

DE LO PÚBLICO A LO PRIVADO: TRANSFORMACIONES EN EL ENTORNO Y ELEMENTOS DEL SISTEMA JURÍDICO¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. «Principio de legalidad: cambio de un paradigma» es una novedad editorial que inspira la elaboración de este texto. Especialmente, se estudia el Capítulo 2 del libro, donde, asumiendo el lenguaje de Niklas Luhman, Fabián Marín expone las transformaciones que ha sufrido el *entorno* y los *elementos* del sistema jurídico, con el fin de contextualizar las transformaciones del principio de legalidad. En este sentido, propone la globalización como el principal cambio en el medio del sistema jurídico, pues transformó los roles de los sectores público y privado. A partir de esto, destaca las modificaciones en el sistema de fuentes, como elementos del sistema jurídico, y crítica la reducción en la aplicación del principio de legalidad en atención a la reciente superposición del derecho privado.

Introducción

Agotado un amplio período de estudios dogmáticos, el Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– retoma un análisis teórico a partir de la reciente publicación del Profesor Fabián Gonzalo Marín Cortés: «Principio de legalidad: cambio de un paradigma». En sesiones anteriores, se estudió el contenido del capítulo 1 «Aproximación conceptual al Estado de Derecho y al principio de legalidad» donde el autor contextualiza el desarrollo del texto, dotando al lector de unas categorías básicas para la comprensión de su propuesta. Esta labor implicó la exposición sucinta de los elementos del Estado de derecho, destacando el principio de legalidad como uno de estos y definiendo su contenido esencial.

No obstante, el acápite no trató desde una perspectiva histórica la consolidación del Estado de derecho o el principio de legalidad, se propuso exclusivamente la conformación de un marco conceptual que ubica al Estado de derecho como el *entorno* o contexto donde surgió el principio de legalidad. A su vez, el primer capítulo del libro concluyó con un planteamiento clave: el principio de legalidad facilitó la creación del sistema jurídico en los términos que Niklas Luhman utiliza para describir los sistemas sociales. Es decir: *i)* cuenta con un *entorno* que lo acoge y del cual se diferencia; *ii)* se compone por *elementos*,

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 Richard Ramírez Grisales, 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 toda la comunidad académica.

² Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel II, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* –CEDA–.

vinculados por relaciones que se encuentran condicionadas con un orden o disciplina y *iii*) las relaciones entre sus elementos lo hacen complejo, único e individual³.

Con este panorama, el texto se propone analizar el capítulo 2 de «Transformación del entorno y de los elementos del sistema jurídico». En este acápite, y aunque parezca redundante, Marín describe las transformaciones que ha sufrido el sistema jurídico, tanto en su entorno como en sus elementos, asumiendo el lenguaje de Luhman para describir los sistemas sociales, donde encajan los sistemas jurídicos. Debe advertirse que si bien la integralidad del libro expone las transformaciones que ha sufrido el principio de legalidad, esta no es la oportunidad para dicho análisis. Asimismo, Marín es claro en que las modificaciones contextuales e intrasistemáticas que propone no son las únicas, sino las más notables en su criterio⁴.

En cuanto a la metodología del texto, se dará cuenta de los principales planteamientos y argumentos de Marín, sin extenderse en consideraciones descriptivas; por el contrario, se pretende un «diálogo con el autor», donde se tomen sus ideas como insumo primario objeto de análisis, aplauso o respetuosa crítica, solo si esta es necesaria.

1. La globalización: del derecho-Estado a la economía-particulares

La globalización es un fenómeno económico, social, político y cultural caracterizado por la difusión acelerada y generalizada de las tecnologías de la comunicación, así como «la interdependencia del conjunto de los países del mundo, producida por el aumento del volumen y de la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios y de los flujos internacionales de capitales»⁵. La RAE la define como el «Proceso por el que las economías y mercados, con el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, adquieren una dimensión mundial, de modo que dependen cada vez más de los mercados externos y menos de la acción reguladora de los Gobiernos». En otras palabras, ha sido un proceso antiguo de expansión del mercado internacional que, en virtud del reciente avance exponencial y desenfrenado de las tecnologías en materia de transporte e información, ha derivado en la cercanía, diálogo y negociación entre particulares y Estados de lejano origen en el globo. Hoy por hoy, el estudio de un fenómeno social, desde cualquier disciplina, implica cuestionarse el impacto que sobre este ejerce o ha surtido la gran oleada globalizadora⁶.

³ MARÍN CORTÉS, Fabián. Principio de legalidad: cambio de un paradigma. Medellín: Jurídica Sánchez R. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2021. pp. 75-76.

⁴ Ibid., p. 85.

⁵ CASSESE, Sabino. La globalización jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2006. 9 p.

⁶ El mundo, en virtud de esta figura, se ha transformado radicalmente durante los últimos 50 años; sin embargo, no es nuevo hablar de globalización. Ya en 1848, Marx y

Sin lugar a dudas, el derecho, la política y la economía han padecido sustanciales transformaciones en atención a este fenómeno. Marín atribuye a la globalización la modificación del *entorno* natural de los sistemas jurídicos en cuanto a la indistinción entre el sector público y privado y los asuntos propios de cada uno. Anteriormente, con la formulación clásica del Estado de derecho, generalmente liberal, el sistema jurídico se desarrollaba en sociedades donde: *i)* la política se distinguía del mercado; *ii)* el Estado era titular indiscutido del ejercicio del poder público; *iii)* existía un monopolio estatal de la producción normativa y *iv)* el Estado contaba con capacidad suficiente para juzgar las conductas de los ciudadanos⁷. En pocas palabras, el Estado ejercía clara y pacíficamente la soberanía.

No obstante, este paisaje se transformó sustancialmente con el proceso globalizador. De la mano de Sousa Santos, Hardt, Negri, Faria, entre otros, Marín destaca que, a raíz de este fenómeno, el sector privado incursionó en el desempeño de labores tradicionalmente propias del Estado o sector público, concebidas así por su relevancia en cuanto al interés general. Poco a poco, la gestión pública pasó de estar en manos del Estado a estar en manos de los particulares y este, a su vez, incursionó en actividades netamente mercantiles o del sector privado. La división tajante y robusta entre lo público y lo privado se convirtió en una delgada línea que, a su discreción, saltan los actores políticos, gubernamentales y económicos.

Entre algunos ejemplos de esta tendencia se encuentran: la prestación de servicios públicos por particulares, la ampliación de las funciones administrativas en manos de particulares⁸, la privatización de empresas públicas, la competencia comercial entre empresas estatales y la reducción en la prestación directa de servicios sociales por parte del Estado, acudiendo a la colaboración o contratación con los particulares para el cumplimiento de dichos fines.

Se comparte con Marín la idea de que esta transformación tiene dos manifestaciones en las cuales se podrían clasificar los anteriores ejemplos: por un lado, el sujeto responsable de *lo público* mutó, pues inicialmente no era una opción que sobre las actividades así catalogadas intervinieran los particulares. Por el otro lado, se puso en discusión la naturaleza de las actividades públicas, es decir, se

Engels, en el manifiesto del Partido Comunista, advertían que: «la gran industria abrió los mercados mundiales [...] espoleada por la necesidad de dar a sus productos una salida cada vez mayor, la burguesía recorre el mundo entero. Necesita de [sic] anidar en todas partes, establecerse en todas partes, crear vínculos en todas partes. Mediante la explotación del mercado mundial, la burguesía ha dado un carácter cosmopolita a la producción y al consumo de todos los países. Con gran sentimiento de los reaccionarios, ha quitado a la industria su base nacional. [...] En lugar del antiguo aislamiento y la autarquía de las regiones y naciones, se establece un intercambio universal, una interdependencia universal de las naciones».

⁷ MARÍN CORTÉS. Op. cit., p. 92.

⁸ Sobre este punto, en el caso colombiano, piénsese en el caso de los notarios y curadores públicos, las cámaras de comercio, las federaciones de comerciantes, las concesiones, entre otros muchos ejemplos.

cuestiona y se debate de forma ferviente si las labores comúnmente denominadas como del sector público —servicios públicos— poseían esta naturaleza o si eran mercancías que podían ser sometidas a las normas del mercado y no del derecho.

Respecto al principio de legalidad, la primera manifestación lleva a cuestionarse sobre el sujeto titular de la competencia y la potestad normativa que aquel ejerce; la segunda manifestación implica cuestionarse si es necesario juridificar la gestión pública en manos de los particulares y, también, la gestión privada que lleva a cabo el Estado. En palabras del doctrinante:

«La legalidad queda comprometida y desdibujada cuando la gestión de lo público se encomienda a particulares, y cuando la gestión de los particulares la asume el Estado, porque en los sistemas jurídicos occidentales —excepto el anglosajón—, lo público está agenciado por un derecho especial, el derecho de la Administración, que se impone con contenidos y fuerza inusitada sobre la gestión pública, dejando al derecho privado el acompañamiento de las actividades de ese sector. En definitiva, la legalidad de las actividades públicas es más severa y hasta asfixiante; y la de las actividades privadas más bien condescendiente. Cuando el sector público también asume lo privado —sin abandonar lo público— y el sector privado asume lo público, se tiende a distorsionar los regímenes jurídicos, es decir, el derecho que constituye la legalidad de cada uno, pues el sector privado busca al derecho privado para administrar lo público; y el sector público también pretende que se le aplique el derecho privado para gestionar las actividades mercantiles a su cargo, y también las públicas que conserva.

[...]

»En este escenario, que predomina con la globalización, el diseño del principio de legalidad se disloca porque la legalidad del particular no es suficiente para el Estado, y la legalidad del Estado es excesiva para los particulares»⁹.

Marín concluye con acierto que, en cualquier caso, hay una reducción en la intensidad de la legalidad cuando el Estado gestiona lo privado y cuando los particulares gestionan lo público, pues, en cualquier caso, se aplican normas de derecho privado —en atención al sujeto o al objeto— y estas tienden a garantizar en menor intensidad el principio de legalidad. Al respecto, quienes aplauden este *travestismo* acuden a un argumento pragmático: las normas de derecho público, leales en mayor medida al principio de legalidad, no propician que la actuación estatal o de los particulares sea eficaz, rápida, oportuna, o eficiente. Se plantea que la lógica del derecho estatal —que trata siempre de limitar al peligroso Leviatán—, termina atando de manos a su destinatario, impidiendo que cumpla sus funciones a cabalidad. Por su parte, proponen el derecho privado como un *idilio* de libertad, donde existen menos limitaciones para que el gestor de lo público o privado actúe.

⁹ MARÍN CORTÉS. Op. cit., p. 99.

A mi modo de ver, es posible concretar sistemas jurídicos donde el derecho público satisface el principio de legalidad y permite que la Administración —o mejor, el gestor, público o privado— desarrolle sus funciones cómoda y eficazmente, sin desechar los derechos, garantías y límites propios de su naturaleza; sin embargo, no es posible concretar un derecho privado que cumpla con el estándar del principio de legalidad acorde con los derechos en cuestión.

Continuando con el desarrollo de la transformación más importante: la incursión de los particulares en el sector público, Marín manifiesta preocupación en el hecho de que no solo se trata de empresas privadas locales, sino también de multinacionales extranjeras que se trasladan de su domicilio para prestar servicios en territorios lejanos. La consecuencia que a esto asigna es la puesta en vilo de la soberanía estatal, pues cuando los privados asumen la prestación de servicios públicos, de una forma u otra, tienen la potestad de establecer políticas públicas en asuntos de vital importancia. Además, plantea cómo los particulares extranjeros aparecen *negociando* o *acordando* las normas que regirán la prestación de sus servicios, desplazando la toma de decisiones en delicadísimos asuntos de instancias democráticas y estatales a medios contractuales o convencionales en instancias privadas. Si bien puede plantearse que los Estados no pierden soberanía al otorgar su consentimiento, no puede ignorarse que esta actitud no constituye una fisura sino un *boquete* respecto a la titularidad del ejercicio del poder público, que no solo pasa a manos de un particular, sino de uno que proviene de otro Estado.

Aún más problemático, pero consecuente, es que los particulares que dictan políticas públicas lo hacen a partir de «principios de la gestión privada» y no de la gestión pública. En mi concepto, hablar de «principios de la gestión privada» resulta inútil y pretencioso, pues existe un único principio: el de rentabilidad o ánimo de lucro, al cual es posible ponerle muchas máscaras, como libertad de empresa, autonomía de la voluntad, entre otros. Marín reconoce que es posible que los privados se aparten de sus pasiones y tomen conciencia de los intereses —derechos— que están en medio de su gestión, no obstante, si bien no se puede descartar dicha posibilidad, mi postura es radicalmente escéptica. Como el doctrinante muy bien lo destaca «Para él —los particulares— los servicios de interés general son un mercado naciente para aprovechar, una oportunidad de negocios; [...]»¹⁰. En todo caso, este asunto implica la indistinción entre la gerencia pública y privada, lo que es igual a política y mercado, relación donde uno va desplazando al otro de forma cada vez más abrupta, o, aún más preocupante, el Estado-derecho va abdicando o cediendo el control, renunciando a imponerse ante los particulares-economía¹¹.

¹⁰ Ibid., p. 105.

¹¹ Sobre esta idea, Marín desarrolla los conceptos de *abdicación* y *deferencia* desde Adrian Vermeule. Este último, por ejemplo, se concreta cuando los jueces le otorgan mayor poder a la Administración al renunciar a controlar sus actos con el argumento de que se

Como razonamiento final respecto a las ideas que se vienen discutiendo, Marín propone una tríada muy precisa para comprender las implicaciones de la globalización en el derecho. En primer lugar, existe una pretensión *unificadora* de los regímenes jurídicos. Este objetivo proviene de la idea de que un ordenamiento jurídico global facilita las negociaciones entre extranjeros. El ejemplo más claro es la conformación de comunidades de países o la celebración de tratados de libre comercio entre grupos regionales de Estados. En segundo lugar, se sugiere *reducir* la producción normativa o, en otras palabras, promover la desregulación, otra herramienta que facilita el mercado. Finalmente, se pretende modificar la producción normativa tradicional y crear organismos internacionales públicos que alteren el sistema de fuentes y permitan el *control* en manos de los particulares. En palabras del autor: «La estrategia de *unificar-reducir-controlar* desdibuja al derecho que se formó en los Estados nacionales, esencialmente producido al amparo del principio democrático [...]»¹².

En conclusión, el proceso globalizador ha desdibujado la distinción entre la esfera pública y privada, cuestión que modifica el *entorno* donde se desenvuelve y desarrolla el sistema jurídico y, por tanto, conlleva duras implicaciones respecto al principio de legalidad. En términos generales, el texto comparte la propuesta de Marín y se aparta exclusivamente en los detalles mínimos que fueron presentados. Cabe una salvedad, y es que, como se advirtió al principio, las ideas aquí descritas componen algunos de los virajes más importantes que identifica Marín en el entorno del sistema jurídico; sin embargo, podrían plantearse muchas más transformaciones o, incluso, ramificaciones menores de las que este presenta. Pese a esto, la selección fue correcta, pues estuvo orientada a destacar aquellas que tienen relación directa con el principio de legalidad, objeto de estudio general del libro.

2. El nuevo rol del derecho privado

Como se explicó, los elementos del *entorno* son exógenos al sistema jurídico y el primero se distingue del segundo con claridad. Ahora bien, los *elementos* propios del sistema son aquellas *partes* que componen el *todo*. Marín, que pretende destacar los elementos *agitados* del sistema jurídico, explica la significativa transformación en el sistema de fuentes del derecho y la pluralidad de ramas que lo integran. El sistema de fuentes mutó en la medida en que el legislador perdió su valor protagónico e, incluso, su valor prevalente a nivel normativo respecto a las normas emitidas por el poder constituyente. Así mismo, el sistema de fuentes se amplió considerablemente en cuanto a la competencia para expedir normas en sede

trata de decisiones eminentemente técnicas donde conviene que el gestor de lo público no se encuentra controlado por el juez, ignorante de los aspectos o parámetros técnicos en la materia (Ibid.).

¹² Ibid., p. 109.

administrativa, la ampliación de la estructura orgánica de los Estados, y, como se reconoce con desdén —propio, no del autor—, la validez de las normas provenientes del fenómeno de la autorregulación en cabeza de los particulares o de las fuentes internacionales.

Por otro lado, Marín destaca cómo estos amplios conjuntos de normas se integran a la legalidad, al punto de que no sería impropio modificar el término «principio de legalidad» a «principio de juridicidad», con el fin de describir de mejor manera todos los tipos de normas que a él se integran. También reconoce que, si bien el derecho público es el que cumple por naturaleza con los fines del principio de legalidad —principalmente, contención del poder—, el derecho privado se encuentra adherido a la nueva legalidad en la gestión de lo público por particulares y a la gestión de lo comercial por parte del Estado, de modo que se trata de normas que sí se integran al concepto de «principio de legalidad» pero en una menor intensidad. Claro, esta es una transformación bastante significativa en los elementos del sistema jurídico, toda vez que implica una metamorfosis en el régimen jurídico aplicable. Sobre esta última idea, realiza una crítica bastante acertada. En su concepto:

«i) el derecho privado puro no es legalidad suficiente para el Estado, porque no garantiza los principios mínimos de lo público —por tanto, los afecta negativamente— porque: a) no está diseñado, construido o pensado en función de lo público —y en realidad no tiene por qué hacerlo—, valores como la publicidad, transparencia, moralidad, entre otros. ii) También es cierto que el derecho privado perturba los derechos humanos, en forma permanente, y él mismo no lo percibe»¹³.

Nótese que no se trata de elaborar una crítica al derecho privado como régimen jurídico mismo, sino a su aplicación irreflexiva y desproporcional, especialmente cuando se aplica en instancias de la gestión pública. Los dos argumentos son sencillos: por medio de él no se concretan principios constitucionales de gestión administrativa de altísima relevancia y tampoco se trata de un régimen jurídico diseñado para la protección de los derechos humanos, como sí sucede con el derecho público, tradicionalmente concebido para cumplir ambos propósitos. En conclusión, el sistema se ha transformado en el sentido de incorporar de forma creciente el derecho privado en los asuntos estatales, lo cual pone en entredicho la calidad del principio de legalidad y los pilares fundamentales del Estado de derechos desde una perspectiva material.

Del mismo modo, esto implica cuestionarse si el derecho privado será capaz de contener al gran Leviatán. Marín reconoce que esto puede funcionar, siempre que se configure en Estados con tradiciones jurídicas anglosajones, donde el derecho administrativo prácticamente nunca ha existido, lo que no resulta asimilable a los países con tradiciones jurídicas disímiles. Así, la constitución de

¹³ Ibid., p. 121-122.

nuevos *Estados de derecho privado* y la superación de los *Estados de derecho público* representa un retroceso grave para la consolidación del principio de legalidad desde la filosofía que a este inspira.

Finalmente, el último *elemento* que se ha transformado también se inserta en el marco de las modificaciones sufridas en el sistema de fuentes: el juez constitucional ha asumido potestades normativas y ha excedido su papel de simple aplicador de la ley o el ordenamiento en su conjunto. Amparada en la idea de supremacía constitucional, la judicatura se abrogó la posibilidad de emitir reglas y subreglas con el fin de garantizar la prevalencia de la Constitución por encima de las demás normas del ordenamiento; estas son de obligatoria observancia por los operadores jurídicos. Este panorama es bastante disímil al rol que se le otorgó al juez con el surgimiento del Estado de derecho clásico. Ahora bien, esta irrupción del constitucionalismo moderno ¿se encuentra justificada? ¿vale la pena permitir que el juez se superponga arbitrariamente al legislador y a la Administración? Al igual que Marín, se comparte una postura contextualista, según la cual, esto va a depender de la capacidad y formación democrática con la que cuenten los órganos democráticos en cada Estado, por ejemplo, en Colombia la labor de la Corte Constitucional —aunque contando excepciones— ha resultado plenamente plausible de cara a un legislador insulso y grotesco.

Bibliografía

Doctrina

CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2006. 229 p.

MARÍN CORTÉS, Fabián. *Principio de legalidad: cambio de un paradigma*. Medellín: Jurídica Sánchez R. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo – CEDA–, 2021. 286 p.

