

La actividad administrativa de limitación en una economía social de mercado

Luis Alfonso HERRERA ORELLANA*

Mayerlin MATHEUS HIDALGO**

SUMARIO: Introducción 1. Las actividades administrativas: su importancia en un sistema de economía social de mercado 2. La actividad de limitación: potestades y límites jurídicos de dicha actividad 3. La desnaturalización de la actividad de limitación en Venezuela 3.1. La actividad administrativa de limitación en materia de acceso a medicamentos (derecho a la salud) 3.2. La actividad de limitación en materia de acceso a alimentos (derecho a la alimentación). Conclusiones y reflexión final

Introducción

Es motivo de honra y satisfacción para quienes suscriben estas líneas, el participar en este merecido homenaje al profesor José PEÑA SOLÍS, en especial por sus valiosos aportes doctrinales, dentro del conjunto de su producción intelectual, dedicados a los estudiantes de los cursos de Derecho Administrativo de las Facultades jurídicas del país, y que consta en artículos, ensayos, monografías y en manuales, tanto de esta rama del Derecho como del Derecho Constitucional.

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado; Profesor de Derecho Administrativo. Director de la Asociación Civil Un Estado de Derecho.

** **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogada; tesista en la especialización de Derecho Administrativo. Investigadora de la Asociación Civil Un Estado de Derecho.

Varios de esos aportes fueron de mucha utilidad para los autores durante sus estudios de pre- y postgrado, y lo continúan siendo en sus actividades docentes.

Ello así gracias a que ensayos, tales como *El principio de legalidad y la discrecionalidad administrativa*, publicado por la Contraloría General de la República, los volúmenes de *Lineamientos de Derecho Administrativo*, publicados por la Universidad Central de Venezuela, y desde luego el *Manual de Derecho Administrativo*, publicado en tres volúmenes, inicialmente por el Tribunal Supremo de Justicia, no solo contienen tesis, puntos de vista, enfoques, análisis del Derecho Comparado y referencias a la doctrina extranjera que enriquecen y facilitan el conocimiento de las diferentes instituciones, figuras y principios del Derecho Administrativo, sino que siguen un método de exposición que se puede denominar dialéctico, o dialógico acaso es más exacto, dado que sobre cada tema a estudiar se exponen diversas aproximaciones, incluida la del autor, para que pueda el lector comprender los problemas, debates y posibles soluciones que se plantean en cada asunto.

De este modo, contribuye en sus obras el profesor PEÑA SOLÍS a que los estudiantes, y luego los juristas, comprendan que el Derecho es problemático, argumentativo y dialógico, y en ningún caso un discurso prefabricado, explicativo y monótono, de modo que siempre la interpretación sobre la base de teorías, enfoques o escuelas del pensamiento jurídico, en este caso del Derecho Público, es necesaria al momento de construir y desarrollar fórmulas para resolver las controversias jurídicas que involucran, en esta área, a los particulares y a la Administración.

Indicado lo anterior, y siguiendo entonces la enseñanza del apreciado profesor PEÑA SOLÍS al momento de efectuar análisis jurídicos con enfoque dialógico y argumentativo, en esta contribución se describe en forma general, y problematiza la comprensión dominante en Venezuela, a nivel doctrinario e institucional, de las actividades administrativas, en especial de la actividad llamada de «policía administrativa», o denominada de «ordenación» o «actividad de limitación», esto con el propósito de describir, en líneas generales, cómo es, o sería, el rol de la Administración Pública en esta específica actividad,

si se adoptara efectivamente en el país un sistema de economía social de mercado como el que rige en toda Alemania, tras su reunificación en un solo Estado, en 1989.

Para ello, el trabajo se divide en tres partes, que tratan: En primer lugar, sobre las actividades administrativas en general, y en particular de cómo son concebidas ellas en un sistema de economía social de mercado en el que la propiedad privada, la libertad económica, los contratos voluntarios y la competencia son las instituciones esenciales para la generación de riqueza –bienes y servicios–; en segundo lugar, de la actividad de limitación en particular, de cómo ella es entendida actualmente por parte de la doctrina nacional y cómo tendrían que entenderse las potestades y actuaciones mediante las cuales la Administración la desarrolla –pues no es necesario que se elimine o se prohíban– en un sistema de economía social de mercado; en tercer lugar, cómo en Venezuela durante los últimos años la actividad de limitación se ha desnaturalizado por completo, y se ha convertido en un instrumento de coacción arbitraria, persecución, discriminación y saqueo por parte del Gobierno nacional –se examinan dos ejemplos de esta situación, en materia de alimentos y medicamentos–. Finalmente, se ofrecen algunas conclusiones y recomendaciones, de cara a las futuras reformas que urge adoptar en materia de actividades de la Administración.

1. Las actividades administrativas: su importancia en un sistema de economía social de mercado

Dado que en Venezuela no rige, ni ha regido nunca en nuestro criterio –al menos no desde la instauración de la República democrática en 1958–, el sistema de economía social de mercado, sino que rige, y ha regido, en mayor o menor medida el sistema de planificación central de la economía o de intervencionismo estatal sin reconocimiento del principio de subsidiariedad –en el que los derechos económicos de los particulares son controlados por el Gobierno central–, los especialistas en Derecho Público venezolano juzgan en general que todas las actividades administrativas que lleva a cabo la Administración Pública, por así permitirlo la legislación, como son la de limitación,

la de prestación de servicios¹, la de fomento² y la de gestión económica³, tienen la misma importancia y legitimidad jurídica y económica, y hasta sostienen que es la actividad de prestación, en el marco del Estado social, la que mayor importancia tendría actualmente, ya que la satisfacción de los derechos sociales es quizá la más importante finalidad que en esta perspectiva se asigna al Gobierno central de países con tal visión, por demás romántica y poco realista, del poder.

¹ Sobre esta actividad, nuestro homenajeado ha señalado: «... el servicio público puede ser definido como la actividad administrativa de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, previamente calificada como tal, por un instrumento legal, realizada directa o indirectamente por la Administración Pública, y por tanto sujeta a un régimen de Derecho Público», PEÑA SOLÍS, José: *Manual de Derecho Administrativo*. Vol. III. TSJ. Caracas, 2009, p. 328.

² En cuanto a esta actividad, el profesor PEÑA SOLÍS: ob. cit., pp. 255 y 256, ha indicado: «... es necesario reiterar que si bien la conceptualización del fomento como una de las categorías fundamentales de la actividad administrativa es reciente, su existencia como tal es de antigua data (...) Sin embargo, el perfeccionamiento gradual del Estado de Derecho (...) ha originado un cambio significativo en la percepción que se tenía acerca de esta actividad, disparándose así los mecanismos institucionales conducentes al diseño e implementación de una disciplina jurídica sobre la actividad administrativa de fomento con la finalidad de intentar reconducirla a la esfera del principio de legalidad».

³ Con relación a la gestión económica estatal, en el marco de una «economía mixta», el autor homenajeado ha explicado: «... el texto constitucional de 1999 traza un sistema económico de economía mixta en la modalidad de economía social de mercado del cual se desprende el predominio de la intervención en la economía del Estado, sobre el libre mercado lo que no obsta para transitar la vía de la interpretación contextual afincada en el sistema de economía mixta, que subyace lógicamente al modelo de economía social de mercado, y propugnar en determinado momento la primacía del mercado esto es, el pleno desenvolvimiento de la libertad económica en un marco de libre competencia, y en definitiva de un mercado abierto. Pero para ello se requiere necesariamente dado el contenido sustantivo de las normas constitucionales económicas –insistimos– el referido consenso de las fuerzas sociales», «A la luz de esa tesis interpretativa derivada de los artículos 142 y 300 de la Constitución, es posible concluir que ha reducido significativamente el ámbito subjetivo de la concepción de empresa pública pues solo entrarían en esa categoría aquellos entes estatales privados que realicen actividades empresariales quedando excluida de la misma los entes estatales privados cuyo cometido sea realizar actividades sociales, y los institutos autónomos independientemente de su objeto», PEÑA SOLÍS: ob. cit., pp. 589, 590 y 644.

Pero tal perspectiva nos resulta equivocada en varios sentidos, siendo el más evidente de todos el que la moderna Administración Pública no surgió para sustituir al sector privado en la producción de bienes y servicios para satisfacer mediante intercambios libres las más diversas necesidades de los seres humanos –sustitución que no puede hacer, dado que los funcionarios no tienen en general las cualidades de los emprendedores, empresarios e inversionistas, siendo otras las capacidades que de ellos se espera en todo caso–, ni para destinar recursos públicos de forma principal a financiar actividades privadas por mucho beneficio social que puedan generar –ya que bastantes recursos se requiere para ejercer las funciones estatales básicas con la eficiencia y eficacia exigidas–, ni tampoco para crear unas tras otras empresas y más empresas estatales, mediante el ejercicio ideológico o populista de la potestad organizativa, ya que el Gobierno nacional no es «propietario» de los recursos públicos que destina a esas fallidas iniciativas empresariales estatales, ni estas, al menos en Venezuela, son eficientes, competitivas, están libres de corrupción y satisfacen mejor que el sector privado necesidades de los consumidores y usuarios.

En realidad, se creó u orientó dicha organización administrativa a ejercer ciertas potestades –normativa, sancionatoria, de ordenación, expropiatoria, discrecional, de autotutela, etc.– que la ley democrática le asigna para hacer cumplir a los particulares límites, obligaciones, requisitos y contribuciones que esa misma ley establece a estos, así como a tomar medidas ejecutivas y ejecutorias cuando ello procede para asegurar ese cumplimiento de la ley. De modo que la actividad que sigue siendo la más importante, por ser la que a la fecha sigue justificando la existencia misma de la Administración Pública, y por ser insustituible en general por los particulares –que solo en ciertos casos, mediante contrato de concesión, pueden sustituir parcial y temporalmente a la Administración–, es la actividad de limitación y las restantes, de prestación, de fomento y de gestión, en especial esta última, deberían ser siempre secundarias en importancia y subsidiarias respecto de la actividad económica de los particulares, ya que la actividad de limitación es indispensable justamente para que, entre otras cosas, haya un funcionamiento apropiado y productivo de la economía, y su efectiva y eficaz aplicación requiere de ingentes cantidades de recursos, organismos

y de funcionarios, que requieren de experticia y capacitación técnica en las más diversas áreas, así como adecuada remuneración por sus servicios, nada de lo cual será posible si, al mismo tiempo, se destinan, sin rendición de cuentas ni análisis costos beneficios, recursos públicos a servicios fallidos, innecesarios, ineficientes, corruptos o de baja o nula calidad, subsidios basados en discriminaciones, sin justificaciones objetivas, y en empresas estatales que solo sirven para repartir privilegios y hacer propaganda electoral.

Lo anterior, desde luego, se entiende mucho más claramente en sistemas económicos que siguen el denominado *ordoliberalismo alemán*, filosofía de la cual deriva el sistema de economía social de mercado, en el cual, de las cuatro actividades administrativas tradicionales, es la de limitación la que conserva su importancia primaria, e incluso hasta se potencia, mientras que las otras tres, prestación de servicios, fomento y gestión económica –en especial esta última– pasan a ser menos importante y, en general, subsidiarias de la iniciativa privada, no por imposición ideológica, sino por un más eficiente manejo de los recursos públicos, siempre escasos, y por un mejor aprovechamiento de capacidades, innovaciones y solidaridad del sector privado.

Ahora bien, ¿qué entender entonces por economía social de mercado? ¿En verdad se trata de una «economía mixta» que combina al socialismo con el capitalismo? ¿O más bien se trata de un sistema en el que predomina la economía de mercado regida por instituciones que garantizan las mayores ventajas sociales?

El economista CASANOVA, en reciente libro, nos ofrece una respuesta muy precisa:

Dados sus fundamentos éticos, la economía social de mercado se interroga sobre el ordenamiento institucional más adecuado para el sistema económico. Su respuesta se basa ante todo, en la evidencia histórica. Solo las economías de mercado han sido compatibles con la libertad de las personas y han permitido, por tanto, el despliegue de su capacidad creadora y de su espíritu emprendedor (...) Pero –he aquí, de nuevo, una muestra de equilibrio– no es cualquier economía de mercado de la que se habla. Se trata de una economía en la que exista la mayor competencia posible entre los

agentes económicos o, lo que es igual, en la que no existan monopolios ni carteles. El mercado competitivo no es equivalente al mercado del «dejad hacer» en el cual el Estado tiene mínima intervención. Una economía competitiva requiere de un ordenamiento institucional que la regule, así como de eventuales intervenciones gubernamentales, conforme a la lógica del sistema de precios. Algo así como «una intervención liberal», para decirlo en los términos paradójicos que utilizaron algunos de los fundadores de la economía social de mercado⁴.

Según lo anterior, es errado, en términos conceptuales, equiparar el sistema de economía social de mercado a una «economía mixta», pues aquella no es una «fusión» de capitalismo y socialismo –términos, por lo general, mal interpretados por los juristas, que en lugar de apoyarse en doctrina económica reconocida, se basan en teorías políticas y sociológicas que definen esos términos desde posturas ideológicas que aspiran ejercer el poder–, sino un orden no planificado, que es resultado de reconocer principios y reglas derivados de la «acción humana» con fines económicos, y que garantizan los derechos de propiedad y libertad económica bajo competencia entre los agentes económicos, en el que la producción masiva de bienes y servicios por medio de procesos industriales y tecnológicos para generar, acumular y reinvertir renta –capitalismo– es solo un modo de producción legítimo –por demás, el más eficiente y eficaz para satisfacer necesidades humanas–, pero no la base fundamental de este orden económico, que son la propiedad, la libertad empresarial y la limitación del poder mediante el imperio del Estado de Derecho.

Por otro lado, esa mínima intervención, o intervención liberal de la que habla CASANOVA, es justamente la que tiene que efectuar la Administración a través de la actividad de limitación, mientras que las demás actividades, en general costosas, ineficientes, fuentes de corrupción y de mala calidad, en el caso de las actividades de prestación y fomento, se deben reducir a las que son esenciales para garantizar el acceso a quienes menos recursos tienen –en educación, salud, etc.– a ciertos servicios y recursos para poder desarrollar actividades

⁴ CASANOVA, Roberto: *Libertad, emprendimiento y solidaridad. 10 lecciones sobre economía social de mercado*. Editorial Alfa. Caracas, 2015, pp. 44 y 45.

de beneficio general –cultura, capacitación, deportes, etc.– y no puedan ser ofrecidos por el sector privado, en tanto que la de gestión económica debería ser prácticamente excepcional, y solo en aquellas áreas en que se justifique y sea sostenible que el sector estatal compita con el sector privado, o lo supla ante su ausencia absoluta por falta de incentivos.

Bajo esta perspectiva, las actividades de prestación, de fomento y de gestión económica deben replantearse como actividades administrativas fundamentales de la Administración y comenzar a considerarse como actividades que deben desarrollarse desde la perspectiva de la subsidiariedad de la acción estatal en la economía, no solo para contribuir con el ejercicio eficaz y eficiente de la actividad administrativa de limitación, sino por la seguridad y la libertad de las personas, y la satisfacción de sus derechos económicos y «sociales».

En el caso de Alemania, también se ha definido a la economía social en el sentido expuesto por CASANOVA, pero desde un punto de vista jurídico, como lo muestra esta cita de LAMPERT:

El atributo de «social» pretende expresar: i. Que la economía de mercado tiene carácter social ya simplemente en virtud de su capacidad de rendimiento económico, de creación de los presupuestos económicos de un «bienestar para todos» y de garantía de los hechos de libertad económica, cuyos límites se sitúan en los derechos de terceros. ii. Que debe limitarse la libertad de mercado, por razones sociales, dondequiera surge el peligro de que se produzcan resultados socialmente indeseables o que deben corregirse los resultados de un proceso económico libre si no están socialmente a la altura de los conceptos de valor de la sociedad⁵.

Es necesario, por tanto, revisar críticamente en nuestro Derecho Administrativo puntos de vista sobre la actividad de fomento como el siguiente:

⁵ LAMPERT, Heinz: *El orden económico y social de la República Federal de Alemania*. Unión Editorial. Madrid, 1990, p. 88.

... al lado de la acción regulatoria, también la actividad de la Administración Pública se proyecta en una «acción de fomento» (...) donde el Estado ya no utiliza su poder de coacción, su poder de ordenar o de someter a los particulares, sino que actúa siempre desde afuera y sin carácter coactivo, para lo cual acude en este caso a otras vías, pues lo que se pretende es influir en un área social o económica específica (...) para imprimir en ellas un sentido u orientación determinadas, ya que el Gobierno, la Administración Pública no deben tener vía libre para imprimir un sentido u orientar las actividades de los particulares de forma discrecional⁶.

Del mismo modo, la ficción del Gobierno productor de todo tipo de bienes y servicios debe revisarse y superarse⁷, pues esa idea, insistimos, carece de base en conocimiento económico científico, y está divorciada de lo que informan índices internacionales que miden la calidad institucional de los países. Un ejemplo de esta ficción lo encontramos en la siguiente explicación, en que nada se dice acerca de la falta de calidad, de productividad, de eficiencia, los casos de corrupción y la insuficiente cobertura que caracterizan los «servicios públicos», debido a la falta de incentivos apropiados en el sector estatal: «... el Estado no solamente se limita a dictar actos jurídicos, sino que también provee bienes y servicios hacia la comunidad. Aquí se concreta lo que constituye la actividad administrativa de prestación o de garantía prestacional. El Estado deja de ser un Estado abstencionista, y las exigencias polí-

⁶ ARAUJO JUÁREZ, José: *Manual de derecho de los servicios públicos*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2013, p. 33.

⁷ En palabras de PAZ, Octavio: *Pequeña crónica de grandes días*. Fondo de Cultura Económica. México D.F., 1990, pp. 69 y 70, «... el Estado justo no pretende suplantar a los verdaderos protagonistas del proceso económico: empresarios y trabajadores, comerciantes y consumidores. Una lógica rige a la actividad económica y otra a la política. Respetarlas es el comienzo del arte de gobernar (...) El Estado justo no es omnipotente y muchas veces falla; lo reconoce y no castiga a sus críticos. No es omnisciente y se equivoca; sabe que el remedio está en el libre juego de las fuerzas sociales. Confía en el doble control del mercado y de la democracia. El mercado acaba por expulsar del circuito comercial a los productos caros y malos; la democracia no consiente por mucho tiempo los abusos y los fraudes. El Estado justo combate a los monopolios y entre ellos al más injusto y menos productivo: el estatal».

ticas e ideológicas no se contentan con ese liberalismo a ultranza, sino que requieren del Estado la intervención por la vía del suministro o la prestación de bienes y servicios hacia la colectividad, bien directamente, bien por delegación»⁸.

Finalmente, al considerar el futuro de la actividad de gestión económica estatal, es donde más urge revisar lugares comunes, teorías erradas y modelos ineficientes de la organización administrativa, que solo generan corrupción, privilegios antirrepublicanos y obstáculos para la generación de riqueza mediante la única acción empresarial eficiente, a saber, la privada, cuando satisface necesidades de los seres humanos bajo las reglas de la libre competencia:

... aunada a la actividad de prestación de bienes y servicios se presenta sobre todo en la concepción del Estado venezolano durante los últimos 40 años una actividad de gestión económica o actividad de producción, distribución, y/o comercialización de bienes y servicios, sin reserva alguna de titularidad. El Estado deja de ser un Estado pasivo y comienza a participar muy activamente como un agente más del mercado. El Estado participa como empresario no solo en las mismas condiciones, sino en condiciones privilegiadas en relación con la actividad económica que desarrollan los particulares⁹.

2. La actividad de limitación: potestades y límites jurídicos de dicha actividad

¿Cómo definen la doctrina nacional y extranjera a la actividad administrativa de limitación? En el caso del profesor PEÑA SOLÍS, nuestro homenajeado ha señalado lo siguiente:

... en términos generales la actividad de policía de la administración, se traduce en el establecimiento de limitaciones a los derechos de los ciudadanos, y que pese a las reducciones que ha sufrido el concepto desde el Estado absoluto hasta la actualidad, continúa teniendo como objeto un

⁸ ARAUJO JUÁREZ: ob. cit., p. 34.

⁹ *Ibíd.*, pp. 34 y 35.

ámbito material muy amplio. En lo tocante al contenido de dicho objeto destaca por su importancia cuantitativa y cualitativa la denominada actividad de policía general o de seguridad ciudadana, coexistiendo al lado de la misma múltiples actividades de limitación u ordenación que ejerce la Administración sobre los ciudadanos en determinados sectores materiales –ambiente, sanidad, vialidad, urbanismo, etc.–, que la doctrina ha denominado «policías especiales»¹⁰.

Por su parte, ARAUJO JUÁREZ, señala:

... la actividad de la Administración Pública se manifiesta en primer lugar en una acción, es decir, una actividad de limitación regulatoria u ordenadora, en la cual el Estado se revela en su potestad de *imperium*, así como en su capacidad de ordenar y de subsumir a los particulares a disposiciones fundamentalmente de rango legal o normativo. Es una acción eminentemente jurídica (...) mediante la cual la Administración Pública establece las limitaciones, condicionamientos o cargas a los ciudadanos que se consideran necesarias para una adecuada convivencia o para la obtención de un mayor bienestar social¹¹.

En el caso del Derecho Administrativo español, en sintonía con el Derecho Comunitario europeo: «... se puede definir la actividad administrativa de limitación como aquella en la que la Administración impone restricciones, deberes o de cualquier forma ordena obligatoriamente las actuaciones privadas con el fin de garantizar algún interés público; vigila su cumplimiento; y reacciona ante los incumplimientos para restablecer la legalidad»¹².

Consideramos que, para el funcionamiento de una economía social de mercado, es necesario que algunas de las afirmaciones o definiciones contenidas en

¹⁰ PEÑA SOLÍS: ob. cit., pp. 120 y 121.

¹¹ ARAUJO JUÁREZ: ob. cit., p. 31.

¹² REBOLLO PUIG, Manuel: «Lección 12. La actividad de limitación». En: *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. Tomo III (La actividad de las Administraciones Públicas). Vol. II (El contenido). Editorial Iustel. Tomás CANO CAMPOS, coord. Madrid, 2009, p. 14.

las citas previas se ajusten, o incluso se dejen de lado, en futuras legislaciones en la materia, ya que, por ejemplo, la Administración no actúa con supremacía o estableciendo fines a los particulares; su rol es más bien arbitral e institucional, de hacer respetar los límites, obligaciones y fines que las leyes, sancionadas democráticamente por el Poder Legislativo, fijan; ella no debe imponer la visión política e ideológica del Gobierno a los particulares, ya que es, en el ámbito de las políticas sociales, económicas y relativas a la producción y conservación de los bienes públicos –que incluyen a la actividad tanto de prestación como de fomento, por ejemplo–, en que el Ejecutivo puede orientar su acción de acuerdo con su concepción política de la sociedad, el ser humano y el Estado.

Ahora bien, ¿pueden mantenerse las potestades normativa, de autotutela administrativa, sancionatoria, de expropiación, de supervisión y la discrecionalidad de la Administración en un sistema económico como el que propone el *ordoliberalismo alemán*?

La respuesta es sí, y no solamente porque pueden subsistir esas potestades, sino que, en general, es del correcto ejercicio de las mismas que en gran medida depende la vigencia de las instituciones, reglas, principios y dinámicas que hacen posible ese orden económico competitivo, productivo y fundado en la libertad individual, que es la economía social de mercado, puesto que no pueden únicamente los tribunales de justicia supervisar el cumplimiento de normas de orden público, en general de contenido muy técnico, como las que se aplican en el ámbito financiero, asegurador, registral, agrario, de telecomunicaciones, de soberanía del consumidor, etc., sino que es indispensable, con las necesarias limitaciones jurídicas, que existan entes y órganos administrativos con competencias para asegurar que los particulares respeten los límites que el ordenamiento legal les impone en el ejercicio de sus libertades y derechos, sin que ello implique, por tanto, imponer los fines políticos del Gobierno a los particulares, invocando para ello el interés público, el bien común o la suprema felicidad del pueblo, según el gusto de quien esté al frente del Ejecutivo.

En tal sentido, la potestad de autotutela debe ser expresa y limitada a temas específicos, y en ningún caso implicar la extinción inmediata de derechos sin

previa intervención judicial; la potestad normativa debe ajustarse a la distinción entre leyes y mandatos para solo ejecutar la ley y no instrumentalizar a los particulares¹³; la potestad de supervisión no puede implicar controles, fijación de fines o de conductas, solo verificación de cumplimiento de la ley; la potestad de sancionar debe garantizar el derecho a la defensa, el debido procedimiento y la presunción de inocencia; la potestad discrecional no puede ser fuente de poder ilimitado y siempre debe respetar las exigencias de la tesis de la vinculación positiva de la Administración a la ley, tal y como lo explica PEÑA SOLÍS.

Ahora bien, nada de lo anterior está actualmente en el ordenamiento jurídico venezolano, en el que, por el contrario, se ha producido una completa desnaturalización de esta actividad administrativa, como se demostrará a continuación, con dos ejemplos de intervenciones que muestran esa negativa realidad.

3. La desnaturalización de la actividad de limitación en Venezuela

En la caótica Venezuela de los últimos 15 años, todas las actividades administrativas se han desviado de su razón de ser, pero, en particular, la actividad de limitación se desnaturalizó por completo, ya que se expandió a casi toda actividad económica, política, social y cultural del país, y se pasó a concebir como un mecanismo para que el Ejecutivo nacional impusiera su ideología política al conjunto de toda la sociedad. Ello así porque es justo en esta actividad donde la coacción sin control judicial previo –ni posterior hoy día, debido a la politización de los tribunales–, en lugar de contratos o acuerdos voluntarios de otra índole, es la vía usada por el Gobierno para actuar.

Esta desnaturalización de la actividad de la limitación, al unirse al crecimiento incontrolado e irresponsable de la Administración Pública, tanto a nivel central como a nivel descentralizado –en violación, por cierto, de principios

¹³ Vid. HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso: «Leyes, mandatos y regulación administrativa». En: *Enfoques sobre derecho y libertad en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Luis A. HERRERA ORELLANA, coord. Caracas, 2013, pp. 333 y ss.

y normas que limitan la potestad organizativa según la Ley Orgánica de la Administración Pública y las leyes contra la corrupción–, y a la arrogante creencia totalitaria de que esta actividad de limitación permite imponer la idea de bien común, felicidad y dignidad humana de un partido político, ha generado muy negativos efectos sobre los más diversos sectores de la vida de los venezolanos, que cada día son víctimas de mayores problemas y urgencias.

Ejemplos de esos problemas los encontramos en dos sectores económicos muy importantes, como son la producción y distribución de alimentos, y la producción y distribución de medicamentos, que han sido víctimas de la desnaturalización de la actividad de limitación, generando, a su vez, graves violaciones no solo a derechos como la propiedad, la libertad de empresa y al trabajo, sino a derechos de consumidores y usuarios, como el acceso mismo y la libertad de elegir medicamentos y alimentos.

3.1. La actividad administrativa de limitación en materia de acceso a medicamentos (derecho a la salud)

El Sistema Integral para el Acceso a Medicamentos (SIAMED) se creó a través de una serie de anuncios realizados por el entonces Ministro de Salud, Henry Ventura, a finales del mes de abril de 2015¹⁴. En ellos se informó que el 23 de abril se «lanzó» el SIAMED. Sin embargo, no fue publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* ningún instrumento normativo, legal o sublegal, que dispusiera el régimen jurídico para la existencia y funcionamiento de ese «Sistema».

En cuanto a los principales aspectos del SIAMED, cabe indicar que su creación no cuenta con una base normativa expresa, solo en la página *web* del Ministerio de Salud se halla un documento¹⁵ en el que se explica que el SIAMED es un sistema nacional para el registro de solicitud de los medicamentos necesarios en el tratamiento de las enfermedades crónicas no trasmisibles.

¹⁴ Vid. los anuncios en: <http://bit.ly/1HwzAgV> y <http://bit.ly/1Q3Gdfy>.

¹⁵ Vid. <http://bit.ly/1eNt6hO>.

Asimismo, señala que sus objetivos son combatir la «guerra económica», dar respuesta a la escasez, permitir a pacientes con enfermedades crónicas conocer la disponibilidad de los insumos que necesiten por medio de la mensajería de texto, realizar los enlaces interinstitucionales correspondientes, generar indicadores acerca de las patologías priorizadas en su relación con la demanda de medicamentos que requiere la población.

En cuanto al procedimiento, dispone que la persona se dirige a la farmacia «de su preferencia», e indica cuáles medicamentos necesita adquirir presentando *récipe* e indicando sus datos de contacto. Será informado mediante mensaje de texto de la disponibilidad de los medicamentos, en la farmacia donde hizo su registro.

También se habla del Sistema Integral de Control de Medicamentos (SICM), mediante el cual el SIAMED dispondrá de una Red de Farmacias (FARMAPATRIA), para identificar las rutas y disponibilidades de los medicamentos solicitados. Por último, se creó la página *web*: www.siamed.mpps.gob.ve, donde el Sistema estará disponible, según indica el Ministerio de Salud: «El Sistema estará disponible en la *web* en todo momento. Con acceso por parte del usuario, mediante una contraseña que el Ministerio facilitará a cada una de las farmacias». Sin embargo, cabe señalar que, al intentar ingresar en dicha página *web* –el 3 de febrero de 2016–, se indica que «no está disponible».

Respecto de los efectos de este sistema sobre la propiedad privada, valga indicar que el SIAMED es una política de control sobre la distribución y el consumo de medicamentos en el territorio nacional, que se añade al sinfín de controles que el Ejecutivo dispone para intervenir en la vida de los ciudadanos y, en este caso, para intervenir en la actividad económica de quienes se dedican, en el sector salud, a la elaboración y comercialización de medicamentos.

La obligación de que cada farmacia se inscriba en el SIAMED y que participe a las droguerías y laboratorios la cantidad de unas y otras medicinas que deben elaborar para «abastecer» a los pacientes con enfermedades crónicas, se traduce en una imposición arbitraria que afecta el desenvolvimiento libre del

aparato productivo en este sector y que condiciona los niveles de producción, pues las droguerías o laboratorios no podrán elegir según la demanda de los consumidores qué cantidad de medicamentos producir, sino que serán condicionados y determinados a través del SIAMED, de donde se desprenderá básicamente cómo deben funcionar, limitando así la existencia de lo que se conoce como «inventario», pues, a través de esta política de control, se elimina la posibilidad de que la producción de medicamentos alcance para abastecer a los pacientes que lo necesiten y, asimismo, que puedan almacenarse en cantidades suficientes, para asegurar su disponibilidad y acceso, antes de ponerse a la venta.

Por otro lado, las declaraciones del Ministro de Salud dejan muy en claro que la intención es controlar directamente el derecho que tienen los propietarios de farmacias, y más allá, los importadores y productores de medicamentos, a disponer de su patrimonio y de generar lícitamente ganancias dedicándose a la actividad económica de su preferencia, pues como se lee en artículo publicado en la sección de noticias del Ministerio de Salud «... este mismo sistema obtendrá información que les suministrarán a las droguerías y se les indicarán qué medicamentos tendrán que distribuir, no de acuerdo a sus ganancias sino a las necesidades de los pacientes, evitando el bachaqueo»¹⁶.

También se afecta la libertad de las personas de elegir en qué establecimiento comprar sus medicamentos, según su ubicación, los precios que ofrezca y la calidad del servicio, tal y como lo advirtió el presidente de la Federación Farmacéutica de Venezuela, Freddy Ceballos: «... el Sistema Integral de Acceso de los Medicamentos (SIAMED) es un programa de distribución, más esto no garantiza la medicina al paciente. ‘El problema que tiene Venezuela es de medicamentos, de oferta de medicamentos porque no los hay en el país’»¹⁷.

Así, las implicaciones de esta política sobre la propiedad quedan muy claras, pues, a los ya innumerables controles que existen se añade uno más, que tiene por fin determinar cómo las droguerías y laboratorios disponen de sus recursos

¹⁶ Vid. <http://bit.ly/1Fq3Nb5>.

¹⁷ Vid. <http://goo.gl/WbP7us>.

y en qué cantidad producen este o aquel medicamento, sin que se les garantice además que contarán con las divisas necesarias para importarlos o para obtener la materia indispensable para producirlos.

En cuanto a los costos y beneficios de esta política pública, que se materializa mediante una aplicación desnaturalizada y desviada de la actividad administrativa de limitación, procede destacar lo siguiente:

i. Se crea el SIAMED a fin de abastecer de medicamentos a la población, pero no se establecen mecanismos de mercado ni lapsos que garanticen a los ciudadanos la obtención oportuna de medicamentos. Si bien pareciera que el SIAMED daría solución al problema de escasez de medicamentos, la verdad es que su implementación ha sido engorrosa y no está generando las ventajas esperadas por quienes padecen enfermedades crónicas. Su creación ha sido accidentada e improvisada, al punto que no se estableció un régimen jurídico que sirva de base para su funcionamiento, lo que perjudica a los ciudadanos, pues viene a imponer una serie de obligaciones a los oferentes de medicinas, y de limitaciones a los que las demandan, que retrasan el acceso a medicamentos en vez de lograr el abastecimiento esperado.

A casi un año de su creación, se puede afirmar que el SIAMED ha sido un rotundo fracaso, quedando como una iniciativa arbitraria y, además, mal implementada que en modo alguno ha servido para solventar los problemas del sector salud, confirmando que a mayor intervención y coacción menor productividad y satisfacción de las necesidades.

ii. Se espera generar indicadores acerca de la población con enfermedades crónicas a fin de proporcionarles una mejor atención, pero se traba la libre adquisición de medicamentos y se pone en riesgo la vida de los pacientes. Entre uno de los objetivos de creación del SIAMED, está la expectativa de generar indicadores acerca de la población que padece enfermedades crónicas, con la intención de darles una mejor atención, lo cual resultaría sin duda beneficioso para todo ciudadano; sin embargo, cuando se observa la manera en que la política se diseñó, se constata una serie de factores que no fueron

considerados y que parten de la imposición de registro, donde se obliga a las personas con patologías crónicas a dirigirse a las farmacias con sus récipes para hacer el registro correspondiente. Cabe preguntar: ¿Qué sucede con aquellas personas que, por cualquier causa, no puedan dirigirse a una farmacia a completar el registro? ¿Qué pasa con aquellas personas que no cuentan con un teléfono celular para recibir los mensajes cuando hay disponibilidad del medicamento? ¿Cada cuánto tiempo debe ir la persona a solicitar medicamentos? ¿Qué sucede con los pacientes que tienen prescripción de por vida, serán abastecidos regularmente? ¿Si una farmacia recibe una cantidad desmesurada de solicitudes de registro cómo se controla? ¿Si una persona no obtiene el medicamento en el tiempo esperado qué sucede? ¿Si una persona va a viajar dentro del país, cómo garantiza la disponibilidad de medicamentos fuera de su farmacia de registro? ¿Si una persona va a viajar fuera del país, puede solicitar una cantidad mayor de medicamentos para abastecerse mientras dure el viaje? En el documento publicado por el Ministerio de Salud, ninguna de estas interrogantes tiene respuesta.

El SIAMED, al buscar controlar, lo que termina es por generar trabas, al imponerles a las personas la obligación de registrarse y someterse a procedimientos que retrasan la adquisición de medicamentos. Lo normal y eficiente en cualquier sociedad libre es que los pacientes, una vez que han sido diagnosticados y se les ha prescrito un medicamento, puedan dirigirse a cualquier farmacia y adquirir los medicamentos que sean necesarios para atender sus patologías, sin perjuicio de que existan políticas para facilitar, sin coacción, el acceso a medicamentos. Pero la imposición del registro y la espera indefinida que genera el SIAMED termina por poner en riesgo la salud de las personas que, hasta la fecha, solo han logrado estar en una base de datos que, desde luego, no las cura de sus patologías¹⁸.

iii. Se crea el SIAMED de manera expedita para atender la crisis de escasez de medicamentos, pero no se dispone un régimen jurídico de funcionamiento que genere certeza en la población. La creación del SIAMED carece de un marco

¹⁸ Vid. declaraciones de diputada Dinorah Figuera, en: <http://goo.gl/nOjqyg>.

jurídico que permita a la ciudadanía en general conocer cuál es el régimen aplicable al funcionamiento de dicho sistema, lo que podría considerarse un beneficio, en aras de la eficiencia y simplicidad de la medida.

Sin embargo, la incertidumbre siempre es un costo mayor, y la manera en que ha venido funcionando el SIAMED es absolutamente irregular, por estar exento de lineamientos que permitan a las personas determinar cosas básicas, como el objeto y ámbito de aplicación del sistema, los procedimientos a seguir, quién y cómo deben aplicarlos, quiénes componen el sistema y, muy importante, quién tiene la dirección del mismo y la potestad para tomar decisiones que impacten directamente la forma en que se adquieren los medicamentos. Si bien algunas de estas preguntas podemos inferirlas a partir de las diferentes declaraciones del Ministro de Salud y el documento publicado en la *web* del Ministerio, esta es una manera ilegítima de concebir un sistema que, como si fuera poco, determina cómo, cuándo y dónde las personas adquieren medicinas que les son vitales, en tanto atienden enfermedades crónicas.

La premura con que se implementó este sistema no ha servido para atacar el problema de escasez de medicamentos y, en su lugar, lo que ha generado es desconcierto y molestias a las personas que sufren enfermedades crónicas. Si bien la creación de este sistema se muestra como ineficiente desde su inicio, yendo más allá de su contenido, la política ha debido cumplir al menos con la formalidad que ameritaba su creación a través de un instrumento normativo publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* que generara certeza en oferentes y consumidores y que pudiera responder –si no todas– la mayoría de las preguntas que surjan a medida que el sistema existe.

3.2. La actividad de limitación en materia de acceso a alimentos (derecho a la alimentación)

El 7 de abril de 2015 se publicaron en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 40.634, las Providencias Administrativas N°s 004/2015 y 006/2015, dictadas por la Superintendencia Nacional de Gestión Agroalimentaria (SUNAGRO) de la Vicepresidencia para la Seguridad y Soberanía

Agroalimentaria, en la que se establecieron las «Normas para el Registro en el Sistema Integral de Control Agroalimentario» (SICA) y las «Normas Relativas a Actividades Relacionadas con Productos Agroalimentarios».

La justificación dada por la Superintendencia Nacional de Gestión Agroalimentaria figura en los «considerando» de la Providencia 004/2015, en los que se lee «que es deber del Estado la adopción de políticas y medidas que garanticen la gestión y planificación eficiente de la seguridad alimentaria», y «que la SUNAGRO es la responsable del diseño de una plataforma tecnológica destinada a controlar y monitorear la distribución justa y equilibrada de los productos alimenticios a nivel nacional, de todo el ciclo agroalimentario, desde el productor primario hasta el consumidor final».

En cuanto a los principales aspectos del SICA, aplicado por la Superintendencia Nacional de Gestión Agroalimentaria, se destacan, de acuerdo a la Providencia 004/2015, que el SICA es una plataforma tecnológica de control y monitoreo de la cadena agroalimentaria, mediante el registro de todas las personas –naturales o jurídicas– que intervienen directa o indirectamente en el ciclo agroalimentario (artículo 1); que entre sus atribuciones están la de administrar y custodiar la información aportada por las personas y requerir los soportes que respalden la información; aprobar o negar el registro en el sistema; emitir la constancia de cumplimiento de los requisitos; hacer seguimiento y control de las personas suspendidas del sistema; llevar registro de las sanciones impuestas y, en general, podrá tener cualquier atribución que le asigne la Superintendencia Nacional de Gestión Agroalimentaria. Asimismo, que las personas naturales o jurídicas que participen de manera directa o indirecta en el «ciclo agroalimentario», deberán registrarse en el SICA, mantener los datos actualizados, tramitar cualquier licencia, certificado o similar que se disponga en el portal *web* del SICA y suministrar cualquier documento o información que le sea solicitada por la Superintendencia Nacional de Gestión Agroalimentaria; y que toda persona debe ingresar en el portal *web* y seguir el procedimiento de inscripción allí establecido para completar su registro, en el que una vez finalizado se genera un comprobante electrónico de registro, luego de lo cual deberá esperar ser contactado a fin de consignar

en las oficinas de la Superintendencia Nacional de Gestión Agroalimentaria los documentos necesarios para validar la información aportada vía *online*.

Por su parte, la Providencia 006/2015 de la misma Superintendencia Nacional de Gestión Agroalimentaria, dispone todo el régimen de las «Guías de Movilización», cuyo objeto es imponer obligaciones a todas aquellas personas naturales o jurídicas que produzcan, importen, acondicionen, almacenen, despachen, transporten, distribuyan y/o comercialicen al detal productos agroalimentarios y que los reciban en sus instalaciones, así como fijar las obligaciones respecto de los inventarios de almacenamiento, despacho y procesamiento; asimismo prevé que las personas receptoras de Guías de Movilización, Seguimiento y Control de productos agroalimentarios, deben registrarse en el SICA como receptores de alimentos, y cada vez que reciban las guías y los productos deben validarlo a través del Sistema. Asimismo, deberán actualizar diariamente sus inventarios –ubicación y cantidad– a través del SICA; y advierte que quienes incumplan lo previsto las Providencias Administrativas 004/2015 y 006/2015, serán sancionados según el Decreto Ley del Sistema Nacional Agroalimentario.

Los efectos sobre la propiedad privada, en este caso, tampoco son positivos. En efecto, el SICA es una política de control sobre todo el proceso de producción, distribución y comercialización de alimentos en el territorio nacional, que por igual se añade al sinfín de controles con los que cuenta –ilegítimamente– el Ejecutivo, en este caso, para intervenir en la actividad económica de quienes se dedican al sector alimentación, sin importar si se trata de personas naturales o jurídicas y sin importar si participan en dicha actividad de manera directa o indirecta.

La Superintendencia Nacional de Gestión Agroalimentaria funge no solo como un organismo rector en materia agroalimentaria, sino que se atribuye potestades que violan el derecho de propiedad y libertad de empresa, cuando se constata, por ejemplo, que ciertas industrias son obligadas a despachar sus productos a las redes de alimentos manejadas por el Gobierno, como lo es PDVAL¹⁹

¹⁹ Vid. <http://bit.ly/1b0taJp>.

o a imponer, ya de manera definitiva, la obligación a las empresas privadas de pasar entre el 30 % y el 100 % de su producción a las cadenas de distribución del Estado –PDVAL, MERCAL, Abastos Bicentenario, etc.–²⁰.

La obligación de que cada persona que interviene en el llamado «ciclo agroalimentario» –producción, almacenamiento, distribución y comercialización de alimentos, incluida la materia prima– se inscriba en el SICA y se encargue diariamente de mantener actualizado su inventario y de reportar la recepción de guías de movilización y productos, se traduce en una carga desproporcionada, que se impone a quienes se dedican al sector alimentación, sin que dicha carga se traduzca realmente en un beneficio ni para quienes ejercen dicha actividad ni para la sociedad en general, que cada vez observa más desabastecimiento y escasez, mientras el Gobierno sigue imponiendo más procedimientos burocráticos que entorpecen el libre desenvolvimiento del aparato productivo en este sector y condicionan la producción y la libre distribución.

La intención con que se ha puesto en marcha el SICA y la obligación de contar con Guías de Movilización, Seguimiento y Control es bastante clara, «controlar y monitorear todo el proceso agroalimentario», lo que afecta directamente el derecho que tienen las personas, según la Constitución, de llevar a cabo libremente la actividad económica en el sector alimentación, sin imposiciones que resultan arbitrarias. Y es que el fundamento que se da al SICA es falso, pues no es cierto que el Estado esté llamado a «garantizar y planificar» la alimentación de los ciudadanos, lo que debería es limitarse a fijar reglas claras para que los competidores en el sector alimentación ofrezcan productos de calidad y puedan cubrir la demanda que los consumidores requieran. En realidad, lo que se busca es controlar qué se consume, cuánto se consume, cuándo se consume, quién lo distribuye, quién lo comercializa, etc.; el Gobierno pretende a través de este mecanismo sustituirse en la voluntad de las personas y pasar de ser árbitro a ser parte, sometiendo todo el proceso a sus políticas y criterios, dejando en segundo plano la participación y opinión de quienes realmente son actores en este proceso, es decir, los productores y consumidores.

²⁰ Vid. <http://bit.ly/1fjtKDP>.

Las implicaciones de esta política sobre la propiedad quedan en evidencia: intervenir coactivamente en todo el proceso agroalimentario, causando graves daños patrimoniales a quienes se dedican a la actividad económica en el sector alimentación y coartando el derecho de los ciudadanos-consumidores de adquirir a tiempo y en las cantidades necesarias los productos de su preferencia.

Este Sistema ha sufrido una serie de colapsos, que han obligado a los distribuidores de alimentos a permanecer hasta cinco días con los alimentos almacenados, sin poder distribuirlos para ser comercializados, dejando así de percibir las ganancias estimadas a tiempo y obligando a las industrias a detener la producción y todo debido a que el Sistema no genera en forma eficiente las Guías de Movilización, Seguimiento y Control que son obligatorias –so pena de recibir sanciones muy graves– para poder llevar los productos a los anaqueles, como lo señaló CAVIDEA²¹.

Al examinar los costos y los beneficios derivados de la aplicación de esta política pública mediante la actividad administrativa de limitación, encontramos lo siguiente:

i. Se reactiva el SICA para asegurar el abastecimiento de alimentos a la población, pero se prohíben los mecanismos del libre mercado que garantizan que los productos lleguen a tiempo y en cantidades suficientes al consumidor. Si bien pareciera que el SICA dará solución al problema de escasez de alimentos, la verdad es que su implementación ha sido engorrosa y no está generando las ventajas esperadas por los ciudadanos, que deben hacer interminables horas de colas o pagar excesivos precios en los mercados negros para obtener alimentos básicos. Su reactivación ha sido accidentada y no tomó en cuenta las innumerables variables que podrían generar los problemas que han surgido.

El Gobierno ha expresado que con la reactivación del SICA se procura garantizar que haya abastecimiento y que los ciudadanos puedan conseguir alimentos oportunamente, es decir, el Gobierno ha manifestado que busca generar

²¹ Vid. las declaraciones en: <http://bit.ly/1S9KOsg> y <http://bit.ly/1RKYWxn>.

una oferta eficiente de alimentos que pueda satisfacer la demanda requerida por los consumidores. De ser así, el Gobierno debería entonces implementar mecanismos que faciliten ese objetivo, pero, como se ha venido indicando, los innumerables controles que impone a productores y distribuidores no han sido la solución, sino la causa del problema. En este sentido, el Gobierno debería tomar en cuenta que existen mecanismos de libre mercado que resultarían realmente eficientes para lograr que los consumidores obtengan los alimentos sin hacer colas y sin comprar en los mercados negros, incluso sin que se les limite la cantidad de alimentos que pueden comprar en una semana, monitoreados a través de un captahuellas, una forma de racionamiento sofisticada, que no acaba con el problema, pues lo importante no es racionar los alimentos, sino solucionar el problema de base que son los controles, como lo advirtió el economista y actual diputado José Guerra²².

El costo del Sistema es que no se permite a los productores que accedan a divisas para importar la materia necesaria para elaboración de alimentos, que las industrias produzcan al 100 % de su capacidad y que distribuyan los productos sin tener que esperar por una autorización de la Superintendencia Nacional de Gestión Agroalimentaria, ni les permite que los productos sean vendidos a precios que generen ganancias reales para atender la demanda y que los diferentes productores compitan ofreciendo productos de calidad, lo que causa escasez; permitir lo anterior sería más eficiente que imponer procedimientos burocráticos absurdos para adquirir divisas, para inscribirse en el SICA, para obtener guías de movilización, etc. y, finalmente, todo ello para vender productos por debajo de los costos, debido al control de precios.

ii. Se ratifica la obligación de contar con Guías de Movilización, Seguimiento y Control a fin de garantizar la «justa distribución» de alimentos, pero se generan excesivos procedimientos burocráticos en detrimento de los consumidores. Como ya se dijo, la reactivación del SICA y la vuelta a la obligatoriedad de las guías de movilización, busca que la producción de alimentos se distribuya de manera «justa» a fin de garantizar que todas las personas puedan adquirir

²² Vid. su declaración en: <http://bit.ly/1LqIDSq>.

alimentos, todo lo cual será controlado y fiscalizado por la Superintendencia Nacional de Gestión Agroalimentaria. Ahora bien, ¿cómo lleva a cabo la Superintendencia dicho control? En las providencias estudiadas en este análisis, se dispone la obligación a las personas distribuidoras y receptoras de alimentos de contar con Guías de Movilización y de hacer el registro *online* de la recepción de productos así como de mantener, también vía *online*, actualizada, la cantidad y ubicación de los alimentos. Sin embargo, el SICA apenas a tres meses de su reactivación ya presentaba un colapso recurrente que impedía que los obligados por las Providencias cumplieran con las obligaciones allí dispuestas, lo que les expone a ser objeto de sanciones, además de las ya impuestas –multas, detenciones, etc.– en forma regular por diferentes funcionarios de seguridad –en especial por militares– en carreteras, autopistas, calles, avenidas, por las más pequeñas diferencias que puedan existir entre la ruta seguida, la mercancía, su cantidad, etc., y lo que indique la Guía.

El mal funcionamiento de SICA y todos los problemas con la emisión de las guías de movilización, han generado retraso en la producción y en la distribución de alimentos dejando la premisa de la «justa distribución» en un mero deseo incumplido por la aplicación de políticas ineficientes, tan es así que el colapso del sistema para el mes de junio de 2015, provocó que la Superintendencia Nacional de Gestión Agroalimentaria autorizara la distribución de alimentos con prescindencia de las Guías de movilización, lo que evidencia el reconocimiento por parte del propio Gobierno del daño que genera dicha política²³.

La ineficiencia de este sistema termina simplemente por afectar a los consumidores que demandan productos básicos que no consiguen con regularidad, y que muchas veces son obligados a comprar en mercados negros, contribuyendo con la práctica ilegal de reventa coactiva de productos, mal llamada en la neolengua oficial «bachaqueo», y que genera realmente discriminación para muchos y privilegios para unos pocos conectados con redes mafiosas y corruptas²⁴. Lo normal y eficiente en cualquier sociedad libre es que los

²³ Vid. <http://bit.ly/1HGHXV1>.

²⁴ Vid. <http://bit.ly/1Kiknlg>.

consumidores puedan dirigirse a cualquier establecimiento y adquirir los alimentos que les sean necesarios; pero la imposición del SICA y las distorsiones que genera dejan a los consumidores al total sometimiento de políticas gubernamentales que simplemente no sirven.

iii. Se reactiva el SICA como plataforma tecnológica para asegurar que el proceso agroalimentario sea eficiente y satisfaga oportunamente la demanda de los consumidores, pero se han agravado la escasez y el desabastecimiento. Se reactiva el SICA y se dispone un marco normativo que busca generar eficiencia y lograr superar la crisis de escasez de alimentos que se vive actualmente en el país, pero, a pesar de las buenas intenciones, de haber dispuesto toda una plataforma tecnológica a tal fin y del rédito electoral que pueda obtener el Gobierno de esta medida mediante la propaganda oficial, los resultados no han sido los anunciados, pues el sistema, a pesar de funcionar virtualmente, no es capaz de atender con eficiencia la gran cantidad de personas involucradas y que deben utilizarlo.

El costo de esta acción ineficiente, guiada por criterios políticos, es el colapso de tipo operativo ya indicado, al interior del propio sistema, así como el hecho de que cada día, cada semana, cada mes, los índices de escasez se van incrementando o se mantienen sin mejorar; por ejemplo, para el mes de marzo de 2015, según Datanálisis, la escasez alcanzaba el 60.2 % y para el mes de mayo 2015 –segundo mes de reactivación del SICA– alcanzaba el 60.7 %²⁵ con dichas cifras podemos concluir que ninguna medida o política de control puede considerarse como una solución; por el contrario, es un agravante del problema, lo que se comprobará de nuevo con la reciente medida de la Superintendencia Nacional de Gestión Agroalimentaria de centralizar en la red estatal la comercialización de la mayor parte de los alimentos, ya que mientras la red privada cuenta con más de 113 mil puntos de venta de bienes, la red estatal apenas cuenta con 7.245 puntos de venta, que operan, además, con criterios burocráticos de Administración Pública²⁶.

²⁵ Vid. <http://bit.ly/1KjfW74> y <http://bit.ly/1JvqXPA>.

²⁶ Vid. <http://goo.gl/kFU2Fh>.

iv. La Superintendencia Nacional de Gestión Agroalimentaria fortalece el monopolio estatal de venta de alimentos de consumo básico, pero aumenta el riesgo de manipulación electoral del Gobierno, así como la discriminación en el acceso mediante la práctica llamada «bachaqueo». El beneficio más directo de la reactivación del SICA, así como de la reciente medida de la Superintendencia, que obliga inconstitucional e irracionalmente a despachar –sin que queden claras las condiciones de pago– entre el 30 % y el 100 % de su producción a la red estatal de venta de alimentos, será fortalecer el monopolio estatal de comercialización de alimentos de consumo básico, y aumentar la dependencia de la población del Gobierno a lo largo del territorio nacional, lo que le permitirá sacar ventaja con fines políticos de esa situación, pero con graves costos, como son la manipulación con fines electorales de las personas más pobres en las regiones del país, la probable acusación injusta hacia la red privada de distribución de que incurrir en «guerra económica» y, por ello, no venden igual que la red estatal, la corrupción y posible pérdida de alimentos en dicha red como ocurrió ya en el caso de «los *containers* de PDVAL» y, lo más grave, el fortalecimiento de la práctica denominada en la neolengua oficial «bachaqueo», pues las redes creadas entre funcionarios y particulares para desarrollar esa reventa coactiva y discriminatoria se harán más poderosas al existir menos puntos de venta a los cuales acudir, así sea soportando largas horas de cola, para evitar caer en la casi extorsión de los «bachaqueros».

Conclusiones y reflexión final

La desnaturalización de la actividad de limitación en Venezuela, y su conversión en una actividad represiva, contraria a diversos derechos constitucionales, es la mejor prueba de la necesidad de una teoría general básica, sobre el contenido y límites inderogables por ley o regulación sublegal, que debe acogerse mediante una legislación general –sea mediante una reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos o una del Decreto con Rango de Ley Orgánica de Administración Pública– y también a través de la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa, desde luego, cuando el país cuente de nuevo con un Tribunal Supremo de Justicia independiente e imparcial, para que esta importante e intransferible actividad del Ejecutivo nacional sea un factor

para la instauración en el país de un sistema de economía social de mercado, que bien permite la actual Constitución a pesar de sus graves concesiones al estatismo, el intervencionismo y la politización de la economía²⁷.

Desde luego, en la doctrina *iusadministrativa* nacional, y dentro de ella en los estudios que ha dedicado al tema nuestro homenajeado, el profesor PEÑA SOLÍS, se encuentran ideas y criterios tan relevantes como útiles para construir esa nueva visión, y dar lugar a la llamada «intervención liberal administrativa».

Sin embargo, es necesario a partir de estos aportes y contribuciones ir más allá, y conocer qué reformas institucionales y legislativas han asumido países como Alemania, Suecia, Chile y Perú, por solo mencionar algunos, luego de superar períodos autoritarios de planificación centralizada y socialista de sus economías, que generaron pobreza, escasez, inflación, desempleo y desigualdad negativa, para hoy día mostrar índices de desarrollo, superación de la pobreza, vigencia del Estado de Derecho y funcionamiento de la democracia muy positivos, desde luego, para beneficio de sus ciudadanos.

Solo con base en ese conocimiento, y el abandono de vanos prejuicios ideológicos estatistas y colectivistas, que en nada favorecen a los venezolanos más necesitados, es que la Administración Pública pasará, a través de su actividad administrativa de limitación, a ser un instrumento de garantía de la libertad, la prosperidad y la seguridad de los ciudadanos.

²⁷ Valga indicar que para la fecha de entrega de esta contribución a la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, la mayoría opositora en la Asamblea Nacional, instalada el 5 de enero de 2016, presentó y aprobó en primera discusión un proyecto de «Ley para la Activación y Fortalecimiento de la Producción Nacional» que no solo mantiene sino que refuerza la concepción intervencionista, autoritaria y contraria a la economía social de mercado de la actividad administrativa de limitación. Su texto se puede consultar en la siguiente dirección de la Asamblea Nacional: <http://goo.gl/uNgdqq>.

Resumen: El presente trabajo plantea una visión crítica del enfoque que da la misma importancia y jerarquía a las actividades administrativas de limitación, prestación de servicios, fomento y gestión económica; propone la necesidad de una nueva perspectiva que resalte la importancia mayor de la actividad de limitación respecto de las restantes, en especial en un sistema de economía social de mercado como el que postula el *ordoliberalismo alemán*, y muestra la desnaturalización de la actividad de limitación en el Derecho Administrativo venezolano actual, y sus negativas consecuencias en materia de distribución y acceso a medicamentos y de distribución y acceso a alimentos. **Palabras clave:** actividad administrativa de limitación, economía social de mercado, intervencionismo. Recibido: 03-03-16. Aprobado: 29-04-16.

