siempre y cuando el Estado haya agotado *legalmente* todo su esfuerzo para que los ciudadanos asuman tales actividades, puesto que se debe siempre procurar que sean los particulares los que asuman las actividades de prestación de servicios, es la situación indudablemente más ideal y -especialmente- eficiente y competitiva.

Obsérvese entonces que ese principio tiene una aplicación positiva y otra negativa. La aplicación negativa se refiere a la prohibición del Estado de participar en el desarrollo de actividades empresariales en aquellas áreas de la economía en el que los particulares operen adecuadamente; mientras que la aplicación positiva supone la actuación de la actividad empresarial del Estado *únicamente* en aquellos rubros en el que la satisfacción de la demanda de bienes o servicios sea necesaria por no estar siendo satisfecha por la iniciativa privada, bien porque no puedan o simplemente porque no quieran hacerlo.

Para que el Estado pueda actuar de forma subsidiaria deben mediar los siguientes supuestos: (i) que se trate de actividades, fines o bienes particulares claramente convenientes para el *bien común general*; (ii) que los particulares no estén logrando en un nivel adecuado dichos fines o bienes particulares, o no exista en dicha área presencia alguna de iniciativa privada que se haya propuesto alcanzar dichos fines; y (iii) que el Estado haya agotado legalmente todo su esfuerzo para que los particulares asuman tales actividades. Solo la ley debe autorizar la actividad empresarial del Estado cuando la realidad así lo exija bajo el supuesto de subsidiariedad.

Si se lee con detenimiento el artículo 19.21 de la Constitución chilena de 1980, utilizado como ejemplo de la consagración normativa de este principio, en ningún caso hace mención a la palabra subsidiariedad, solo se refiere a la necesidad de que las empresas estatales sean creadas por ley. En efecto, esa norma contempla lo siguiente: “El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

Ejemplo contrario a lo anterior en el que sí se usa el término subsidiariedad y las condiciones que permitirán la intervención directa del Estado lo constituye el artículo 60 de la Constitución del Perú, el cual establece lo siguiente: “Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública recibe el mismo tratamiento legal”.

Insistimos en la necesidad de restar el exacerbado carácter intervencionista del Estado como nota característica del *iliberal* Estado Social que predomina en Americana Latina para así revertir de manera definitiva el notorio fracaso de los servicios públicos que tanto afecta la vida de los ciudadanos, quienes, definitivamente, merecen más. Por ello, no dudamos en afirmar que siempre se le debe dar primacía a la iniciativa privada por su eficiencia y capacidad de comprender más rápido y efectivamente toda la información dispersa en relación con los gustos, preferencias y posibilidades de las personas.

⁷ Núñez Machado, Ana Cristina. “Los 26 nuevos Decretos-Leyes y los principios que regulan la intervención del Estado en la actividad económica de los particulares” en *Revista de Derecho Público N° 115*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, p. 201.

Insólitamente, la Sala Constitucional en las decisiones N° 1626 del 11 de agosto de 2006 (caso: *U.N.T*) y N° 1502 del 4 de agosto de 2006 (caso: *Administradora Unique IDC, C.A.*), afirmó que en Venezuela "...el Estado tiene un rol subsidiario en el desarrollo económico del país", lo cual es un auténtico sin sentido, tomando en consideración que el artículo 299 de la Constitución consagra el principio de coactividad y que en ningún lugar del Texto Fundamental se hace alusión a la subsidiariedad, por lo que como bien afirma Víctor Hernández-Mendible, resulta asombroso "...justo en una época en la cual el gobierno sin ningún respeto a los derechos y libertades económicos reconocidos en la Constitución, pero inspirado de manera confesa en el régimen de estado comunista, antidemocrático y por ende carente de mínimo anclaje en la Constitución, desarrolla políticas dirigidas a establecer un modelo de intervención centralista y de economía absolutamente planificada y rígida, con total dirección de la actividad privada y supresión de la libre iniciativa, con controles de precios, controles en el mercado cambiario, estatizaciones de empresas, expropiaciones de unos bienes o confiscaciones de otros y nacionalizaciones de servicios públicos"⁸.

Un resumen de la idea central de la subsidiariedad la encontramos en José Ignacio Hernández, para quien: "la clave de nuestra propuesta reside en el principio de **subsidiariedad**, cuyo fundamento constitucional es la primacía de la sociedad civil sobre el Estado: éste no puede asumir las actividades que la sociedad libre y organizada puede atender. Por el contrario, solo cuando la sociedad no puede atender determinada actividad considerada de interés general –en especial por su conexión con derechos humanos– entonces, el Estado asumirá la **garantía de suministro** de esa actividad a través de la Administración Económica" (destacado del autor)⁹.

El principio de subsidiariedad como límite efectivo no solo garantiza servicios públicos de calidad, significa también una baja de la carga impositiva y concretamente permite la libertad para elegir entre diversas opciones como sinónimo de satisfacción de las preferencias individuales de los ciudadanos. Atender las necesidades de las personas no tiene por qué implicar que el Estado deba asumir actividades económicas de manera directa y desconociendo principios y libertades de los particulares.

A. *Alianzas Público-Privadas en el contexto de la subsidiariedad*

Creemos que es importante que cuando la Administración *tenga* que actuar conforme al principio de subsidiariedad lo haga atendiendo a las Alianzas Público-Privadas, las cuales son fórmulas asociativas entre el sector público y privado. Concretamente, se trata de una particular y muy necesaria alternativa para apoyar ejecuciones presupuestarias de la Administración y así lograr el grado de eficiencia deseable en la ejecución de proyectos de alto coste financiero. La participación del sector privado tiene un sentido clave, cual es, contar con su visión y experiencia en lo que se refiere a una gestión de máxima rentabilidad de los recursos económicos para lograr la ejecución más técnica e innovadora de la actividad que se pretenda desarrollar.

De manera particular, el Banco Mundial define a estas alianzas como "un acuerdo entre el sector público y el sector privado en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público son suministrados por el sector privado, bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública".

⁸ Hernández-Mendible, Víctor. "El principio de subsidiariedad en el estado de derecho y en el modelo económico venezolano" en *Revista de Derecho Público N° 131*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, p. 38.

⁹ Hernández G., José Ignacio. "El derecho de acceso a los servicios públicos, el Estado fallido y la responsabilidad de la Administración. El caso de la emergencia humanitaria compleja en Venezuela" *Ob. Cit.*, p. 528.

Pensamos que esa definición no atiende al verdadero sentido de ese mecanismo de colaboración, ya que se puede decir que estas alianzas persiguen que ambas partes logren sus propios objetivos. Por una parte, el sector público busca alcanzar el desarrollo y cumplimiento de sus políticas públicas; mientras que el sector privado logrará la obtención del lucro deseado por su participación, esfuerzo e ingenio técnico.

Las Alianzas Público-Privadas se convierten así en un novedoso instrumento que de ser diseñadas en entornos regulatorios correctamente delimitados aportan una solución diferente en lo que se refiere a la ejecución de proyectos de infraestructura y en la actividad prestacional de la Administración. Un ejemplo de ello constituye la Ley No. 47-20 de Alianzas Público-Privadas dictada en República Dominicana en 2020.

Estas Alianzas se han multiplicado notablemente en los últimos años y se pueden observar en la consecución de fines tan diversos como la construcción de carreteras, puentes, aeropuertos, puertos marítimos; en la prestación de servicios de agua, electricidad, gas o en el sector de telecomunicaciones e incluso en la gestión de hospitales, centros educativos y más.

En la Comunidad Autónoma de Madrid se han ensayado con éxito las Alianzas Público-Privadas en el sector salud, esa “colaboración”, lejos de afectar a las personas, los han beneficiado con una incidencia menor en el presupuesto y, por ende, con una menor tributación. Esperanza Aguirre (expresidenta de la Comunidad de Madrid) impulsó estos proyectos y los resultados positivos están a la vista de todos, por ello afirma lo siguiente:

“...incorporando la gestión privada a los hospitales de titularidad pública pudimos ampliar la atención sanitaria con hospitales que ofrecen una atención excelente con un coste más bajo”

(...)

En política a veces tienes que adoptar compromisos para avanzar en la dirección correcta. Por eso, los primeros hospitales que hice (Aranjuez, Arganda, Parla...) fueron desarrollados, financiados y construidos por el sector privado, que, a cambio, recibía la gestión a largo plazo de todo lo que no era estrictamente sanitario. Más adelante, cuando quedó claro que la colaboración público-privada arrojaba buenos resultados, aposté directamente por desarrollar hospitales públicos de gestión enteramente privada. Ese régimen es el que hoy rige el funcionamiento de la Fundación Jiménez Díaz y de los hospitales de Móstoles, Torrejón, Valdemoro y Villalba¹⁰.

Las Alianzas Público-Privadas se adoptan a través de contratos en los que se deben establecer una distribución de riesgos entre el sector público y privado, asignando éstos a aquel con mayor capacidad para administrarlos al menor costo posible. La clave para el éxito de estas Alianzas están en la confianza y seguridad jurídica, de manera que ello constituya en un real incentivo para el sector privado. Aquí tienen especial relevancia los principios de buena fe, igualdad entre los oferentes, libre competencia, transparencia y rendición de cuentas.

2. Principio de menor intervención

La Administración debe siempre actuar sobre la libertad económica a través de la técnica menos restrictiva. La intervención indirecta del Estado en la economía es un tema sumamente aceptado sobre la base de un concepto jurídico indeterminado: el interés general, de manera que ante esa indeterminación y los poderes con los que cuenta la Administración para intervenir es necesario que siempre esté limitado y reducido al mínimo, que sea tempo-

¹⁰ Sánchez de la Cruz, Diego. *Liberalismo a la Madrileña*. Deusto, Barcelona, 2021, p. 424.

Los datos específicos sobre esa gestión sanitaria en la Comunidad de Madrid pueden observarse en las páginas 257-284 de esa obra.

ral, excepcional y que la libertad y el mercado competitivo y desregulado sea la regla, de ahí que la menor intervención sea una garantía tan necesaria para la libertad, pues como afirma José Ignacio Hernández, el “*principio de menor intervención*, conforme al cual la Administración Pública debe adoptar la técnica de intervención menos lesiva a la libertad general del ciudadano” (destacado del autor)¹¹. Así pues, no queda duda que el acento deberá estar en la libertad como regla general y ese es el derecho tutelado por este principio.

Esa intervención debe ser mínima o prácticamente inexistente debido a que “De hecho, todas las formas de regulación gubernamental de los negocios penalizan a los competidores eficientes y conceden privilegios monopolísticos a los ineficientes”¹². Así, las órdenes económicas siempre van a afectar el mercado en detrimento de todos los operadores. Las regulaciones económicas en lugar de favorecer al ciudadano crean más alteración, ya que: “Se trata de que la economía del libre mercado forma una especie de *orden* natural, de forma que cualquier irrupción intervencionista crea, no solamente desorden, sino además la necesidad de derogarla o de acumular desorden al tratar de combatirla” (destacado del autor)¹³.

Las órdenes coactivas del Estado sobre la economía derivan en un colectivismo, debido a la planificación centralizada, en el que incluyen la expropiación y expoliación de la propiedad privada como signo distintivo de ese sistema, ya que “Cualquier aumento de la propiedad o control del gobierno es, por tanto, “socialista” o “colectivista”, porque es una intervención coercitiva que lleva a la economía un paso más cerca del socialismo completo”¹⁴.

Mises nos recuerda que la intervención económica siempre va a consistir en una orden por quien detenta el poder para obligar a los empresarios a explotar determinados factores de producción de una forma distinta a lo que lo hubiesen hecho de no existir un dirigismo económico, síntoma del intervencionismo en el que se interfiere la vida mercantil con mandatos y prohibiciones. La autoridad es quien decide cómo y cuándo intervenir, según lo que considere oportuno y para los fines que considere, según su criterio, para conseguir lo bueno o evitar lo malo, lo que desemboca siempre en una planificación totalitaria¹⁵, de manera que, agregamos nosotros, la intervención debe ser mínima, temporal, excepcional, justificada en criterios *objetivos* económicos auditables y solo cuando sea necesario e indispensable para que un mercado pueda operar eficazmente.

Para Hayek, el correcto funcionamiento del mercado y de la competencia depende de un sistema legal dirigido a preservar la competencia y a lograr que esta opere de la manera más beneficiosa, el cual debe ser inteligentemente trazado y ajustado continuamente para su buen funcionamiento, la prevención del fraude y el abuso, de manera que afirma que su crítica contra la intervención y la planificación está dirigida a los casos en que la planificación tiene como objeto sustituir la competencia. Para ese autor, los sistemas colectivistas difieren del liberalismo en el sentido de que los primeros pretenden dirigir todas las actividades de acuerdo con un solo plan¹⁶, de ahí que, agregamos nosotros, la única forma de evitar el totalitaris-

¹¹ Hernández G., José Ignacio. “El derecho de acceso a los servicios públicos, el Estado fallido y la responsabilidad de la Administración. El caso de la emergencia humanitaria compleja en Venezuela” *Ob. Cit.*, p. 529.

¹² Rothbard, Murray. *Poder y Mercado*. EspPDF, 2014, p. 269.

¹³ Rothbard, Murray. *Ob. Cit.*, p. 1061 y 1062.

¹⁴ Rothbard, Murray. *Ob. Cit.*, p. 756.

¹⁵ Mises, Ludwig. *La Acción Humana*. Unión Editorial, Madrid, 2016, p. 1042 y 1049.

¹⁶ Hayek, Friedrich. *Camino de Servidumbre*. pp. 71-97. Disponible en: <https://www.elcato.org/sites/default/files/camino-de-servidumbre-libro-electronico.pdf>

mo es solo aceptar la dirección de la economía en casos muy excepcionales y para complementar el buen funcionamiento del mercado, no para sustituir y distorsionar la función empresarial.

El mercado y la libre empresa en sí mismos constituyen el mejor método de organización económica, por lo general la planificación del Estado en la economía desincentiva la inversión y la mejor utilización de los recursos siempre escasos para mejorar y elevar la calidad de vida de las personas. La cooperación humana es el método más idóneo para articular el fin último de enriquecer a la sociedad en su conjunto. El sistema de precios es más eficaz en la determinación del crecimiento económico que la intervención planificada del Estado en la vida económica.

Es necesario permitir que las personas cooperen unas con otras para el intercambio de bienes y servicios, lo que en definitiva constituye la actividad empresarial, y que de no existir ninguna coerción de una dirección central es posible que la economía funcione a través de un sistema de precios. “Los precios cumplen tres funciones al organizar la actividad económica: primero, transmiten la información, segundo, proporcionan un incentivo para adoptar aquellos métodos de producción que son menos costosos y, por consiguiente, utilizar los recursos disponibles para los propósitos más altamente valorados; tercero, determinan quién consigue cuánto del producto”¹⁷. Esto último es lo que se ve interrumpido a través de la intervención coactiva del Estado en la actividad económica, pues resulta imposible que se obtenga la información dispersa producto de esos intercambios para en definitiva poder determinar qué y cómo producir, lo que conlleva a la escasez o, en el caso de los servicios públicos, a la ineficiencia.

Recuérdese que para el sector privado es el sistema de precios el que dicta como dirigir su actividad, mientras que el Estado, no se guía por esas “señales” y puede asignar recursos de manera ineficiente a tareas y sectores que no requieren o no demandan inversión por ser innecesario para las reales demandas del ciudadano, todo ello a costa del dinero de los contribuyentes.

Insistimos, la arbitrariedad que se produce debido a la intención de dirigir la economía de manera centralizada es una consecuencia de la imposibilidad del cálculo económico de los precios, que no dependerán del libre mercado o de la función empresarial que tiene por base a la propiedad privada, lo que generará una *descoordinación* que usualmente como señala Huerta de Soto “(...) se utiliza como un *pretexto* para justificar ulteriores dosis de socialismo, es decir, de agresión institucional en nuevas áreas de la vida en sociedad o con un nivel de profundidad y de control aún mayor”¹⁸. Para ese autor el socialismo es “todo sistema organizado de agresión institucional contra la función empresarial y la acción humana”¹⁹.

La descentralización política y económica entraña como consecuencia un mercado más ordenado y eficiente para la creación de capital a través de bienes y servicios que en última instancia aceleran el desarrollo y la riqueza de toda la ciudadanía gracias a que se facilita el rendimiento económico en ausencia de economías intensamente reguladas. Las medidas gubernamentales no deben estar dirigidas a controlar la vida económica sino a garantizar la *igualdad ante la ley* y el respeto irrestricto de la propiedad privada.

¹⁷ Friedman, Milton. y Friedman, Rose. *Libre para Elegir*. p. 14. Disponible en: <https://comunidad.udistrital.edu.co/jruiz/files/2018/10/MILTON-FRIEDMAN-LIBERTAD-DE-ELEGIR.pdf>

¹⁸ Huerta de Soto, Jesús. *Socialismo, Cálculo Económico y Empresarialidad*. Unión Editorial, Madrid, 2002, p. 112.

¹⁹ Huerta de Soto, Jesús. *Ob. Cit.*, p. 150.

A. *Principio favor libertatis*

De acuerdo a este principio, en aquellos casos en los que la Administración cuente con diversas vías para actuar, deberá elegir la alternativa que sea más favorable para el particular. Se trata siempre de que la libertad no se vea afectada. Rafael Badell²⁰ indica que este principio constituye una regla de interpretación conforme a la cual las libertades ciudadanas que no están restringidas deben considerarse permitidas. A partir de ello, los derechos fundamentales deben interpretarse de tal manera que su contenido pueda ser realmente efectivo; mientras que las limitaciones al régimen de libertades deben interpretarse de forma restrictiva.

Sagües, citado por Badell señala que conforme a este principio debe interpretarse en un doble sentido, a saber: (i) las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos fundamentales no deberán ser interpretadas extensivamente, sino, siempre de modo restrictivo; y (ii) su correlato, es decir, que el operador deba interpretar la norma de manera que mejor optimice su ejercicio, pues cada disposición constitucional, como señala Haberle, “está dirigida a la realidad” y, en ese sentido, “está solícita de una interpretación orientada a la efectividad, a la vigencia práctica, material”. Badell también indica que este principio implica que en aquellos casos en que se encuentren en conflicto las libertades individuales y las habilitaciones estatales para intervenir en la esfera jurídica de los ciudadanos siempre deberán prevalecer tales libertades.

Lo que se persigue es afectar mínimamente los derechos fundamentales (especialmente respetar su núcleo esencial para así no desnaturalizarlos) y garantizar que no se interfiera en la libertad económica. Esto último tiene especial relevancia luego de que se despubliquen las actividades asumidas con carácter exclusivo por la Administración Pública. Resulta evidente que esa exclusividad no permite el ejercicio de la libertad de empresa y por ello es tan necesario insistir en la necesidad de que el acento se ponga en la libertad y no en la prohibición.

3. *Otros principios y garantías*

A continuación, repasaremos garantías formales en favor de la iniciativa privada. Nótese que estos principios deben ser especialmente atendidos en relación con la actividad de limitación que la Administración Pública asuma por ley, al exigirse cargas o restricciones, independientemente del fundamento que se alegue, a quienes decidan asumir, a través de su riesgo y valiéndose de su propiedad, habilidades, esfuerzo e ingenio, las tareas que la Administración deje de realizar una vez que se abandone el concepto anacrónico (tradicional) de servicio público que aún predomina en nuestro continente.

A. *Propiedad privada*

Herrera señala que la Administración debería alejarse de la visión paternalista propia del Estado Social y la supuesta garantía de la procura existencial que es un instrumento para la demagogia y el control de los ciudadanos, por lo que más bien se debería “...brindar a éstos igualdad de oportunidades y seguridad jurídica para que sean ellos los que fijen sus propios límites y en libertad asuman el rumbo de su propia vida, limitando al mismo tiempo todo uso abusivo de esa misma libertad por parte de aquellos con más poder de acción”²¹.

²⁰ Badell Madrid, Rafael. *Intervención del Estado en la Economía*. Disponible en: http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2015/BolACPS_2015_154_437-546.pdf

²¹ Herrera Orellana, Luis Alfonso. “Derecho Administrativo y libertad: o de ¿por qué el Derecho Administrativo Venezolano no ha respetado ni promovido la libertad?”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 2. Universidad Monteávila, Caracas 2014, p. 86.

Propiedad privada es sinónimo de libertad, tal y como ha afirmado José Ignacio Hernández “la propiedad privada debe ser analizada, en este sentido, como una manifestación de la libertad general del ciudadano. Esto quiere decir que el fundamento de la propiedad privada es la libertad del ciudadano: sin libertad no hay propiedad, y sin propiedad no hay libertad”²². Respecto a este papel trascendental de la propiedad privada, en favor de la libertad y prosperidad, Eugenio Guerrero y Luis Alfonso Herrera Orellana afirman que es “...una institución fundamental para el desarrollo económico y social, en libertad...”²³ y agregan que “Atentar contra este derecho es, simplemente atentar contra la dignidad y la libertad del individuo”²⁴.

Coincidimos con Andrea Rondón²⁵ en que la propiedad privada es un elemento esencial del Estado de Derecho, puesto que sin propietarios no hay ciudadanos autónomos y que de abolirse la propiedad privada significaría la aniquilación absoluta del Estado de Derecho. Así, esa institución para garantizar la libertad depende de la propiedad, por ello es una parte sustancial de él, cuya importancia radica en que ha generado inclusión, prosperidad y libertades públicas. Recuérdese siempre que la propiedad privada garantiza la separación efectiva entre el poder político y poder económico. Eugenio Guerrero y Luis Alfonso Herrera Orellana²⁶ insisten en la idea de que la división del Poder debe incluir la necesaria separación entre poder político y económico para evitar así el absolutismo económico que caracteriza a los despotismos políticos, lo cual, agregamos nosotros, solo es posible a través del respeto irrestricto de la propiedad privada.

No resulta baladí señalar que actualmente los regímenes totalitarios no suprimen formalmente la libertad o la propiedad privada, pero la mejor forma de aniquilar ambos derechos es limitando excesivamente la libertad económica o a través de la expropiación como mecanismo para no permitir el desarrollo de las libertades individuales. Además, la propiedad privada es el pilar fundamental de un sistema de economía de mercado, pues tal y como reconoce Mises “el mercado en su ausencia se desvanece”²⁷. La propiedad privada es un poderoso incentivo para incrementar y asignar correctamente la producción.

En el Derecho Administrativo usualmente se explica la libertad de empresa de manera aislada, lamentablemente no suele abordarse a partir del derecho de propiedad como núcleo indivisible de esa libertad, es decir, se trata de dos facetas interdependientes entre sí, sin la cual es imposible que un individuo pueda progresar de acuerdo al proyecto de vida que se proponga. En efecto, Castro y Maqueda²⁸ afirman acertadamente que la libertad económica

Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2014/10/DERECHO-ADMINISTRATIVO-Y-LIBERTAD.pdf>

²² Hernández G. José Ignacio. “Breve nota sobre la propiedad privada de las viviendas de la Gran Misión Vivienda Venezuela”, en *Revista de Derecho Público* N° 145-146, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, p. 117.

²³ Guerrero, Eugenio y Herrera Orellana, Luis Alfonso. *La Cultura Política del Fracaso*. Editorial Galipán, Caracas, 2018, p. 189.

²⁴ Guerrero, Eugenio y Herrera Orellana, Luis Alfonso. *Ob. Cit.*, p. 400.

²⁵ Rondón García, Andrea. “La libertad de empresa en Chile. Un ejemplo de desarrollo en el continente”, en *Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 189-232.

²⁶ Guerrero, Eugenio y Herrera Orellana, Luis Alfonso. *Ob. Cit.*, p. 202.

²⁷ Mises, Ludwig. *Ob. Cit.*, p. 991.

²⁸ Castro, Santiago y Maqueda, Santiago. *El Derecho de Propiedad Privada y Libertad Económica*. Disponible en: <https://www.researchgate.net/profile/Santiago-Castro-Videla/publication/13247704>

implica que sin coacción se pueden ejercer los distintos atributos del derecho de propiedad que se es titular, se trata de la faz estática y dinámica del mismo fenómeno jurídico de adquisición, uso, goce y disposición de los derechos de propiedad que ostenta una persona y que carece de sentido ser titular de ese derecho sin poder ejercer las facultades que otorga a través de la libertad económica.

En contraposición a lo que ha sucedido en nuestro continente "...cuanto más protegido sea el derecho de propiedad privada y libertad económica más orden, paz social y riqueza existirá en una sociedad. En efecto, la propiedad privada y libertad económica permiten la formación de los precios y, por ende, el cálculo económico empresarial; esto a su vez permite el ahorro -entendido como la postergación de un bien presente en aras de un mayor bien futuro- que a su vez facilita los distintos proyectos de inversión; y son esos proyectos de inversión los que generan más bienes de producción y de consumo, lo que incrementa la productividad marginal, los salarios reales y el poder adquisitivo del dinero y, por ende, genera una tendencia general a disminuir la escasez y la pobreza"²⁹, de ahí que los límites y principios estudiados aquí deben ser estrictamente observados para evitar la coacción institucional, el intervencionismo, la arbitrariedad y escasez que se deriva de todo colectivismo.

La propiedad privada y la libertad de empresa son facetas de un mismo fenómeno puesto que esto último solo se puede llevar a cabo si se utiliza la propiedad privada o transformándola para que con el ingenio, el esfuerzo y demás atributos se pueda llevar a cabo la actividad lucrativa de nuestra preferencia. Lo anterior es reconocido por José Ignacio Hernández, quien al referirse a la ausencia de títulos de propiedad a los beneficiarios de la Misión Vivienda en Venezuela (programa social de *adjudicación* de viviendas) señala lo siguiente: "pareciera así que para la Sala es inconstitucional que las familias aspiren a salir de la pobreza empleando para ello la vivienda que le ha sido asignada y su propio emprendimiento"³⁰. No se puede pensar en propiedad, iniciativa privada y omitir, además, la importancia del libre mercado y la libre competencia.

La libre competencia es un principio económico basado en la ley de la oferta y la demanda que regulan por sí solos el mercado, es decir, "...significa un proceso dinámico de rivalidad entre empresarios que, más que vender a precios dados, lo que hacen continuamente es tomar decisiones y emprender nuevas acciones en intercambios que generan y crean nueva información que se plasma o materializa constantemente en nuevos precios de mercado"³¹.

Particularmente la libre competencia se produce cuando la iniciativa privada, en conjunción con esos indicativos económicos, determinan la situación de equilibrio en el mercado. Concretamente es una situación en donde cualquier persona o empresa es libre de participar en una determinada actividad económica, sin que se deban exigir permisos previos u requisitos y que generalmente se establecen a través de la ley afectando la libertad en una supuesta protección del mercado.

El libre mercado no exige que el Estado actúe como agente económico o como un regulador de éste a través de órdenes o subvenciones. Al contrario, el mercado se beneficia en

24 [El derecho de propiedad privada y libertad económica/links/5fbea996a6fdcc6cc668e612/El-derecho-de-propiedad-privada-y-libertad-economica.pdf?origin=publication_detail](https://www.derecho-publico.com/El-derecho-de-propiedad-privada-y-libertad-economica.pdf?origin=publication_detail)

²⁹ Castro, Santiago y Maqueda, Santiago. *Ob. Cit.*, p. 93.

³⁰ Hernández G. José Ignacio. "Breve nota sobre la propiedad privada de las viviendas de la Gran Misión Vivienda Venezuela", en *Revista de Derecho Público N° 145-146*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, p. 118

³¹ Huerta de Soto, Jesús. *Ob. Cit.*, p. 190.

favor de los individuos y en última instancia de progreso económico colectivo si el Estado se abstiene de participar por cualquier vía en él. Lo que concretamente señala Rallo en relación a este punto es lo siguiente:

“En el fondo, las condiciones que favorecen que las empresas prosperen y se desarrollen en una economía libre son bastantes simples y no tienen nada que ver con las subvenciones y los privilegios estatales: seguridad jurídica que garantice la propiedad privada y el cumplimiento de los contratos; pocas regulaciones que permitan un alto grado de flexibilidad y autonomía a la hora de desarrollar los planes de negocio; abundancia de ahorro y de capitales para poder financiar las nuevas ideas empresariales; bajos impuestos que no arrebaten a accionistas y empresarios la riqueza que están generando; amplitud de mercados en los que comercializar sus mercancías...”³².

Cónsono con lo anterior, para finalizar este apartado, Antonio Canova³³ afirma que de no desconocerse las garantías de la propiedad privada y de los derechos económicos existirá un incentivo adecuado para superar la pobreza, pues mientras más personas estén en capacidad de generar riquezas, aumentará la calidad de vida de ellos mismos, lo que en definitiva terminará significando el crecimiento económico sostenido de toda la sociedad en su conjunto, de ahí la importancia de garantizar y favorecer la propiedad privada y la libertad de empresa.

B. *Reserva legal*

La potestad normativa de la Administración económica se traduce en la competencia atribuida por el Poder Legislativo para establecer “reglas” reguladoras de la actividad económica, por lo que solo el legislador puede regular materias relacionadas con derechos y garantías constitucionales y nunca a través de la técnica de *legislación delegada*.

Tradicionalmente se ha asumido que la libertad económica no se establece como absoluta, sino que está sometida a las limitaciones previstas en la Constitución y la ley³⁴. Estableciéndose por tanto una garantía constitucional fundamental consistente en la reserva legal respecto a las limitaciones de la misma. Cualquier limitación que se pretenda realizar al ejercicio de ese derecho debe necesariamente estar contemplada en la ley. Es por ello que se ha sostenido que la ley debe establecer con claridad “el contenido básico de la limitación que podrá adoptar la Administración económica”³⁵, de manera que más importante aún - agregamos nosotros- no se entienda como arbitraria, desproporcionada y que atente contra la libertad como núcleo esencial del comportamiento humano.

La reserva legal es, ante todo, una garantía jurídica de la libertad económica frente a la Administración, desde que corresponde al legislador exclusivamente delimitar el ámbito dentro del cual la Administración desplegará su potestad de limitación respecto a las actividades económicas de los particulares. El derecho constitucional a la libertad económica debe ser entendido como el derecho que tienen los ciudadanos a que nadie los obligue a realizar o dejar de hacer la actividad lucrativa de su preferencia o que dirijan intensamente su actividad

³² Rallo, Juan Ramón. *Ob. Cit.*, p. 119.

³³ Canova, Antonio. “El papel de la propiedad privada en el derecho” en *Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 21-70.

³⁴ *Vid.*: Brewer-Carías, Allan. “Reflexiones sobre la Constitución económica” en *Revista de Derecho Público* N° 43. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, p. 11.

³⁵ Hernández González, José Ignacio. “La Constitución económica y los decretos Leyes dictados en ejecución de la ley Habilitante 2013” en *Revista de Derecho Público* N° 140. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 197.

de manera injustificada y únicamente solo podría realizarse esa intervención indirecta del Estado en la economía de manera temporal y excepcional con base en criterios económicos objetivos. Especialmente cuando se asuman actividades que la Administración debe abandonar una vez que se realice la despublicación que exige dejar de prestar los servicios públicos de forma tradicional (exclusividad y reserva).

Lo anterior ha sido entendido de manera concreta por la Sala Político Administrativa mediante la sentencia del 20 de julio de 1996 (caso: Air France), mediante la cual se afirmó lo siguiente:

“El derecho constitucional a la libertad económica debe ser entendido como el derecho que tienen los particulares que nadie podrá obligarlos o forzarlos, en contra de sus voluntades, a realizar una determinada y específica actividad profesional, comercial o industrial -salvo que la Constitución o leyes dispongan en casos excepcionales lo contrario- o en todo caso, como garantía de que no podrá nadie imponerle, arbitrariamente -es decir fuera del contexto de la Constitución y las leyes- limitaciones a la operación lucrativa de su preferencia”.

La reserva legal exige que no exista una remisión en blanco o deslegalización, por lo que no es permitido a la ley remitir abiertamente a la Administración el desarrollo normativo de la limitación económica que se pretende imponer. Es por ello que alertamos respecto a la constante intervención administrativa que matiza y viola en muchos casos el principio de reserva legal debido a que suele alegarse para permitir ello una supuesta menor capacidad técnica del legislador y la constante mutabilidad de las realidades económicas, por lo que el legislador tiende a renunciar a dictar normas directamente operativas en materia económicas y se limita a establecer directrices generales sobre materias determinadas³⁶, vale decir, termina renunciando a su actividad principal, cual es, dictar *normas generales y abstractas*.

Es importante que el legislador atienda a las relaciones humanas, en lugar de imponer insistentemente normas para dirigir y organizar, a su parecer, la vida social y mucho menos se debe *delegar* esa competencia a la Administración. Es necesario que tome en cuenta que la verdadera función de la ley y la Constitución es y debe ser limitar al poder, favorecer los derechos individuales frente a ataques de terceros y la evolución del comportamiento de las personas dentro de la cooperación social, de ahí que más bien el legislador debería asumir un rol limitado para favorecer la propiedad privada y las libertades. Al respecto, resulta importante la postura de Bastiat sobre este asunto:

“No es cierto que el legislador tenga sobre nuestras personas y nuestras propiedades un poder absoluto, puesto que son anteriores a la ley, y la labor de ésta consiste en rodearlas de garantías.

No es cierto que la ley tenga por misión regir nuestras conciencias, nuestras ideas, nuestras voluntades, nuestra instrucción, nuestros sentimientos, nuestros trabajos, nuestros intercambios, nuestros dones, nuestras alegrías. Su misión consiste en impedir que en cualquiera de estas materias el derecho de uno usurpe el derecho de otro.

(...)

¿Cuáles son los pueblos más felices, más morales, más pacíficos? Aquellos en los que la ley interviene lo menos posible en la actividad privada, en los que el gobierno menos se deja sentir, en los que la individualidad tiene más cancha (...) en los que las transacciones, las

³⁶ Urosa Maggi, Daniela. “La Inactividad Reglamentaria de la Administración Económica” en *Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*, Tomo I, Fundación de Estudios de Derecho Administrativos, FUNEDA, Caracas, 2005, p. 141.

convenciones y las asociaciones tropiezan con menos trabas; (...) En una palabra, aquellos que más se acercan a esta solución: en los límites del derecho, todo por la libre y perfectible espontaneidad del hombre; nada por la ley y por la fuerza...”³⁷.

C. Principio de Proporcionalidad

Siguiendo a Barnes, este principio persigue que la intervención pública sea susceptible de alcanzar la finalidad perseguida necesaria o imprescindible cuando no exista una medida menos restrictiva de la libertad de los ciudadanos, es decir, se trata de que se elija la medida que signifique la mínima intervención y que a su vez sea proporcional en estricto sentido, lo cual quiere decir que sea ponderada o equilibrada, lo que a la postre redundará en más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre derechos y libertades³⁸.

En concreto, la intervención y las medidas que se tomen deben ser adecuadas al fin para el que se dictan, por lo que se debe evitar limitar excesivamente el ejercicio de derechos individuales o exigir requisitos para el desarrollo de una actividad sin justificación alguna respecto a los fines que se pretenden alcanzar.

La proporcionalidad supone la existencia de tres principios, a saber: (i) principio de idoneidad, según el cual la acción estatal debe tener un cierto grado de eficacia con respecto a la consecución del fin; (ii) principio de la necesidad, que sugiere la ausencia de una alternativa menos gravosa e igualmente eficaz; y (iii) la proporcionalidad en sentido estricto que persigue proteger el bien correspondiente en relación con el sacrificio sufrido por la posición jurídica subjetiva que se verá afectada.

D. Interpretación restrictiva

Al ser la libertad económica una derivación del principio general de libertad, todas las restricciones que se impongan a ese derecho deben ser expresas, además, deben ser interpretadas restrictivamente. El capital que genera la iniciativa privada se nutre de las preferencias en el mercado de cómo los consumidores valoran los bienes o servicios que ofrecen, de manera que no es correcto arrebatarle al ciudadano ese poder y que descansa, en su lugar, en las medidas regulatorias de cualquier especie, bajo cualquier pretexto, que afectarán una mayor eficiencia de lo que la libre empresa pueda generar, con ello se trastoca la real voluntad de las personas y el dinamismo del mercado.

Las regulaciones limitan la libertad y el ámbito de acción de los individuos. En general, desvirtúa la función normal y natural de los ciudadanos y el mercado, esto es, la cooperación humana y la iniciativa privada de la más organizada sociedad civil. Muchas actividades y sectores corroboran esta forma de actuar del Estado que cada día se expande indebidamente más. Lo que está en juego es la libertad individual, así el Poder deja de estar subordinado a las personas y se convierte en un auténtico leviatán.

Una interpretación errada de las potestades administrativas conduce inexorablemente a desalentar la producción privada, distorsionar el mercado y generar una aceleración y elevación en el gasto público que se nutre de los impuestos, paradójicamente, de quienes crean riqueza a través de la iniciativa privada, generando a su vez inflación, convirtiendo a los controles, limitaciones estatales y regulaciones en un juego sin fin para atacar esos males creados generalmente por el mismo Estado en su afán de dirigir la economía.

³⁷ Bastiat, Frédéric. *La Ley*. Unión Editorial, Madrid, 2004, p. 130 y 133.

³⁸ Barnes, Javier. “Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario” en *Revista de la Administración Pública* N° 135, 1994, p. 495.

Las decisiones que se tomen deben servir con objetividad a las personas y no bajo un móvil político³⁹, siempre deben obedecer a las reglas de la *economía* y del libre mercado, no se deben malinterpretar las potestades administrativas con fines distintos al desarrollo y crecimiento sostenido de la economía del país y de la ciudadanía en su conjunto, de ahí la trascendencia esencial de este principio. La libertad siempre estará en conflicto con fines y normas impuestas distintos a ella misma, independientemente del pretexto que se alegue para que el Estado regule y planifique la actividad económica de los ciudadanos.

De ese modo, la interpretación de las normas que permiten a la Administración actuar sobre la esfera de los particulares y, concretamente, con respecto a la limitación de la libertad económica, deben ser interpretadas de manera tal que la libertad sea la regla y no una excepción, es decir, la interpretación que realiza la Administración siempre debe velar por afectar lo mínimo posible esa libertad, de modo que no se desconozca su núcleo esencial, lo cual constituye a su vez otro límite material que se analizará de seguidas.

E. *Contenido esencial*

Jesús María Casal indica que el contenido esencial es un último reducto del derecho que no puede ser afectado ni restringido por los Poderes Públicos. Esa garantía puede ser invocada para rechazar limitaciones legales excesivas. Ese autor apunta que la falta de claridad sobre el significado exacto de esta garantía es preferible invocar el principio de proporcionalidad como herramienta útil para controlar la justificación material de las restricciones de los derechos fundamentales. Sobre el principio de proporcionalidad indica que ésta, como garantía material, debe ser entendida en sus tres vertientes: idoneidad, estricta necesidad y proporcionalidad en estricto sentido⁴⁰.

El contenido esencial respecto a cualquier derecho se refiere a las facultades que como mínimo deben respetarse para que el derecho sea reconocible, tal y como lo ha señalado la Sala Constitucional en la sentencia N° 1140 del 15 de mayo de 2003 (caso: *Cervecería Nacional*). También el Tribunal Constitucional español en la sentencia 11/1981 del 08 de abril señaló que el contenido esencial de un derecho está constituido por “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo (y) todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”.

Esta garantía exige que las limitaciones que se pretendan sobre cualquier derecho no afecten los atributos básicos que conforman su núcleo duro, tal y como fueron recogidos en la Constitución. En el caso de la libertad de empresa su núcleo esencial es la autonomía, lo cual no debe confundirse con sus atributos (libertad de entrada, permanencia y salida del mercado). Así, el legislador o la Administración no debe adoptar medidas que hagan irreconocible ese derecho y la autonomía de qué y cómo producir o sobre la actuación de la iniciativa privada como prestador de servicios.

La Sala Constitucional en sentencia N° 2341 del 01 de octubre de 2003 (caso: *inversiones Parkimundo, C.A.*) afirmó que “...el contenido esencial de la libertad de empresa se afectará cuando la Administración adopte medidas de ordenación y limitación que implique

³⁹ General y lamentablemente el móvil del Estado para actuar se encuentra en el terreno de lo *político* y lo que podría agrandar más a una enorme masa de votantes. Esa masa de votantes puede ser denominada como “grupos de interés” (*vid.*: Boetter, Peter y Rogers, Douglas, *Ob. Cit.*, p. 48 y 49).

⁴⁰ Casal, Jesús María. *Los Derechos Humanos y su Protección*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 136 y 138.

su desnaturalización en tanto derecho fundamental”, de manera que en el caso de la libertad económica el contenido esencial del derecho se desnaturalizará cuando la iniciativa privada deje de ejercerse de acuerdo con su núcleo esencial (autonomía).

Es importante destacar y hacer énfasis que la libertad de empresa implica determinar autónomamente los objetivos y decidir todo lo relacionado con el desarrollo de la actividad y con el lícito fin de obtener un lucro, de manera que imponer límites irracionales, sin atender a criterios económicos objetivos y de manera temporal y excepcional o incluso interfiriendo en las ganancias (a través de controles de precios) desconoce su contenido esencial.

Las intensas regulaciones que el Estado suele imponer a la actividad empresarial de los particulares terminan desconociendo esta garantía, ya que la autonomía es “rebasada” y la libertad ya no es tal, pues la legislación o las limitaciones administrativas la coloca en un estado en que su ejercicio termina siendo una excepción y esto afecta al común de la ciudadanía y a su libertad de elegir entre varias y diversas opciones, lo cual es relevante si se adopta la visión aquí propuesta de eliminar el carácter exclusivo de los servicios públicos, de manera que a través del mercado se satisfagan las múltiples demandas de las personas.

4. *Reflexión final*

El eje central de este trabajo es el de meditar sobre la necesidad de despublificar y desregularizar aquellas actividades prestacionales reservadas con exclusividad -por ley- a la Administración Pública, de manera que exista un libre intercambio de bienes y servicios bajo un régimen de libre empresa y libre mercado. Hemos expuesto límites y garantías que a nuestro criterio deben ser acogidos por todos los países de nuestra región para generar riqueza a toda la sociedad en su conjunto. Tómese en cuenta, por ejemplo, el caso de Suecia en el que varios servicios se han abierto a la libre competencia “alejados de la estatización” como bien ha quedado ilustrado en la obra de Mauricio Rojas⁴¹, pues en ese país se hizo énfasis en instituciones que promueven el incentivo y no la extracción, cuestión que facilita el desarrollo y la libertad, pues ese tipo de instituciones indudablemente fomentan el crecimiento económico de toda la sociedad.

La libertad para elegir entre diversas opciones es una garantía y un derecho de la ciudadanía que se ve negado cuando la Administración asume con carácter de reserva y exclusividad las actividades declaradas como servicio público, bajo el viejo dogma y noción que aún impera en nuestra región que solo ha significado en que las personas únicamente cuenten con servicios ineficientes prestados por la Administración a costa de los tributos impuestos. En concreto, las sociedades libres dan a sus ciudadanos libertad para elegir sus propias opciones y para crear valor mediante el intercambio voluntario que se desprende del libre mercado.

Creemos que abrir los servicios públicos a las reglas del mercado y la libre competencia solo traerá beneficios a los ciudadanos, quienes tendrán libertad de elegir entre una amplia gama de aquellos que se dediquen a la iniciativa privada, a través de su riesgo y valiéndose de su propiedad, habilidades, esfuerzo e ingenio, las tareas que la Administración deje de realizar una vez que se abandone el concepto tradicional de servicio público que predomina en América Latina. Para lograr ello es preciso el respeto irrestricto de los principios aquí expuestos, de manera tal que la seguridad jurídica ofrezca la confianza necesaria a quienes decidan dedicarse a realizar las actividades que se despubliquen y desregularicen.

⁴¹ Rojas, Mauricio. *Suecia Después del Modelo Sueco. Del Estado Benefactor al Estado Posibilitador*. Centro para la Apertura y el Desarrollo de América Latina, Buenos Aires, 2005.

La tradicional clasificación de la actividad administrativa se puede reconducir y simplificar en dos (actividad de prestación y actividad de limitación), de manera que el principio de subsidiariedad es un coto a la actividad de prestación y así esta solo existirá como *ultima ratio*, lo cual permitirá una verdadera libre competencia, de manera que esa intervención directa del Estado en la economía pueda realizarse únicamente en dos supuestos, a saber: (i) que no exista iniciativa privada; o (ii) que ésta sea insuficiente, pero solo si es estrictamente necesario en favor del ciudadano. Un Estado reducido promueve e incentiva el progreso y la libertad en tanto que la generación de riqueza solo dependerá de la empresa privada en beneficio evidente de la sociedad en su conjunto. Estimamos como necesario que este principio sea de rango constitucional como en el Perú.

Hemos señalado que -en nuestro criterio- bajo este principio se debe acudir a las Alianzas Público-Privadas cuando el Estado deba intervenir y así alcanzar un grado mayor de eficiencia a más bajo costos y tributos como ha quedado absolutamente evidenciado en la Comunidad Autónoma de Madrid.

El resto de los límites expuestos son un dique de contención esencial para la actividad reguladora del Estado (intervención indirecta de la economía) para que, independientemente del supuesto que se alegue, no se rebase la libre empresa y el libre mercado. Siempre se debe ajustar la actividad de limitación que se despliegue (excepcional y temporalmente) a lo razonable (sin afectar el núcleo de la libertad) y que esté avalado por un estudio económico auditable y en el que se permita la participación de todos los sectores interesados como presupuesto de la buena Administración y la *buena gobernanza*. La transparencia y garantía del derecho humano de acceso a la información es fundamental para limitar a la Administración⁴².

El objeto de este ensayo es enfatizar que es necesario replantear la noción tradicional de servicio público con el objeto de garantizar el intercambio voluntario de bienes y servicios para satisfacer las reales expectativas de las personas (en condiciones de calidad óptimas), según sus gustos, preferencias y posibilidades, en un régimen de libre mercado y a través de un proceso de cooperación humana.

Creemos que hoy en día esta discusión está más vigente que nunca en nuestro continente. No tenemos duda que la iniciativa privada siempre será más eficiente que el Estado en comprender y atender la información dispersa en relación con esas preferencias y posibilidades y ello ha sido evidenciando según la particular visión de cada autor consultado. Para que esto sea una realidad es necesario contar con cada uno de los principios desarrollados en este trabajo que avalan al libre mercado como un mecanismo más idóneo para prestar servicios de calidad, de lo que se trata es de un cambio de paradigma y de visión (estatista).

⁴² *Vid.*: Reverón Boulton, Carlos. “El derecho de acceso a la información: Opacidad, corrupción y violación de derechos humanos en Venezuela” en *Revista de Derecho Público N° 161-162*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020, pp. 169-189.