

«TRANSFORMACIÓN DEL ENTORNO Y DE LOS ELEMENTOS DEL SISTEMA JURÍDICO»: CRISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRADICIONAL¹

Aura Sofía Palacio Gómez²

RESUMEN. El principio de legalidad, eje fundamental del Estado de derecho y pilar del derecho administrativo, se ha transformado a partir de los cambios en su «entorno» y en los «elementos» que componen el sistema jurídico. Esta circunstancia obedece a varios factores, estudiados a profundidad en el libro: «Principio de legalidad: cambio de paradigma», –capítulo 2 «Transformación del entorno y de los elementos del sistema jurídico»–. El autor expone y desarrolla los siguientes temas: *i)* modificación en el *entorno* del sistema jurídico a causa de la soberanía y la globalización y la indistinción de los sectores público y privado y *ii)* agitación de los *elementos* del sistema, destacando la pluralidad de ramas y fuentes del derecho que lo constituyen, el papel del derecho privado en la legalidad del Estado y el rol del juez constitucional.

Introducción

En el libro «Principio de legalidad: cambio de un paradigma», el profesor Fabián G. Marín se pregunta por las transformaciones del principio de legalidad, a causa de varios factores: *i)* las modificaciones en el sistema jurídico donde se enmarca, *ii)* la alteración del *entorno* en el que se fortaleció, *iii)* el cambio de los *elementos* que lo acompañan y *iv)* la existencia de nuevas relaciones entre ellos. En esta ocasión se estudian aspectos relacionados con la soberanía, la globalización, el derecho privado y el neoconstitucionalismo, para sostener que el contexto del principio de legalidad ha cambiado, y en consecuencia él también.

A continuación, y con el propósito de describir las ideas principales del texto, dialogar con el autor y discutir sus planteamientos, se abordan los siguientes acápite: *i)* la modificación en el entorno del sistema jurídico a causa de la soberanía y la globalización y la indistinción de los sectores público y privado y *ii)* la agitación de los *elementos* del sistema, destacando la pluralidad de ramas y fuentes del derecho que lo constituyen, el papel del derecho privado en la legalidad del Estado y el rol del juez constitucional.

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 Sebastián 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 V, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* –CEDA–.

1. Modificación en el *entorno* del sistema jurídico: análisis de la soberanía y de la globalización, y de los sectores público y privado

Con la idea de que el principio de legalidad se consolidó y a su vez coadyuvó a la configuración de un sistema jurídico dotado de racionalidad, el profesor Marín se centra en la modificación que ha sufrido el *entorno*. Inicia su planteamiento destacando la idea de soberanía clásica, según la cual el Estado, apoyado en el poder público, ejerce sus competencias sobre un territorio concreto y una población determinada. Sin embargo, plantea que más allá de la terminología tradicional –significado y alcance del concepto *soberanía*– debe estudiarse la alteración de la institución en la realidad actual. Para desarrollar este problema filosófico-político destaca el pensamiento de Gustavo Zagrebelsky, quien considera que la soberanía se ha transformado, pasando de ser el Estado de fuerza capaz de imponerse con la ayuda del derecho público a desmoronarse por unas *fuerzas corrosivas*.

A partir de lo anterior, se retoman las reflexiones sobre el Estado de derecho, para destacarlo como la muestra del concepto de «Estado-nación», es decir, del derecho positivo ejercido en un territorio concreto, donde el Estado y la sociedad, dominados por el derecho, se distinguían. En ese *entorno* anterior existían dos sectores definidos –público y privado– y con propósitos distintos, además, se distinguía la política del mercado, había claridad en la titularidad del ejercicio del poder, la producción normativa era pública y se tenía capacidad estatal para juzgar a los ciudadanos.

Efectivamente, la *soberanía clásica* tenía relación directa con el Estado-nación, como lo propone el profesor Marín. Para Zygmunt Bauman imponer un orden en una parte del mundo adquirió el significado de constituir un Estado dotado de la soberanía para hacerlo. De este modo, se buscaba imponer un cierto modelo de orden, para lo cual era necesario adquirir el vehículo del Estado u ocupar el asiento del conductor en el que ya existía³.

En consecuencia, las premisas ideológicas de la Revolución francesa se perfeccionaron, de ahí que el sistema político liberal se afinara, se dividiera el poder en ramas, se protegieran los derechos humanos y se controlara la actividad pública. En este contexto el profesor Marín señala que no solo prosperó el Estado de derecho, sino también el *principio de legalidad*. En esa medida, considera que la idea de *soberanía* clásica fue el *entorno* adecuado para que floreciera el sistema normativo y se consolidara el principio de legalidad.

³ BAUMAN, Zygmunt. La globalización. Consecuencias humanas. 2ª Edición. México: Fondo de cultura económica, 2001, pp. 84 y 85.

Sin embargo, este «orden político y jurídico» se transformó, y lo que había sido estable durante dos siglos cambió debido al proceso de «transnacionalización de los mercados» –concepto de José Eduardo Faria– o, mejor, por la *globalización*. Este fenómeno también lo reconoce Bauman, quien sostiene que durante medio siglo, y hasta hace pocos años, en un mundo parcelado por los Estados soberanos se superpusieron dos bloques de poder. Se promovió un grado de coordinación creciente entre los Estados. «Sin prisa, pero de manera implacable, se promovió un principio nuevo –en la práctica política antes que en la teoría– de integración supraestatal. La “escena global” se convertía en el teatro de la coexistencia y la competencia entre grupos de Estados, en lugar de entre todos éstos»⁴.

El profesor Marín continúa señalando que en ese contexto la economía se impuso sobre el debate público, debilitando las prerrogativas del principio de la soberanía y del Estado-nación, agotando el equilibrio de poderes y perdiendo la autonomía del aparato burocrático. Este escenario se concretó en la alteración de la relación economía y política entre los sectores público y privado desde finales de 1970, que tuvo consecuencias directas en el derecho.

En su concepto este suceso tuvo repercusiones evidentes en el principio de legalidad, de las cuales se resaltan las siguientes: *i)* la globalización de los sectores público y privado derivó en la pérdida de identidad de cada uno, trastocando sus papeles, al asumir roles que le correspondían al otro. De esta forma, el sector privado comenzó a gestionar funciones encomendadas al sector público, lo que incidió en el derecho y en el principio de legalidad. Por lo tanto, y teniendo en cuenta que emplean las mismas instituciones, los mismos instrumentos jurídicos y persiguen las mismas finalidades económicas, ahora no es fácil diferenciar el «sector público» del «sector privado».

Esto se denominó la «tercera vía», «lo público no estatal» o «la Administración alterna o paralela de lo público», y se ejemplifica con la privatización de las empresas públicas y de los servicios, la liberalización agrícola, la desregulación del mercado laboral, la revocación de los monopolios estatales, las renuncias fiscales, la reducción y comercialización de los servicios sociales, entre otras. Adquirió fuerza a partir de las concesiones que el Estado-nación hizo para atraer el capital y la inversión de las empresas transnacionales. «Las estructuras administrativas, políticas y judiciales también se han hecho vulnerables a la disciplina establecida para opciones y decisiones económicas

⁴ Ibid., p. 86.

hechas en otros lugares, por personas y empresas sobre las cuales no existe control directo»⁵.

Como características principales, la «Administración alterna o paralela de lo público» ocasionó, por un lado, la mutación del sujeto responsable de lo público, de manera que el Estado dejó de ser el gestor de la mayor parte de las actividades de interés general y el titular del poder soberano, y los particulares – especialmente multinacionales– adquirieron este tipo de potestades; y por otro, la discusión en torno a la naturaleza de las actividades gestionadas –actividades de interés general o actividades de mercado–.

En criterio del profesor Marín, este cambio en el *entorno* del sistema jurídico ha transformado el principio de legalidad, porque la legalidad ya no está exclusivamente en manos públicas, sino también en manos privadas, reduciendo su intensidad. En efecto, como se desarrollará más adelante, la legalidad de las actividades públicas es más severa y totalizante, mientras que la legalidad de las actividades privadas es más dúctil. En esa medida, y en contraste con el principio de legalidad clásico –propio del Estado liberal– no es claro quién tiene la titularidad de la potestad normativa y si la legalidad es suficiente para los requerimientos del Estado. «Este contexto confunde al principio de legalidad, que ya no sabe de qué manera debe acompañar a cada sujeto de la globalización porque al mutar sus roles tradicionales se desconfigura la lógica con la que se asignaba»⁶.

Al analizar este apartado se cuestiona si existe una diferencia específica entre el fenómeno expuesto –«Administración alterna o paralela de lo público», donde lo público se *descentra*– y la «privatización», o entre aquella y la «huida del derecho administrativo». Aun cuando se reconoce que son sucesos propios del imperio de la economía, que materialmente implican la entrega de funciones propias del sector público al sector privado, se considera que la diferencia radica en que la «Administración alterna o paralela de lo público» supone que los *particulares* sean quienes ejerzan actividades de interés público, a partir de su perspectiva de interés de lucro, de ahí que se cambie la finalidad perseguida y se discuta si exista una modificación de su naturaleza; por su parte, la «huida del derecho administrativo» se relaciona con la mutación del régimen jurídico aplicable, aun cuando el Estado continúe desarrollando las actividades y, finalmente, la «privatización» es quizá una medida más radical y fuerte, que extingue lo público –su naturaleza y su régimen– y totaliza lo privado.

⁵ 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–CEDA–, 2021. p. 97.

⁶ Ibid., p. 100.

Continuando con los planteamientos del profeso Marín, otro suceso que tuvo repercusiones evidentes en el principio de legalidad es una prolongación del anterior: *ii)* consiste en la participación de las empresas privadas extranjeras en las actividades públicas, asumiendo la gestión de lo que antes le correspondía a una rama del poder público. De esta forma, es común observar que particulares de otros países interfieran en las políticas públicas, en la producción normativa y además negocien directamente con otros Estados. Apoyado en J. Habermas destaca las repercusiones de la participación de corporaciones socialmente poderosas –grandes empresas privadas– en la soberanía del Estado, pues aquellas no están sujetas a responsabilidades propias de los órganos estatales, ni tampoco al derecho propio del Estado, «a su legalidad original».

Aquí se plantea una tesis significativa que evidencia la transformación del *entorno* y el nuevo orden internacional, y consiste en el desafío a la capacidad de gestión de los Estados nacionales, al condicionarse a los acuerdos con particulares y a decisiones tomadas por fuera de su jurisdicción. En esa medida, se hace necesario negociar el contenido del derecho positivo, pues el Estado pierde la centralidad o el protagonismo como unidad de gestión económica, política y de iniciativa legislativa, y se ve obligado a formar alianzas con organizaciones estatales y privadas, donde confluyen distintos intereses –no necesariamente públicos y no necesariamente armónicos–. Para el principio de legalidad, el rechazo de la normativa pública –por considerarse estricta y rígida para las empresas privadas internacionales, y para sus negocios– se traduce en una afectación a su concepción tradicional. En efecto, a partir de José Eduardo Faria, consideró que en el Estado social el principio de legalidad se rigió por la idea de que lo que no estaba permitido estaba prohibido –legalidad rígida y característica del derecho público–; sin embargo, esta institución se transforma con la globalización.

A partir de lo anterior, *iii)* el profesor Marín agrega que el papel del particular en la globalización le permite incidir sobre la vida social, el interés general, la población, el territorio y su destino, sin buscar fines político-públicos, sino propósitos empresariales, que no necesariamente benefician a la ciudadanía. Su crítica fuerte está en sostener que el «administrador privado de lo público» es un gerente de bienes y recursos particulares. «Para él, los servicios de interés general son un mercado naciente para aprovechar, una oportunidad de negocios; aunque en ocasiones, pero pocas, es capaz de dominar su instinto, sus pasiones, para ver algo diferente, como el bien común y la necesidad de actuar determinado por la ética pública»⁷.

En esos términos, el derecho y su legalidad clásica no son apoyo suficiente y deseado por el administrador privado, quien por el contrario opta por

⁷ Ibid., p. 104.

reivindicar la autonomía de la voluntad, la libertad de empresa y la escasa vinculación a los derechos humanos. Cuánta razón le asiste al autor al evidenciar que la intención del administrador privado no es equiparable a la del administrador público, y aunque esto no se plantea como algo negativo, se demuestra la falta de compatibilidad con las actividades públicas, que requieren una pretensión más allá de sí mismo, más allá del interés particular.

Adicionalmente, con base en las ideas planteadas por el profesor Marín se cuestiona si realmente existe una disminución del principio de legalidad cuando se opta por instituciones insignes del sector privado, como es la libertad de expresión o la libertad de empresa. En principio se considera que estas figuras están contempladas *en* la legalidad privada, de manera que serían, en todo caso, principio de legalidad, por lo que no podría referirse a una «reducción» del principio de legalidad, sino a un «cambio de enfoque». No obstante, se considera, al igual que el profesor Marín, que la legalidad del sector privado –aunque es *principio de legalidad*– no es una que verdaderamente signifique «control al poder»; al contrario, apela por permitirle actuar con absoluta libertad, al fundarse en un terreno donde se asumen todos iguales. «[...] En sentido amplio, el derecho privado es legalidad, es decir, principio de legalidad [...] La cuestión está en que si bien es *legalidad* suficiente para presidir las relaciones entre particulares, es *legalidad* insuficiente cuando se aplica al Estado en sus relaciones de poder público». En consecuencia, aunque conforma el «principio de legalidad», no contiene una sujeción ideal para el Estado.

Un aspecto adicional desarrollado en este apartado se encuentra en el desplazamiento de la política y del derecho, a causa de la economía. El profesor Marín considera que esta circunstancia indudablemente cuestiona el papel del derecho y de la legalidad, pues mientras para la política el derecho es un fin, con valores autónomos; para la economía es un medio del cual se sirve con excesivo aprovechamiento. Ahora bien, aunque se concuerda plenamente con parte de su planteamiento, es decir, se acepta que existe una instrumentalización del derecho a cargo de la economía, no se reconoce, o al menos no con total certeza, que la política no lo utilice también, es decir, que no se sirva de él, y que no lo vea solo como un *fin*. Esta postura, que se anticipa no se respalda íntegramente, o que solo se plantea como una duda que aparece al leer las ideas anteriores, parte de una postura tradicional, quizá sociológica, según la cual la política se sirve del derecho para conseguir sus fines, de ahí que se piense en el derecho como un instrumento para controlar la sociedad y para establecerle los dogmas –éticos o no– que considere correctos.

Por último, *iv)* otro suceso que el profesor Marín consideró que tuvo repercusiones en el principio de legalidad fue el cambio de la idea de «derecho», pues ahora se pretende unificar los regímenes jurídicos, para facilitar el comercio

–transacciones– y el mercado; existe un volumen normativo cada vez más disminuido para administrar el sistema jurídico y aparecen los particulares – organismos nacionales e internacionales públicos– en la producción normativa, afectando el sistema de fuentes, el principio democrático y la legitimidad de las decisiones. En esa medida, la soberanía normativa se desdibuja, en cuanto la democracia y la legitimidad son sustituidas por una organización *técnica* y presuntamente privada.

Con lo anterior, el profesor Marín concluye que la globalización, como nuevo *entorno* que rodea el sistema jurídico, ejerce una presión fuerte sobre los *elementos*, «[...] una presión casi aplastante, modificando sus condiciones de existencia y sus relaciones, transformando su medio ambiente, induciendo cambios en el sistema, que necesita adaptarse para sobrevivir en las nuevas condiciones de existencia»⁸. Esta idea del autor, para nada alejada de la realidad, asusta a quien la reflexione, y no por el sentimiento anticuado de aferrarse a un principio de legalidad clásico, tradicional o inmutable, sino por evidenciar que existe algo que sobrepasa al Estado mismo. Aquel Leviatán –en los términos de Hobbes– está siendo manejado y menguado por una bestia más grande aún y más incontrolable, que se nutre por intereses individualistas y que perpetúa brechas sociales: el mercado.

2. Elementos agitados del sistema: pluralidad de ramas y fuentes del derecho, las normas privadas en la legalidad del Estado y el rol del juez constitucional

Evidenciada la transformación del *entorno*, el profesor Marín analiza los *elementos* que por sí mismos, y relacionándose, también modifican el principio de legalidad, de ahí que su cambio no obedezca solo a la agitación del *entorno*. Los elementos fueron analizados en el siguiente orden: «pluralidad de ramas y fuentes del derecho que constituyen el principio de legalidad actual», «controversia sobre el derecho privado como legalidad admisible para el Estado», «¿Estado de derecho público o Estado de derecho privado?» y «modificación al principio de legalidad introducida por el juez constitucional».

2.1. Pluralidad de ramas y fuentes del derecho

Una de las ideas del profesor Marín consiste en que ningún derecho como el administrativo asegura las funciones que tiene el derecho en el Estado de derecho, porque su legalidad expresa contención, dirección de su fuerza, predictibilidad de la conducta, garantía de la libertad y, entre otros, preestablecimiento de competencias; pero reconoce que existen otros regímenes

⁸ Ibid., p. 109.

que cumplen esta labor y que conforman el *derecho público* –constitucional, penal, civil, comercial y procesal–. Sin embargo, advierte que aunque la relación Estado y derecho no es evidente cuando se trata del derecho privado –civil, comercial y laboral privado–, actualmente el derecho privado se le aplica al Estado de manera importante, por las actividades públicas asumidas y gestionadas por particulares.

Para el profesor Marín, la aplicación del derecho privado al Estado –característica en las últimas tres décadas– reduce la intensidad de la sujeción, en tanto se pasa de un derecho duro –derecho administrativo– a un derecho blando –derecho privado⁹. En este apartado, aunque se comprende la postura planteada, en la medida en que es innegable que el Estado necesita una sujeción más fuerte, y que el derecho privado no es suficiente para contener su poder, porque se formó para regir relaciones caracterizadas por la igualdad de las partes, se considera que, de un lado, existen expresiones del derecho privado que pueden ser derecho duro, derecho fuerte, pero que aun así no le imponen el *yugo* que el Estado exige, y de otro, el derecho administrativo también puede encontrarse en un derecho blando, pero incluso así sus finalidades son más alineadas con la legalidad que el Estado necesita.

Por otro lado, apoyado en Santiago Muñoz Machado y Miguel Sánchez Morón, el profesor Marín considera que a la legalidad se le adicionan normas elaboradas por corporaciones, asociaciones o instituciones de base privada, transformándola en una *legalidad dinámica y variada*, de ahí que no solo se represente en la ley, sino también en los tratados internacionales, las normas que aprueba la Comunidad Económica Europea, los reglamentos, los principios generales del derecho y la Constitución. A partir de lo anterior se menciona un aspecto que preocupa a los defensores del constitucionalismo moderno, y que consiste en que, desde una visión pragmática, el funcionamiento ordinario del principio de legalidad –la forma en la que actúa el ordenamiento al que se vincula el Estado– no concibe las fuentes normativas según su jerarquía, de ahí que, por ejemplo, la Constitución –que se concibe superior y suprema– no sea la legalidad total, sino solo una parte. Esta precisión se realiza para evitar confusiones entre el valor normativo de la Carta Política con su contribución al funcionamiento del sistema.

Aquí se retomó la discusión, formal para algunos, material para otros, sobre la denominación del principio de legalidad –considerada obsoleta por la ampliación de las fuentes del derecho–. Se propuso el cambio de «principio de legalidad» a «principio de juridicidad», que recoge todas las fuentes y ramas del derecho que conforman la *juridicidad* exigible al Estado. En esa corriente se enmarca Eduardo Soto Kloss, quien sostiene que la idea de juridicidad supera la

⁹ Ibid., p. 115.

mera legalidad, y reenvía directa e inequívocamente al derecho y, por ende, a *toda* la ordenación jurídica y no solamente a una de sus manifestaciones –la ley–¹⁰.

Frente a la discusión se asume la siguiente postura: la ampliación del concepto *legalidad* a *juridicidad* es, en principio, deseable, en la medida en que abarca las demás fuentes del derecho que han adquirido solidez jurídica luego de la Revolución francesa –como es la jurisprudencia y los principios generales del derecho–; no obstante, su bondad no es absoluta, en tanto permite la inclusión de estas *otras fuentes* del derecho, consolidadas en la *globalización*, que no se observan convenientes, y que *desjuridifican* el sistema. Así pues, aunque aparentemente en una discusión estrictamente semántica, pareciera que la simple denominación tiene efectos considerables.

2.2. Derecho privado como legalidad admisible para el Estado

Analizando el antagonismo entre el derecho público y el derecho privado, el profesor Marín, apoyándose en Gustav Radbruch, precisa que: *i)* la distinción entre ambos no se concibió desde siempre, porque, por ejemplo, en la Edad Media no se diferenciaban, *ii)* no todo sistema jurídico la tiene, véase el socialismo que pudo prescindir del derecho privado, y el anarquismo del derecho público, *iii)* en todo Estado varían los límites entre los dos regímenes, *iv)* sí es posible que existan materias que les sean comunes y *v)* el valor y el rango de cada régimen varía de una época y de una concepción a otra. Luego, refiriéndose a Norberto Bobbio, añade que: *i)* la histórica distinción entre derecho público y derecho privado nace de la enunciación que el *corpus iuris* romano hizo de los conceptos, *ii)* esa relación se le denominó *dicotomía*, en la medida en que entraña una verdadera diferencia conceptual, donde se contrastan sociedades de iguales con sociedad de desiguales, ley de contrato y justicia conmutativa de justicia distributiva y *iii)* el derecho público ha sido históricamente dominante, pues lo privado se ha definido a partir de lo que no es público; sin embargo, su prevalencia se mide a partir de diversos contextos, véase la propiedad privada y la búsqueda del interés general.

Con fundamento en lo anterior, el profesor Marín expone dos tesis transversales a este apartado: por un lado, que existe una modificación evidente al régimen jurídico aplicable, con repercusiones concretas en el Estado; y por otro, que hay una intención creciente de aplicar el derecho privado a las entidades públicas, argumentándose la promoción de la competencia económica, la progresiva prestación de los servicios públicos por parte de empresas privadas y la pretensión de contrarrestar la corrupción. «El intercambio de régimen jurídico aplicable al Estado produce transformaciones profundas, porque se trata

¹⁰ SOTO, Eduardo. *Derecho administrativo: bases fundamentales*. Tomo II El principio de juridicidad. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1996, p. 32.

de su savia o de su sangre, de manera que cuando se aplica el derecho privado, en lugar del público, no será el mismo, pese a que su naturaleza jurídica se conserve»¹¹.

De acuerdo con el autor, las finalidades con las que se defiende la aplicación del régimen privado a las actividades públicas –o la conocida *huida del derecho administrativo*– ni siquiera se garantizan en la forma prometida. Piénsese en los beneficios de la prestación de servicios públicos por parte de empresas privadas: si bien en la actualidad existe mayor cobertura, en tanto más personas acceden a ellos, se trata de una *bondad* que no proviene de la aplicación del régimen privado, sino de los avances de otros campos externos al jurídico –como por ejemplo los avances científicos y tecnológicos–. Lo que sí es evidente es que la prestación a cargo de particulares ha desmejorado la calidad de los servicios, si se tiene en cuenta que la finalidad que busca el prestador no se enmarca en la satisfacción del interés general, sino en su ánimo de lucro.

Así las cosas, el autor sostiene que el derecho privado puro no es legalidad suficiente para el Estado, porque: *i)* no garantiza los principios constitucionales mínimos de lo público, al ignorar valores como la publicidad, la transparencia y la moralidad. Para evidenciar la idea, apoyado en Norberto Bobbio, plantea la diferencia entre un gobierno democrático sometido al dominio público, donde se exige que el poder sea visible, y el gobierno monárquico y absoluto, donde la acción del sobreaño es oculta y, por lo tanto, el poder es invisible. En esos términos, el derecho privado, a diferencia del público que propugna por la publicidad, protege, por ejemplo, el secreto empresarial, la intimidad personal y la reserva de información.

ii) La aplicación del derecho privado afecta los derechos humanos, los cuales garantiza de una mejor forma el derecho público. El profesor Marín evidencia los riesgos que corren los derechos humanos: en primer lugar, menciona que el derecho privado es un régimen que ofrece menores garantías para vincular el Estado al derecho, porque originariamente persigue las libertades máximas de no intervención y de autonomía de la voluntad, que no son compatibles con el poder del Estado; en segundo lugar, el derecho público es un sistema garantista que limita el poder del Estado, porque se diseñó y construyó con ese propósito; en tercer lugar, los derechos humanos encuentran un ambiente favorable en el derecho público para su desarrollo, en la medida en que el Estado actúa teniéndolos como límites; en cuarto lugar, el derecho público es un antídoto contra la arbitrariedad, porque el Estado no puede actuar en su contra; y, en quinto lugar, el derecho público desarrolla mejor la protección al interés general, en tanto esa es su finalidad –que por cierto es más armónica con los derechos humanos, que la búsqueda del interés particular–.

¹¹ Ibid., p. 120.

Con mucha razón se culmina este apartado refiriéndose a que la eficacia prometida por el derecho privado debe equilibrarse con la igualdad, la publicidad, la moralidad y la transparencia, y que ello ocurre en mejor medida en el derecho público. Efectivamente, exigirle estas garantías al derecho privado implica desestructurar su origen, y las finalidades que persigue.

2.3. ¿Estado de derecho público o Estado de derecho privado?

El profesor Marín sostiene que la aplicación del derecho privado al Estado es una construcción impuesta por el neoliberalismo económico, los mercados globales y el sistema de libre competencia, que incluso ha logrado que el mismo Estado exija este régimen, formando excusas, como la relacionada con la necesidad de competir con los particulares. Aunque persiste la discusión sobre la capacidad del derecho privado de sujetar al poder público, menciona la perspectiva del derecho anglosajón, que contrario a los países regidos por la herencia romano-germánico y francesa, no tiene mayor dificultad en emplearlo. Reconociendo que no es el propósito del texto, y como duda que se deja en comentario, no es claro qué tiene la idiosincrasia jurídica inglesa que permite el ejercicio del poder a partir de los postulados del derecho privado, pero se sospecha que ese régimen, a diferencia del latinoamericano y el de Europa Occidental, debe haberse construido a partir de dogmas éticos que trasciendan el interés de unos pocos.

En suma, la dificultad esbozada conduce a cuestionarse si el Estado de derecho que surge es un Estado de derecho público o Estado de derecho privado, y dependiendo de su respuesta se encontrará una transformación para el principio de legalidad. «[...] La conversión de los Estados de derecho público en Estados de derecho privado supone pérdidas irreparables para el principio de legalidad que lo materializa, por lo menos desde el punto de vista de su propia historia, porque se abandonan unos principios y valores y se incorporan otros, menos valiosos [...]»¹².

2.4. Rol del juez constitucional en la legalidad actual: el precedente judicial

En este acápite se introduce el cambio al principio de legalidad producido por el Estado constitucional de derecho, que se resiste a regirse solo por la legalidad normativa positivizada y plantea una legalidad del *precedente judicial*. De esta forma, la legalidad incluye a la jurisprudencia, especialmente la de la Corte Constitucional.

Esta transformación, que reconoce que el poder judicial trascendió de ser un aplicador de las reglas, a un poder creativo, se originó en dos momentos: *en primer lugar*, aparece la primacía de las normas constitucionales sobre el resto

¹² Ibid., p. 128.

del ordenamiento jurídico, que produjo una inversión en la lectura y aplicación de la legalidad, al prevalecer jerárquicamente las normas constitucionales sobre las demás. Para el profesor Marín, esta tendencia todavía honra al principio de legalidad estricto, porque si bien propone un orden en el sistema de fuentes del derecho, reivindica la obediencia fuerte por parte del Estado. Así pues, el contenido de las normas no se altera significativamente, aunque los elementos sí se agitaron, al cambiar radicalmente la forma de leer el derecho y los derechos. El juez adquiere un papel relevante, transformándose en el corrector de la ley a partir de las lecturas abiertas de la Constitución. «Así emergió un principio de legalidad transmutado, y sobre todo corregido, dirigido por la laboriosidad de las cortes constitucionales, por la marcada influencia de los preceptos superiores del ordenamiento, pero sin abandonar totalmente los de la ley y los reglamentos»¹³.

En segundo lugar, se encuentra la lectura del derecho desde los principios y los valores. El derecho se entiende menos normativo y más apreciativo, desplazando la importancia de la norma positiva, y permitiendo que prevalezcan los principios y los valores. En gran medida, y en contraste con la anterior, esta tendencia sí desestabilizó el principio de legalidad del Estado de derecho tradicional, porque ya no se conservó la positividad y la jerarquía de las fuentes, sino que se actúa en actitud reconstructora, con la pretensión de fundar un nuevo orden para administrar el sistema jurídico. En efecto, los contenidos jurídicos se transforman por la interpretación y la aplicación del derecho a partir de principios y valores, de manera que el juez termina produciendo nuevos contenidos, y corrigiendo las normas, ajustándolas, o incluso desechándolas.

Esta posición se fundamenta en la necesidad que tiene el juez de adaptar la Constitución al derecho positivo para administrar *justicia*, de manera que las providencias *cuasinormativas* se observan como el mecanismo para proteger efectivamente los derechos y la estructura del Estado. «La legalidad que surge se caracteriza por escurridiza, poco clara y mudable –por lo menos mientras se reconstruye todo el sistema, proceso que tarda décadas–; pero también por adecuada a las necesidades materiales, apropiada al presente, respetuosa de la defensa de los derechos y protectora de la institucionalidad»¹⁴.

Entre las problemáticas que se encuentran está, por un lado, la incertidumbre y la falta de certeza sobre los contenidos vinculantes, y por otro, la eventual tiranía de valores, que se desarrolla a partir de la carencia de legitimidad democrática –de la cual sí goza la ley–. Aunque el profesor Marín menciona que no se trata de un debate que deba abordarse en el texto, plantea una idea que recoge muchos sentires: en sociedades con sistemas políticos, económicos y sociales fuertes y maduros, con elevada eticidad, la intervención fuerte del juez

¹³ Ibid., pp. 131 y 132.

¹⁴ Ibid., p. 136.

resulta injustificada, porque el legislador y la Administración controlan las distorsiones del sistema; pero en sociedades donde los sistemas políticos, económicos y sociales no funcionan correctamente, la intervención proactiva del juez es el único control efectivo frente a la arbitrariedad.

Analizado lo anterior, resulta evidente, demostrable, que el principio de legalidad ha sufrido cambios, derivados de la transformación en su *entorno*, en los *elementos* que lo rodean y en las relaciones entre ellos. Sus bondades o no, aunque discutibles, no deben perder de vista que el derecho privado no responde a los límites que los ciudadanos deben exigirle a un Estado.

Bibliografía

Doctrina

BAUMAN, Zygmunt. La globalización. Consecuencias humanas. 2ª Edición. México: Fondo de cultura económica, 2001. pp. 175.

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. 286 pp.

SOTO KLOSS, Eduardo. Derecho administrativo: bases fundamentales. Tomo II El principio de juridicidad. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1996. pp. 479.

