

DESREGULACIÓN: LA INNOVADORA FORMA DE AUSENCIA NORMATIVA Y LIBERTAD DE MERCADO¹

Mitchelle Rincón Rodríguez²

RESUMEN. Las estructuras sociales se ven sometidas, con el paso del tiempo, a diferentes cambios y reestructuraciones, de allí que a partir de las últimas décadas del siglo XX un giro en la concepción de la economía y del papel del Estado en ella concluyera en la privatización de muchas empresas y la liberalización de algunos sectores económicos, y que para esto se recurriera a eliminar la mayor cantidad de normas de intervención estatal: desregularizar. Este texto tiene como propósito analizar la desregulación desde el marco económico, de la que es producto, verificando su relación con la libertad, en contraste a la necesidad de normas para garantizarla en el pasado, y las diferencias y similitudes con la regulación.

Introducción

Los procesos económicos, a través de la historia, han tenido una importante incidencia en las estructuras políticas y jurídicas, de ahí que, los cambios de paradigma en aquellos implican, necesariamente, modificaciones sustanciales de postulados al nivel del Estado, como es el caso del principio de legalidad, que se ve directamente afectado por los procesos desarrollados a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Si bien esos acontecimientos tuvieron como consecuencia el imprimir de un nuevo matiz definitivo a la «nueva» legalidad, que en esa perspectiva debe preocuparse especialmente por sucesos y lógicas económicas, entendiendo la idea innovadora de que el Estado es el ente idóneo para corregir las posibles fallas del mercado, y llenando su contenido, ahora, de componentes técnicos y económicos que antes excedían a sus fronteras, también tuvo, por otro lado, una respuesta que implica la eliminación y reducción de la normatividad.

Así, los procesos desregulatorios nacieron con la intención de dar un mejor ambiente de mercado y apoyar los procesos de privatización y liberalización. Este es un fenómeno que no tiene mayor desarrollo en la doctrina jurídica, pero que,

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 25 de agosto de 2018, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor-Asesor Cristian A. Díaz Diez, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA -que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo-, sino también para beneficio de la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es el *principio de legalidad*, dirigida por el Profesor (Investigador Principal) Fabián Gonzalo Marín Cortés.

² Auxiliar de investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, nivel II, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo -CEDA-*.

pese a la gran tendencia económica que posee, repercutе de forma directa en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, afectando la tendencia normativa que se venía presentando.

Debido a esto, este texto analizará el fenómeno de la desregulación enmarcado en los procesos económicos que transcurrieron para dar origen a él, también cuál es su noción y la relación que ostenta con la regulación, tanto en sentido amplio como estricto.

1. Desregulación: noción en el marco de una perspectiva económica

La mutabilidad de la historia repercutе, necesariamente, en cada una de las estructuras sociales existentes, de esta forma, las exigencias contextuales influencian la postura ideológica que se asuma respecto de la relación Estado-economía. De esta forma, diferentes contingencias, a lo largo de la historia, influyen en cambios de paradigma que, en general, crean la necesidad de analizar y reconfiguran el rol que el Estado tiene en el desarrollo de los procesos de mercado.

Para las últimas dos décadas del siglo XX, la postura que habían tomado las políticas estatales era de intervención, el capitalismo organizativo y el fordismo imperante no se contraponían a la acción activa del Estado, por el contrario, la necesidad de equilibrar las condiciones de la economía de la posguerra y de estimular la producción e inversión se convirtió en un escenario idóneo para que pudiera ejecutarse. De igual forma, incentivar el consumo —elemento clave del capitalismo— y velar por algunos derechos «sociales, económicos y culturales», dio lugar al conocido *Estado de Bienestar*.

Para la primera mitad del siglo XX, aunque con las particularidades que el Capitalismo imprimía, existía un rol activo del Estado en el mercado; sin embargo, la producción en masa creó un sobreabastecimiento de productos que ralentizó las ventas y el consumo, de igual forma, la quiebra del Fondo Mundial Internacional y la denominada crisis del petróleo contribuye al declive en las políticas económicas presentadas hasta allí³.

³ Capella menciona que: «[...] A principios de la década de 1970, con la derrota de los Estados Unidos en Vietnam, la anómala financiación de la guerra por este país [...] dio un golpe definitivo al sistema monetario internacional establecido en Bretton Woods. El dólar dejó de ser convertible y las razones de intercambio de las distintas divisas pasaron a basarse directamente en estimaciones sobre las economías correspondientes, esto es, en la confianza en ellas.

»Por otra parte, los principales países productores de petróleo, i» industrializado, se coaligaron para contingentar la producción y aumentar su precio. [...] Como el petróleo interviene de un modo u otro en todos los procesos productivos del «norte» industrializado, es incrementó los precios de los bienes.

»El aumento de los costes energéticos abrió la espita de la crisis» (CAPELLA, Juan-Ramón. Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 273).

De esta forma, se recurrió a una antigua fórmula utilizada y propuesta por Keynes, aumentando el gasto público; a pesar de esto, el mercado no logró revitalizarse, por el contrario, esa inversión de los dineros del Estado aunado a la disminución de los ingresos, creó una crisis fiscal que concluyó con una reevaluación de las acciones del Estado frente a la economía. De igual forma, la llegada al poder de políticos como Margaret Thatcher —1979— y Ronald Reagan —1981— dieron un impulso a una versión conservadora que sería la respuesta a esta nueva crisis.

Para la década del 80, en el mundo, teniendo como foco de impulso Reino Unido y Estados Unidos, se inició un proceso liberalizador categorizado como una ideología Neoliberal, donde se reevaluó a plenitud el papel incisivamente interventor y prestador del Estado. Para esta postura económica la solución no se encontraba en el Estado, por el contrario, su activismo era, en esencia, el problema central de los mercados.

De esta forma, empieza un proceso de privatización de empresas y liberalización de los mercados, y de reducción de la intervención a través de normas jurídicas, lo que se conoce como un fenómeno de «desregulación». Entendido así, en principio, como que toda acción del Estado en la economía, incluso normativa, significaba un perjuicio para los mercados.

De esta forma, Capella menciona que al finalizar el siglo XX se privatizaron, primero, todas las empresas de carácter público que nacieron en el periodo económico anterior y que eran el primer instrumento de intervención estatal en la economía productiva. También sugiere que muchos bienes que antes no eran mercantiles pasaron a serlo, que se inventaron y autorizaron otros, principalmente unos de características financieras⁴. Así, como se menciona, el modelo tiene como propósito específico:

«limitar las funciones de la administración, a través de la desregulación, desmonopolización y privatización de actividades, en la supuesta búsqueda de una mayor racionalidad en la administración del gasto público y de un correlativo aumento de la gestión privada en asuntos y actividades que antes eran marcadamente públicos (banca, transporte, salud, educación, energía, telecomunicaciones, acueductos, aseo). Para ello, supuestamente el Estado sólo debería ocuparse de actividades tradicionales como el cuidado de las fronteras, el orden público interno, la seguridad, la administración de justicia y el recaudo de impuestos. Lo demás, según este criterio, debería pasar al sector privado»⁵.

⁴ Ibid., p. 290.

⁵ SUAREZ TAMAYO, David. Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones - tendencias del Derecho Administrativo. Medellín: Universidad de Antioquia, 2010, p. 38.

En esta línea, la *Desregulación* es, inexorablemente, una consecuencia del avance de esta ideología económica, esta es entendida por Gema Mancilla como: «[...] un peculiar estilo de producción normativa, caracterizado por una reducción de normas de carácter público e intervencionista, que contrasta con la relevancia que el propio Estado por diversas vías concede a la autonomía normativa del sector privado [...]»⁶.

En este sentido, es claro que el proyecto económico Neoliberal necesita de una suerte de reducción normativa, principalmente de aquellas normas que tengan como esencia la regulación pública de los mercados, pues en el centro de su teoría la intervención del Estado solo acarrea desbalances económicos cruciales.

En ese punto, parece definitivo que el proyecto privatizador es contrario al amplio margen de regulación normativa que imperaba en los Estados, además de que su modelo de organización se contrapone a la esencia misma del Estado Social, teniendo así una devolución —casi completa— de la producción de bienes y servicios a los particulares⁷.

Además, señala Capella que esas políticas desregulatorias implican la eliminación de obligaciones a los particulares —empresarios—, y también, la atribución a que estos puedan regular a través del derecho privado las relaciones que se presenten entre los diferentes agentes económicos, aclara, sin embargo, que el Estado no desaparece⁸.

Para Mancilla este fenómeno, a menudo, se justifica en la premisa de la eficiencia del mercado⁹, teniendo así que en diversas ocasiones se tilde al Estado de poco idóneo para moverse al ritmo de los actores económicos privados, dando como resultado esta conclusión que debe apartarse de todo plano de mercado, dejando el espacio para que se desarrolle.

Ahora, un ejemplo ideal del proceso de desregulación es aquel que se dio en el ámbito laboral, pues si bien es cierto que estos en el campo financiero tuvieron una relevancia fundamental, gobiernos estandartes en la política Neoliberal, como el de Margaret Thatcher, centraron la atención de forma especial en las posiciones que para la época alcanzaron los trabajadores.

Capella hace referencia a que el trabajo ha sido objeto de políticas empresariales de flexibilización y desregulación, por aquellas hay que entender las que supediten el empleo a la conveniencia de los empleadores, sobre todo en lo

⁶ MANCILLA CÓRDOBA, Gema. Desregulación, Estado social y proceso de globalización [En línea]. Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, 2005, p. 246. [Citado el 21 de agosto de 2018]. Disponible en internet: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/desregulacion-estado-social-y-proceso-de-globalizacin-0/>.

⁷ *Ibidem*. p. 246.

⁸ CAPELLA, Juan-Ramón, Op. Cit., 2008, p. 296.

⁹ MANCILLA CÓRDOBA, Gema. Op. Cit., 2005, p. 241.

alusivo a la estabilidad laboral, y por esta, la eliminación de obligaciones antes impuestas a los empresarios por la contratación de los trabajadores¹⁰.

Entre estas políticas se resalta la minoración legal del coste/oportunidad para el despido de los trabajadores; así:

«Gracias a las políticas desreguladoras el sistema empresarial pudo proceder a despidos masivos, para a lo sumo readmitir o recontratar a los trabajadores en condiciones de trabajo a tiempo parcial, con contratos temporales o precarios, y ahondar en las diferencias entre el trabajo de los hombres y de las mujeres, de los jóvenes o de los trabajadores mayores de cuarenta años»¹¹.

La política desreguladora, por más que fue presentada junto a la privatización y liberalización como grandes innovaciones «salvadoras», no está exenta de dificultades, en principio, se reconoce un debilitamiento de las garantías democráticas para los ciudadanos, pues se genera una disminución de las condiciones de participación y de representación en condiciones de igualdad, en defensa de las personas ante las regulaciones y acciones de los privados.

2. Libertad: protegida por normas o por ausencia de ellas.

La libertad es, claramente, uno de los valores modernos más importantes, a partir de las revoluciones liberales su defensa y salvaguarda es transversal a la actividad del Estado y de los Ciudadanos. En 1789 los revolucionarios franceses estructuraron al Estado y sus instituciones para que, en todo caso, se protegieran las libertades individuales de los administrados.

Las experiencias monárquicas fueron claves para el desarrollo de las premisas del Estado moderno, pues el Antiguo Régimen les mostró que si las decisiones se encontraban al arbitrio de quien detentara el poder, la invasión injustificada a la esfera privada era inminente, además de la inseguridad acerca de qué conductas se pudieran realizar o cuáles eran sancionables, de igual forma, el grado de inseguridad que dejaba que el «monarca» no estuviera sometido a ninguna norma, de esta forma:

«El derecho no era visto en el antiguo régimen como legalidad, sino como un conjunto de derechos subjetivos (“cosmos de privilegios”: MAX WEBER). El derecho público se articulaba sobre la clave de bóveda de la posición subjetiva del monarca, pero, dada la posición trascendental de este, ni él ni sus agentes (en cuanto puros mandatarios suyos), tanto los

¹⁰ CAPELLA, Juan-Ramón. Op. cit., 2008, p. 292.

¹¹ Ibid., p. 294.

administrativos como los judiciales, estaban sometidos a las leyes generales (*legibus solutus*)»¹².

De allí que la producción normativa y la entrada en vigor del llamado principio de legalidad fueran garantías de libertad para los ciudadanos, en otras palabras, la existencia de reglas —en el sentido amplio de la palabra— se asimilaba como la libertad misma para los ciudadanos. Por el contrario, el fenómeno descrito en este texto, la desregulación, evoca a la libertad como justificación de la eliminación de normas del ordenamiento jurídico, lo que plantea, a simple vista, un paradigma acerca del verdadero papel que tiene la regulación en relación con la libertad.

Por ello, es importante señalar que el liberalismo no solo propugnó por la libertad de los ciudadanos frente a las actuaciones de la Administración, sino también por la libertad de la economía frente a cualquier intervención del Estado. Así pues, para la época se sostuvo la preeminencia del individualismo, que pone al hombre como centro de todo y como el único capaz de elegir cómo regir sus actos y decisiones, aduciendo que esta corriente se basó en la concepción negativa de garantía de derechos por parte del Estado, donde él debía limitar su accionar para evitar interponerse entre las decisiones de los individuos.

Esta corriente respetó los fundamentos del liberalismo —filosófico y político—, y construyó sus bases teóricas alrededor del individualismo, determinando que el hombre racional tenía como característica esencial el egoísmo y que este velaba, exclusivamente, por sus propios intereses. En esa apreciación se basó esta corriente, pues se afirmó que: «[...] Si se deja en libertad a cada individuo, éste seguirá su propio interés egoísta, y al favorecer el interés egoísta están auspiciando el de la sociedad. El gobierno no debe interferir en este proceso, y por consiguiente debe adoptar una política de *laissez faire*»¹³.

De esa forma, se propuso reducir las actuaciones del Estado todo lo que fuera posible, principalmente si de temas económicos se trataba, pues Smith planteaba dos situaciones fundamentales, en primer lugar: «[...] no reconocía en modo alguno la dependencia directa entre el “orden natural” y las leyes y la política del Estado. Sostenía que el “orden natural” se va abriendo camino de manera espontánea, inclusive contra la voluntad de las personas y la legislación estatal, si estas ofrecen resistencia»¹⁴. Y, por otro lado, resaltaba que no había necesidad de que el Estado ofreciera servicios, a excepción de algunos muy particulares, pues

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Navarra: Civitas 16°Ed., p.415

¹³ LANDRETH, Harry. *Historia del pensamiento económico*. México: Editorial CECSA, 2000. p. 71.

¹⁴ KARATAIEV N. y RINDINA M. *Historia de las doctrinas económicas*. México: Cartago, 1965, p. 163.

los individuos, en busca de satisfacer su interés egoísta, creaban bienes y servicios que serían intercambiados, y además podrían satisfacer las necesidades del otro.

En ese sentido, el proceso de desregulación adelantado por el Neoliberalismo no se contrapone, necesariamente, a las premisas del Estado clásico, por el contrario, el nivel de correspondencia es alto, pues en ambos se entiende como factor central la predominancia del individualismo, privilegiando las iniciativas privadas y propugnando por la reducción del Estado, de forma importante, en su fase normativa, dando lugar al proceso de desregulación.

Además, el proceso iniciado a finales del siglo XX tiene una tendencia liberalizadora y desreguladora más suave, pues en el Estado Clásico se entendió que el mercado se autorregulaba con una suerte de «proceso natural», por el contrario, en la actualidad las *fallas del mercado* son una realidad, el mercado deba ayudar a estructurar la economía, pero intentando, en definitiva, tener el papel más austero posible.

2. Desregulación: fenómeno inverso de la regulación

El prefijo «des» utilizado semánticamente para indicar una negación o inversión, indica que se invierte el significado de la palabra al que este asociado, de allí que desregulación sea, de alguna forma, una especie de antónimo de la regulación. Es decir, mientras la regulación, en el sentido amplio de la palabra, hace referencia a una amplia producción normativa, la desregulación propugna por eliminación.

De esto se colige que la contraposición entre desregulación y regulación, en sentido normativo, implica una afectación definitiva a la legalidad clásica, que se robusteció con la aparición del Estado Garante, y que, por el contrario, se ve menguada por la importancia de las nuevas ideologías económicas, de forma tal que no solamente se afectan las características de la legalidad, sino que, inclusive, se reevalúa su importancia, y se intenta eliminar su volumen cuanto sea posible.

Ahora, aunque se cree que la regulación y desregulación son contrarias, surge un interrogante respecto a la regulación en sentido estricto, pues ella también nace como resultado de los procesos de privatización desarrollados a partir de 1980; de allí que estas ideas privatizadoras no excluyen del plano a los servicios públicos, pero sometió muchos de ellos, en general los de tipo económico, a ser prestados bajo la *libre competencia*, configurándose como un cambio del modelo hasta ahí planteado.

Sin perjuicio de esto, no se escapó de la preocupación del Estado la correcta prestación de ellos. Menciona Muñoz Machado que el Estado se convierte convertirse en garante —Gewährleistungsstaat—, en vigilante de los mercados para

que la empresa privada respete la *libre competencia* a la que se ve sometida y la normativa jurídica del Estado¹⁵.

Es decir, que en ese mismo espacio de tiempo nace la *Regulación* como forma de dirigir el mercado, de que el Estado, aunque sea por medio de órganos técnicos, interfiera en la economía y mantenga los roles de control, inspección y vigilancia. De allí el interrogante, pues cómo dos procesos aparentemente opuestos nacen y se desarrollan paralelamente.

Una respuesta puede estar en el campo de la *autorregulación regulada*, Mancilla menciona que esta es una «especie» del género desregulación. Para Steve Pardo, la autorregulación se crea en un ámbito estrictamente privado, allí son los particulares y sujetos privados los que actúan creando normas, códigos de conducta, y otras referencias hacia las que, más o menos, orientan su actuación. Estas normas se generan en ámbitos privados y tienen las condiciones de validez que ellas mismas les otorguen; en ese sentido, estas reglas tendrían, entonces, la necesidad de aceptación previa y un margen de actuación reducido para quienes las acepten¹⁶.

Menciona el autor que a finales del siglo pasado muchas de esas normas, producto de la autorregulación —normas técnicas, protocolos de actuación, códigos de conducta, entre otros—, las adoptaron las legislaciones de los Estados y, las integraron al derecho objetivo¹⁷.

Así pues, de acuerdo con los planteamientos de Mancilla Córdoba, esa desregulación se convierte en una nueva forma de regulación autorregulada, que da paso al Estado Regulador, que para ella solventa muchos de los problemas planteados al Estado Social, como: la ineficiencia, exceso de paternalismo, hiperregulación, entre otros¹⁸.

Sin embargo, las dudas persisten, pues la regulación en sentido estricto no se limita a adoptar normas técnicas producto de la autorregulación, por el contrario, se identifica por contar con un nuevo órgano regulador eminentemente técnico, pero que, pertenece a la estructura del Estado. Además, sus normas tienen una fuerza vinculante que no necesita la aceptación de los privados y se comporta una verdadera norma jurídica, de ahí que, no sea una gran diferencia la que se advierte con aquella regulación contraria a la desregulación.

¹⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de derecho administrativo y derecho público general. La actividad regulatoria de la administración. Tomo XIV. Madrid: Agencia estatal boletín del Estado, 2015. p. 25.

¹⁶ ESTEVE PARDO, José. Lecciones de derecho administrativo. Ed.3. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 83.

¹⁷ Ibid., p. 83-84.

¹⁸ MANCILLA CÓRDOBA, Gema. Op. Cit., 2005, p. 241.

Bibliografía

CAPELLA., Juan-Ramón. Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Navarra: Civitas 16°Ed.

ESTEVE PARDO, José. Lecciones de derecho administrativo. Ed.3. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MANCILLA CÓRDOBA, Gema. Desregulación, Estado social y proceso de globalización [En línea]. Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, 2005. p. 246. [Citado el 21 de agosto de 2018]. Disponible en internet: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/desregulacion-estado-social-y-proceso-de-globalizacion-0/>.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de derecho administrativo y derecho público general. La actividad regulatoria de la administración. Madrid: Agencia estatal boletín del Estado, 2015.

LANDRETH, Harry. Historia del pensamiento económico. México: Editorial CECSA, 2000.

KARATAIEV N. y RINDINA M. Historia de las doctrinas económicas. México: Cartago, 1965.

SUAREZ TAMAYO, David. Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones - tendencias del Derecho Administrativo. Medellín: Universidad de Antioquia, 2010.