

TRANSFORMACIONES DEL ENTORNO Y LOS ELEMENTOS DEL SISTEMA JURÍDICO: CONCEPTOS ANALIZADOS EN LA PERSPECTIVA DE LO PROPUESTO POR FABIAN G. MARÍN¹

Mitchelle Rincón Rodríguez²

RESUMEN. Las transformaciones del «entorno» y de los elementos del *sistema jurídico* son partes determinantes en las reflexiones hechas por Fabián G. Marín Cortés en: «Principio de legalidad: cambio de un paradigma». Estudiar su pensamiento implica analizar de forma individual las ideas expuestas en el segundo capítulo del libro, describiéndolas y «conversando» con ellas, con la intención de identificar aquellas con las que se está de acuerdo, sea porque no implican mayor análisis o porque se concuerda plenamente, y presentando aquellas en las que no.

Introducción

Continuando con el análisis de las consideraciones hechas por el profesor Fabián G. Marín Cortés en el libro «El principio de legalidad: cambio de un paradigma», se estudiará el segundo capítulo: «transformación del entorno y de los elementos del sistema jurídico». Para esto se continuará con la metodología elegida, donde se identificarán las ideas principales del autor, con el fin de «conversar» con ellas y desarrollar algunas consideraciones propias alrededor.

Para empezar con los desarrollos teóricos de ese apartado, el autor parte de ideas expuestas en el primer capítulo del texto, específicamente, que el *principio de legalidad* surgió en el Estado de Derecho, en el marco del liberalismo del siglo XVIII, el cual se transformó en Estado social y constitucional de derecho, y alcanzó sus características ideales en el modelo político democrático³. También destaca que el Estado de derecho estuvo determinado por la «racionalidad», cualificada por varios conceptos como los derechos humanos, la división de poderes, sus controles, la defensa de los administrados y la formulación del principio de legalidad. Finalmente, destaca una de sus ideas cardinales: que el principio de legalidad

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 20 de noviembre de 2021, 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 Juan David Montoya Penagos.

² Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, Nivel V, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA—*.

³ MARÍN CORTÉS, Fabián G. *Principio de Legalidad: Cambio de un Paradigma*. Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo, 2021. p. 85.

ocasionó la creación de un verdadero *sistema jurídico* –en los términos Niklas Luhmann–⁴.

Así las cosas, y con base en esas ideas, adelanto el propósito del capítulo: que el contexto en el que apareció el *principio de legalidad* se ha transformado en diferentes aspectos, ubicados tanto en el «entorno» como en los «elementos» del *sistema*, y que identificará algunas de las que considera más relevantes. De la formulación de la tesis central del apartado, y en general de su conceptualización, se destaca que un aspecto central y transversal es la teoría en la que basa su explicación, pues desarrolla sus formulaciones teóricas alrededor de lo propuesto por Niklas Luhmann.

En la extensión del capítulo, y en general del libro, se identifica el uso de tres nociones centrales: sistema jurídico –en perspectiva de los sistemas sociales–, entorno y elementos del sistema. A partir de algunas explicaciones sencillas de los conceptos que desarrolla Luhmann, se identificarán las ideas propuestas por el profesor Fabián G. Marín.

Luhmann define que el *sistema* está integrado por *elementos* y por relaciones que permiten que se interconecten entre sí, y que su existencia lo dota de dinámica. Esa situación ocasiona la imposibilidad de encontrar un sistema estático, sino que en ellos siempre existen variaciones provocadas, en principio, por las interacciones –relaciones– entre los elementos⁵. Otra característica relevante de los *sistemas* es la autorreferencialidad –autopoiesis–, la cual supone que el sistema se defina a sí mismo, entendiéndose como una unidad constituida, exclusivamente por él, caracterizándolo con autonomía⁶.

El autor realiza una diferenciación fundamental –que también lo será para las ideas de Marín Cortés–, entre el *sistema*, propiamente dicho, y el *entorno*. En ese sentido, destaca que no existe un *sistema* que sea por completo autorreferencial o que tenga un entorno indistinto, sino que también se presenta lo que él concibe como *entorno*. A continuación, propone que el punto de partida de cualquier análisis teórico sistémico parte en la diferenciación entre el *sistema* y el *entorno*, pues aquellos están «estructuralmente orientados al entorno», sino que existe a partir de él, se mantienen desde su diferencia, y tienen una interacción permanente⁷.

Con base en los planteamientos de Luhmann, Marín Cortés define los presupuestos a desarrollar, y –como señala aquel– parte de la diferencia entre

⁴ Ibid.

⁵ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales lineamientos para una teoría general*. Ed. 2 España: Anthropos Editorial, 1998, p. 38.

⁶ Ibid. p. 56.

⁷ Ibid. p. 40.

sistema –el *sistema jurídico*– y el entorno –soberanía o globalización según se explicará–, en las interacciones entre ambos, y en las consecuencias que esto supone para el *sistema jurídico*. La primera parte del análisis propuesto se centra en esa premisa y enfoca su atención en repercusiones definitivamente relevantes. Posteriormente, se enfoca en un estudio «interno» del sistema, reconociendo que sus «elementos» se modifican o alteran, sea por su correlación con el *entorno* o las relaciones que se desarrollan entre sí. Finalmente, Marín Cortés advierte que aun no especificará los cambios concretos del *principio de legalidad*⁸.

1. Entorno del sistema jurídico: de la soberanía del Estado-nación a la globalización

Como explicó Marín Cortés en el primer capítulo del libro, el *principio de legalidad* y el *sistema jurídico* –creado a partir de aquel– se configuraron en un contexto muy específico: el Estado de Derecho clásico. En este existían características distintivas, como su estructuración a partir de la idea de los Estados nacionales y la soberanía como elemento particular de esa organización político-administrativa. En ese contexto, el autor identifica a la soberanía clásica como parte del *entorno* del *sistema jurídico*, determinada como la posibilidad del que el Estado ejerza sus competencias en un territorio concreto, sobre su población y con base en el poder público, suponiendo la exclusión de otras autoridades e influencias en ese espacio⁹.

La importancia de la soberanía en el desarrollo de la temática requirió que el autor propusiera un marco conceptual, intentando delimitar su alcance –caracterizado por él mismo como riguroso y excluyente–, con base en definiciones de autores como George Jellinek y Hans Kelsen. En otro texto de su autoría, destacó que implica un ejercicio de poder sobre el pueblo y el territorio que habita, que tiene la pretensión de ser absoluto y excluye la aplicación de cualquier otra fuerza con fines de control y regulación¹⁰.

El concepto de soberanía no es unívoco, sino que depende, en gran medida, del autor analizado para definirla. Por eso, como explica Stephen D. Krasner se ha definido y delimitado de formas diferentes, e identifica cuatro significados contemporáneos diferentes: *i)* soberanía de interdependencia, referida a la capacidad de los estados para controlar el tránsito en sus fronteras de bienes, capitales, personas ideas, entre otras cosas; *ii)* soberanía interna, concerniente a las autoridades existentes en el interior de los estados, y a su capacidad para regular y controlar el comportamiento; *iii)* soberanía westfaliana o vatteliana,

⁸ MARÍN CORTÉS, Fabián G. Op. Cit., p. 86.

⁹ Ibid. p. 87.

¹⁰ MARÍN CORTÉS, Fabián G. Público y Privado: estudio sobre las transformaciones del derecho, del Estado y de la empresa. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008. p. 171.

relativa a la exclusión de fuentes externas de autoridad, tanto de *jure* como de *facto*, teniendo el monopolio sobre las decisiones y *iv*) soberanía legal internacional, referida al reconocimiento mutuo entre los estados¹¹.

Adicionalmente, agrega que en ese contexto se dividía, de forma precisa, los sectores público y privado, y en consecuencia sus regímenes jurídicos, porque las actividades del Estado se distinguían perfectamente de las practicadas por los particulares. También evidenció la separación entre política y mercado, con claridad en el titular del ejercicio del poder público y de la producción normativa, la cual ejercían órganos representativos y democráticos, y finalmente, la capacidad estatal para juzgar las conductas de los ciudadanos¹².

La amplitud de la acepción es innegable, no obstante, se caracteriza por limitar el poder de decisión, control y regulación en el estado –un territorio con población– a una autoridad, con la pretensión de que no interfiera ninguna otra «fuerza», de ningún tipo, ni externa ni interna, y de ninguna naturaleza, pública o privada. Además, el hecho de que se desarrollara principalmente en el Estado clásico, originado en las revoluciones liberales, supuso la distinción tajante del aspecto público y privado, como lo resalta Marín Cortés, con dimensiones delimitadas y con funciones connaturales a la condición de los sujetos que intervenían, basándose en la diferenciación entre política y economía.

Marín Cortés destacó que este *entorno* fue el «mejor» para que floreciera el sistema normativo, es decir, el principio de legalidad, debido al apoyo que tenía para justificar, objetivar y concretar el ejercicio del poder absoluto y exclusivo¹³. La conclusión del autor implica que se decanta por una concepción de legalidad clásica, determinada por el dominio de la autoridad, del control al poder, de la protección de los ciudadanos, y que se caracteriza por ser estricta. Sin embargo, se destaca que la soberanía clásica es el mejor contexto –*entorno*– para el sistema jurídico, solo si se tiene la misma posición del autor en cuanto al principio, porque si se considera que esta no es la «mejor», sino que es una aproximada a la que se originó posteriormente –la cual se explicará–, entonces, necesariamente, se discreparía de la tesis que expone Marín Cortés, y se tendría que sostener que las transformaciones del *entorno* implicaron un «progreso».

Aunque el concepto de soberanía y sus características podría ampliarse desarrollando ideas de diferentes autores –clásicos o contemporáneos–, Marín Cortés resalta que su intención no es ampliar el problema terminológico, como tampoco es el fin de este escrito, y efectivamente su significado no entraña la

¹¹ KRASNER, Stephen D. La soberanía imperdurable. Buenos Aires: Departamento de Ciencia Política y Gobierno de la Universidad Torcuata Di Tella, 2000. Recuperado de Revistas Uniandes Colombia Internacional Número 53, septiembre 2001. pp. 26 a 28.

¹² MARÍN CORTÉS, Fabián G. Op. Cit., pp. 91 a 92.

¹³ Ibid. p. 93.

inquietud del profesor –ni en este ni en otros textos–, porque su atención se centra en la alteración y transformaciones de la idea de soberanía.

Basándose en Hardt y Negri, pero especialmente en Gustavo Zagrebelsky, destaca que el concepto se modificó, gracias a factores que este denomina «fuerzas corrosivas», agregando la existencia de una crisis en su noción tradicional¹⁴. También destacó que la relación entre economía y política se ha modificado, teniendo repercusiones significativas en el derecho. Identifica como causa a la *globalización*, y siguiendo a Hardt y Negri, explica que este proceso afectó al Estado nación, teniendo un decaimiento progresivo, perdiendo fuerza e influencia, y perdiendo la capacidad de controlar las fronteras, los mercados y, en general, la economía.

En esa línea, se considera que la globalización es un fenómeno multilateral, que implicó cambios estructurales en el derecho y las organizaciones políticas y económicas. Este fenómeno tiene implicaciones importantes en la forma que se concebía la soberanía, porque si bien esta no desaparece, ya que siguen existiendo estados nacionales con cierta autonomía, sí se modifica de preponderante, de forma que, existe una pérdida o decaimiento independencia absoluta de estas formas organizativas, las cuales reciben influencias y presiones externas. Por esto, la globalización implica una modificación del *entorno del sistema jurídico*, y su interacción con los elementos y sus relaciones supone transformaciones en su interior.

El autor considera que el impacto del «nuevo» *entorno* –la globalización– en el sistema jurídico supuso consecuencias significativas. Para empezar, destacó que este fenómeno implicó que los sectores público y privado perdieron su identidad, borrando los límites de estos, y permitiendo que tanto uno, el privado, como el otro, el público, desarrollen actividades que antes le pertenecían exclusivamente a cada uno. Estas circunstancias se manifestaron en diferentes aspectos, primero, mutó el sujeto, permitiendo que los particulares sean titulares de tareas que antes eran propias del Estado; también se discutió la naturaleza de esas actividades, ya que no es claro si seguía tratándose de alguna de interés general o si eran de mercado, no siendo claro si ejecutan una función pública o mercantil¹⁵.

Marín Cortés también resalta que la situación generada por la *globalización* implicó cuestionar la titularidad de la potestad normativa, porque surge la posibilidad de que esta ya no sea exclusiva del Estado, sino que la comparta con particulares. También destacó que eso tiene consecuencias fundamentales, porque

¹⁴ Ibid. p. 91.

¹⁵ Ibid. pp. 97 a 98.

las exigencias éticas, la garantía de los derechos y los principios respecto a los que actúa dependen del titular del poder y del responsable de la gestión pública¹⁶.

Por otro lado, explica que la naturaleza de la función se confunde, porque en diferentes situaciones se encarga la gestión de lo público a particulares, y de actividades comerciales –esencialmente privadas– a entidades estatales. Además de la indefinición de la naturaleza, la situación tiene implicaciones adicionales, relativas al régimen jurídico aplicable a cada una, los cuales tienen características particulares, porque el de las primeras –las públicas– es eminentemente rígido y severo, mientras que el de las segundas –las privadas– es preferentemente libre o «condescendiente», como lo denomina el autor¹⁷.

Con base en esas consideraciones, señala que el principio de legalidad tiene transformaciones, porque la legalidad del Estado resulta excesiva para los particulares, y la pública insuficiente para lo estatal. De ahí que parezca justificado que se intercambien la legalidad connatural a cada sector, y a los sujetos que intervienen en ellos. Finalmente, expresa que la tendencia en el derecho es a reducir la intensidad de la legalidad, de toda ella, tanto la que aplica el Estado como gestor público y privado, como la de los particulares cuando ejecutan actividades propias del Estado¹⁸.

Igualmente, refirió que el sector privado no solo asumió funciones públicas, sino que también lo hicieron multinacionales extranjeras, quienes, en consecuencia, adoptan políticas públicas, injiriendo en sectores como la salud, la educación, el transporte, la infraestructura, entre otras. Adicionalmente, su impacto en los acuerdos económicos supone, asimismo, que intervengan en la producción normativa preparatoria a la inversión en algún Estado¹⁹. En consecuencia, destaca que lo analizado dificulta la distinción entre política y economía –actividades mercantiles–, favoreciendo la intrusión de los sujetos privados en asuntos públicos, como el caso de las políticas públicas, pero orientadas con principios y valores privados.

Las explicaciones del autor concuerdan con fenómenos conocidos y estudiados por varios autores, denominados principalmente como «huida del derecho administrativo», las cuales se caracterizan, según Gaspar Ariño, por un proceso de privatización del Estado, buscando su asimilación a la empresa privada, la supresión de los controles, la laboralización de la función pública, se abandonan los procedimientos públicos de contratación y se dispone del patrimonio público de

¹⁶ Ibid. p. 98.

¹⁷ Ibid. p. 99.

¹⁸ Ibid. p. 100.

¹⁹ Ibid. pp. 100 a 101.

forma flexible²⁰. En esa medida, determinó que el problema del fondo es hasta qué punto las actuaciones gestionadas con dinero público deben someterse a las reglas básicas y principios que presiden cualquier actividad estatal²¹.

2. Transformación de los «elementos» del sistema jurídico: ramas y fuentes del derecho y el derecho privado como posible legalidad del Estado

Fabián G. Marín explicó que los «elementos» del sistema, por actuar entre sí y por influencia del *entorno*, también sufren transformaciones. En primer lugar, señala que el derecho público como legalidad aplicada al Estado, se define como control, seguridad jurídica, garantía de derechos y establecimiento de competencias; no obstante, explica que no solo esta rama cumple esa labor, sino que también lo hace el constitucional, penal, civil, comercial y procesal, y destacó que el privado –civil y comercial– aplica en razón a las injerencias del sector privado en la esfera pública. Adicionalmente, identifica que el principio de legalidad ya no se reduce a la *ley* en sentido estricto, sino que se integra por multiplicidad de fuentes, de ahí que se haya considerado cambiar su denominación a *juridicidad*²².

Se destaca y comparte la idea del autor, es claro que en la actualidad existe pluralidad de fuentes normativas en el *sistema* jurídico. Un aspecto fundamental que influye determinantemente en la situación es la reconfiguración de la Constitución, e incluso de una nueva forma de Estado, caracterizado tenerla como fuente principal del ordenamiento, y como organizadora de la estructura administrativa, política y económica. Así, la creación de ese nuevo orden de fuentes supuso que allí donde la ley clásica era la ordenadora absoluta se encuentre un nuevo texto normativo –la Constitución–.

Las características de esta son diferentes e independientes de la antigua legalidad, porque ya no se fundamenta preponderantemente en reglas estrictas y predecibles, sino que contiene lo hace en principios –mandatos de optimización– y un amplio catálogo de derechos; además en esta fuente también se define la forma organizativa del Estado, la opción económica e, incluso, la manera en que se producen las normas, especialmente, regula los trámites legislativos.

Laporta explica que la principal consecuencia que suscita la aparición de la Constitución es la reestructuración de la jerarquización que tenía el ordenamiento jurídico, del sistema de fuentes. Destaca dos ideas fundamentales, primero, que la estructura del ordenamiento tiene como texto principal a la Constitución, aun por

²⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico. 1ª Edición. Bogotá: Universidad Externado, 2003. p. 92.

²¹ Ibid. p. 94.

²² MARÍN CORTÉS, Fabián G. Op. Cit., p. 114.

encima de las provenientes del legislativo, y segundo, que la primacía constitucional se tiene que garantizar mediante procedimientos judiciales²³.

Adicionalmente, en el *sistema jurídico* aparecen otras fuentes, en las que intervienen otros titulares de la potestad normativa, pues su expedición ya no es competencia exclusiva del legislador, órgano que en la perspectiva clásica representaba la voluntad general, sino que se confiere a otras autoridades. La Constitución es proferida por el constituyente primario, que según Laporta no tiene la misma legitimidad democrática que la legalidad clásica. Justamente problematiza esa cuestión, y la formula como una de las dos *objeciones democráticas*²⁴, mediante la exposición de dos formas de promulgación de este texto normativo –que en su concepción carecen de esa legitimidad–: *i)* concibiéndola como un documento que se impone desde afuera o «desde arriba» –por algo o alguien no perteneciente a la población– y *ii)* expedida como un documento estrictamente elaborado por procedimientos democráticos que igualmente con el tiempo carecerían de ese carácter²⁵.

Igualmente, se destaca que otras fuentes se profieren por autoridades como la administrativa, ya que, por ejemplo, una cantidad importante de disposiciones reglamentarias son hechas por la Administración central, pero, además, otros órganos administrativos expiden normas regulatorias. Asimismo, también actúan actores privados, los cuales expiden normas relativas a la autorregulación, y propician la aparición de la desregulación.

En la línea del autor, se considera que las fuentes normativas y las ramas del derecho, como elementos del sistema, variaron, existiendo una configuración diferente, estructurada en los términos explicados. Se destaca, especialmente, que la aparición de las nuevas fuentes y la reconfiguración jerárquica propiciada, principalmente, por la Constitución, transformaron sustancialmente el elemento:

²³ LAPORTA, Francisco. El ámbito de la Constitución. En: Revista: Doxa, 2002. p. 461.

²⁴ Laporta menciona al respecto que: «Para lo que aquí interesa la primera objeción [...] pudiera formularse así: supuesto que exista un órgano legislativo que represente fidedignamente a la mayoría de los ciudadanos y su pluralidad de convicciones, opiniones y preferencias, y que tome sus decisiones mediante la regla de la mayoría ¿cuál puede ser la razón que justifique la existencia de un texto constitucional que se superponga a ese órgano y limite sus competencias legislativas dificultando o excluyendo de sus deliberaciones y decisiones determinadas materias? Porque hay quien ha recordado que la noción de “democracia constitucional” ha podido ser considerada un oxímoron (Cfr. Holmes 1988) ya que, si un sistema político es democrático entonces no admite la limitación constitucional, y si es constitucional no admite la decisión democrática sobre algunas materias importantes». (Ibid. p. 461).

²⁵ LAPORTA, Francisco. Distinguiendo. El imperio de la ley. Una visión actual. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 462.

el *sistema jurídico* ya no está regido y conformado integralmente por la ley en su sentido clásico.

Marín Cortés también explica que la actividad judicial, especialmente la del juez constitucional, produjo transformaciones en el *sistema*. En desarrollo de la idea señala que el poder judicial dejó de aplicar reglas y trascendió a una concreción más creativa del derecho, incorporándose su actividad como otra fuente jurídica. Destaca que las sentencias proferidas tienen la misma fuerza vinculante de cualquier norma jurídica, pero en ocasiones es incluso superior. De esta forma, se considera una consecuencia clara del constitucionalismo es el nuevo papel de la jurisprudencia, la cual adquiere cada vez más protagonismo y relevancia, convirtiéndose en pautas de conductas: en normas propiamente dichas.

Las sentencias se fundamentan en normas constitucionales, las cuales tienen particularidades como el nivel de abstracción impropio de la ley clásica, y si bien esta forma de legalidad favorece la garantía de derechos y principios, también implican dificultades. En este caso, la fuente que se forma comporta dificultades en la predictibilidad de las decisiones frente a cada caso concreto, porque deja de ser una legalidad *ex ante*, y se convierte en una *ad hoc*, pues cuando el juez decide siempre examina situaciones del pasado.

Francisco Laporta menciona tres posibles consecuencias de lo que sería un «mundo sin reglas», donde las decisiones se toman a partir de normas que no se expresan como *reglas*. El autor destaca lo que él denomina «decisionismo», donde la decisión que se tome con respecto a un caso no proviene de ninguna regla normativa dictada con anterioridad²⁶. En esa lógica, el nivel de predictibilidad no solo es precario, sino que, de alguna forma, es inexistente, porque cada vez que se presente un nuevo caso los sujetos involucrados deberán presentarse y esperar que se solucione ese caso particular. En esa perspectiva, cada caso tendrá, en esencia, una decisión que particular y única²⁷.

Por otro lado, el autor presenta otra posible consecuencia, exponiendo que, aunque en la regla se encuentran previstas la generalidad de los casos, es normal que en algunas existen particularidades que no se ajustan a la regla, propiciando el «particularismo». Según este, quien tome la decisión deberá tener en cuenta las circunstancias del caso particular, así, el juzgador debe apreciar el contexto y las circunstancias especiales que se presenten para tomar una decisión que sea razonable, sin importar que ese proceso dé como resultado que se tenga que ignorar una regla²⁸.

²⁶ Ibid. p. 109.

²⁷ Ibid. pp. 110 a 111.

²⁸ Ibid. p. 121.

Finalmente, se refiere a las situaciones donde el caso a resolver no está previsto en la *regla*. Este punto tiene en cuenta que la decisión que se toma no es original, es decir, que se encuentra fundamentada en normas *ex ante* que pretendían predeterminar la decisión. En todo caso, la jurisprudencia actual se corresponde, en mayor o en menor medida, con los razonamientos que expone Laporta, pues cada vez existe mayor nivel de interminación y de impredecibilidad en la solución de las controversias.

Con esta nueva fuente, al priorizar las particularidades del caso y la abstracción de los preceptos en que se fundamenta la decisión, se gana en justicia material, superando las imperfecciones que dejó la *legalidad* del pasado; en ese sentido, crece la inseguridad jurídica a la vez que crece la justicia, y se desgasta la justicia cuando aumenta la seguridad jurídica.

Por otro lado, Marín Cortés explica que el lugar que antes era exclusivo del derecho público se encomendó al derecho privado, como consecuencia de las alteraciones de los elementos del sistema, propiciado especialmente por la interacción entre el *entorno* –globalización– y el *sistema jurídico*. Sin embargo, explicó que, en su criterio, el derecho privado no es suficiente para el Estado, ya que no garantiza los principios mínimos de lo público, toda vez que no está diseñado para eso, no asegura valores como la moralidad, la transparencia o la publicidad, y no protege a los derechos humanos²⁹.

El autor también señala que las problemáticas suponen la discusión acerca de la capacidad del derecho privado para controlar al poder público, y la conversión hacia este implica la existencia de pérdidas irreparables para el principio de legalidad, porque se abandonan principios y valores, incorporando algunos menos valiosos. Esta situación está determinada por las intenciones políticas y económicas que inclinan al principio de legalidad hacia lo privado o lo público.

Como explica el autor, en muchos casos se traslada la regulación de actividades que son –o han sido–, en esencia, estatales, y por lo tanto aplican derecho público, al sector privado, y en consecuencia al derecho civil y comercial. Como ejemplo, basta identificar lo que sucede con la prestación de servicios públicos por particulares, y consecuentemente la exclusión de estas y otras actividades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En consecuencia, se identifica, en relación con lo explicado por Marín Cortés, que el derecho privado ganó un espacio determinante en actividades y sectores regulados propios de la actividad estatal.

Gaspar Ariño expresó que el derecho público se preside de la idea de control o sujeción, que implica exorbitancia, pero también limitaciones superiores a las

²⁹ Ibid. p. 121 a 122.

que derecho privado impone a los particulares, caracterizándolo como «un cuadro de garantías». Además, la vinculación a la norma supone la garantía de la igualdad, el debido proceso, la publicidad y el control de sus decisiones, como contrapeso de sus inmunidades y privilegios³⁰.

Conforme a estas consideraciones, se está de acuerdo con lo expresado por Marín Cortés: que el derecho privado no es el régimen adecuado para las actuaciones públicas. El derecho público se concibió como la herramienta para evitar que el poder de la Administración perjudicara los derechos de los ciudadanos y, a la vez, para garantizar que sus actuaciones se dirijan a materializar los fines del Estado y el interés general, es decir, por ayudar a concretar los derechos de los administrados. El propósito del derecho público no se corresponde con el del derecho privado, por el contrario, este se creó para que sujetos en aparente estado de igualdad actúen en libertad, sin casi límites; defendiendo valores que se conciben como incompatibles con las actuaciones del Estado.

Al igual que Marín Cortés, se entiende que estas disposiciones carecen de los elementos esenciales que en esta tradición jurídica requiere el Estado. La limitación de su ejercicio es requerimiento particular a partir del que se configuró el derecho estatal –particularmente el administrativo–, lo cual se fundamentó en los abusos y descontroles que históricamente tuvo la Administración, el poder ejecutivo. Por esas razones, las normas públicas siempre propendieron por proteger al ciudadano, y garantizar que se cumplieran los fines del Estado y se materializara el interés general.

Bibliografía

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico. 1ª Edición. Bogotá: Universidad Externado, 2003.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales lineamientos para una teoría general*. Ed. 2 España: Anthropos Editorial, 1998.

KRASNER, Stephen D. La soberanía imperdurable. Buenos Aires: Departamento de Ciencia Política y Gobierno de la Universidad Torcuata Di Tella, 2000. Recuperado de: Revistas Uniandes Colombia Internacional, Número 53, septiembre de 2001.

MARÍN CORTÉS, Fabián G. Principio de Legalidad: Cambio de un Paradigma. 1ª Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo, 2021.

³⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Fabián G. Op. Cit., p. 107 a 108.

MARÍN CORTÉS, Fabián G. Público y Privado: estudio sobre las transformaciones del derecho, del Estado y de la empresa. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008.

LAPORTA, Francisco. El ámbito de la Constitución. En: Revista: Doxa, 2002.

LAPORTA, Francisco. Distinguiendo. El imperio de la ley. Una visión actual. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

