

## **PÚBLICO Y PRIVADO: ESTUDIO SOBRE LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO, DEL ESTADO Y DE LA EMPRESA\***

*Luisa Fernanda Cano Blandón\*\**

La dicotomía entre lo público y lo privado ha sido objeto de múltiples y prolongadas discusiones desde áreas como el derecho y la filosofía, en ocasiones para reafirmar la existencia de tal división y, más recientemente, para argumentar la imposibilidad de mantener la línea que, desde la antigüedad, ha pretendido escindir la esfera pública de la privada. En esta última perspectiva se encuentran las inquietudes y advertencias planteadas en la reciente obra del profesor Fabián Marín Cortés, quien partiendo de un profundo análisis acerca de la legitimidad normativa del poder en un Estado constitucional, lleva al lector por un nutrido recorrido teórico sobre las fuentes modernas de legitimación, dentro de las que considera la vigencia del principio democrático, el respeto de los derechos humanos y la garantía de los derechos sociales. En este sentido, el autor señala que las transformaciones que ha tenido y está teniendo el Estado como consecuencia de la alteración de la lógica dicotómica entre lo público y lo privado, son fundamentalmente de dos tipos: el cambio en su interior, que tiene que ver con la forma de legitimación del poder del Estado y, el cambio en su exterior, según el cual el Estado “muda” de piel, es decir, se transforma en su organización institucional atendiendo a la nueva relación entre Estado, mercado y sociedad.

Respecto al cambio interior, Marín explora el concepto de legitimidad normativa, asociada al cumplimiento de las condiciones para el acceso al poder y para su ejercicio, y la legitimidad empírica o descriptiva, que se refiere al reconocimiento social del poder. En su análisis, se limita al primer tipo de legitimidad y en este punto advierte sobre el cambio hermenéutico que propicia la evolución del Estado legislativo al Estado constitucional, cuyos efectos se evidencian, además, en la tensión entre el principio de legitimidad democrática de las normas y el control constitucional, lo que inevitablemente nos conduce al interrogante sobre cómo

---

\* Título del texto de Fabián G. Marín Cortés, Temis, Bogotá, 2008, 261 p.

\*\* Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas e investigadora del Grupo “derecho y Sociedad”.

justificar la intervención judicial en asuntos tradicionalmente debatidos en órganos políticos. Tal inquietud del autor puede trasladarse, sin duda, al escenario nacional, en el que hemos presenciado intervenciones positivas, generalizadas y fácticas de los jueces constitucionales<sup>1</sup>, ante la omisión o ineficacia de la actuación política para proteger los derechos constitucionales, intervenciones que no han tenido –ni podrían tener– legitimidad democrática pero que encuentran razón de ser en la defensa del orden constitucional, de sus principios y derechos. Así, apoyados en Marín, podríamos decir que ante un poder político ilegítimo, que no asegura la vigencia de los derechos, sean estos civiles, políticos o sociales, se activa una especie de competencia transitoria para el juez constitucional de intervenir más allá del caso *sub judice* basado en una legitimidad no democrática.

Sin embargo, el juez constitucional no es el único actor que irrumpe en este cambio de “savia” y de “piel” del Estado. El profesor Marín advierte con vehemencia el interés del sector privado, nacional y transnacional en cooptar los escenarios de regulación, directamente o a través de incidencia política en estos, con el objetivo de hacer prevalecer intereses de tipo económico particular en detrimento del interés colectivo. En este sentido, la globalización ha conducido a un tipo de “política transnacional” sin límites geográficos que abre paso a la creación de órganos y relaciones basados en el mercado como lenguaje común de la humanidad y en el interés económico como pretensión generalizable lo que, a su vez, altera el sentido tradicional de soberanía del poder como atributo distintivo inviolable e indelegable del Estado, quien para surgir en el contexto global debe compartir espacios institucionales con empresas transnacionales y organismos supranacionales, lo que mengua su soberanía y acelera el desarrollo de la sociedad global. De este modo, al existir normativamente la posibilidad de que los particulares –nacionales o extranjeros– concurren con el Estado en la gestión de lo público, es necesario distinguir entre lo público estatal y lo público no estatal, es decir, entre la fracción de lo público que permanece bajo la propiedad y administración del Estado y aquello que Marín denomina la *administración alterna o paralela*, que se puede entender como un “tercer sector” que entra en la riña por un espacio en la antigua pugna entre lo público y lo privado; en otras palabras, como una solución intermedia para la permanente disputa entre Estado y mercado.

---

1 El profesor Rodolfo Arango Rivadeneira define los derechos sociales fundamentales como derechos del individuo frente al Estado en demanda de acciones positivas, generales y fácticas, es decir, una acción –en lugar de una abstención– con efectos potenciales sobre todas las personas y que implican una prestación fáctica, no normativa. Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Colombia: Legis, 2005, p. 113.

Este asunto, no obstante, no está libre de polémica y, en efecto, es objeto de crítica y preocupación en el texto que se reseña. A medida que crece lo público no estatal, se reduce el Estado y se encomienda el desarrollo y la protección de lo público a la iniciativa privada. Algunos de los problemas que surgen ante esta situación son: a) el dilema de la aplicación completa o atenuada de los principios que rigen la función pública a la administración pública paralela, b) la desprotección en que se encuentran los derechos humanos en la práctica del sector privado, c) el aumento de la brecha entre ciudadano-Estado y la prevalencia de la relación cliente-empresa, d) la confusión sobre el régimen jurídico aplicable a las nuevas formas societarias creadas para gestionar lo público, e) el ánimo de lucro y el interés económico de los particulares, lo que conlleva la falta de consideración de situaciones particulares de los ciudadanos, f) la posibilidad que tienen los particulares que prestan servicios públicos de moldear la normatividad y las políticas públicas que les aplican bajo el argumento de la flexibilidad y la eficacia y g) la renuencia a permitir el acceso a la información de las entidades lo que, a su vez, repercute negativamente en la participación ciudadana y en el control sobre quienes ejercen lo público no estatal.

Ante tal arremetida de lo público no estatal, vale la pena preguntarse por el significado mismo de lo público, pues si bien hoy entendemos que lo público no se reduce a lo estatal, tampoco queda claro si este espacio ideal –en el sentido weberiano– se encuentra en alguna intersección, por ejemplo, entre lo privado y lo estatal o, entre lo social y lo privado. En esta definición de lo público conviene recordar las visiones de Arendt, quien entiende lo público como lo común y lo visible<sup>2</sup>. El primer sentido, viene de la mano del poder soberano que encarna lo colectivo, aquello que es de utilidad general, pero no representa lo público en tanto abierto ni manifiesto, puesto que el poder puede sustraerse a la publicidad de sus actos<sup>3</sup>. El segundo sentido, identifica lo público con la metáfora de la luz, esto es, será público lo visible, lo ostensible, lo que aparece ante la sociedad y no se queda en la oscuridad de la esfera privada. De este segundo sentido de lo público derivamos derechos como el acceso a la información (art. 74 C.P.) y el derecho de petición (art. 23 C.P.). Un tercer sentido de lo público, lo asimila a lo abierto, a lo accesible a todos, en contraposición a lo cerrado o de imposible acceso general<sup>4</sup>.

Con esta breve reflexión sobre los sentidos de lo público y partiendo de la discusión propuesta por Marín, la pregunta es: ¿cuál de estos sentidos se pierde o se merma

---

2 Arendt, Hanna, *La condición humana*, México: Paidós, 2001 (reimpresión), p. 59.

3 Rabotnikof, Nora, “Lo público y sus problemas: notas para una reconsideración” En: *Revista internacional de filosofía política*, No. 2, Madrid, 1993, p. 78

4 *Ibid.* p. 77

con la creciente irrupción de la administración pública paralela? en otras palabras –y abusando de la redundancia– ¿qué le queda de público a lo público no estatal?, o bien, teniendo en cuenta los tres sentidos mencionados ¿los particulares que prestan servicios públicos, desarrollan una actividad de interés colectivo, visible y accesible a todos? Al parecer ninguno de los sentidos de lo público sale bien librado de este análisis: la pretensión económica de la iniciativa privada, el secreto de la información empresarial como garantía a la competencia y la posibilidad de exclusión del usuario que no paga por los servicios, llevan a concluir que poco o nada le queda de público al llamado “tercer sector”. Tal como señala Marín, estamos en presencia de una sustitución del Estado por la empresa y del ciudadano por el consumidor, en una relación despolitizada y mediatizada por la globalización económica. En este sentido y para alentar al lector, Marín señala que mientras existan necesidades colectivas existirá lo público, sin embargo, todo parece indicar que el valor privilegiado cuando de servicios públicos se trata es la eficiencia y, para lograr resultados a corto plazo, ha tomado fuerza la idea de que todo funciona mejor sin la presencia de la paquidérmica burocracia. Así, el discurso gerencial y privatista, representa la justificación para la desregulación y, lamentablemente, la pérdida de transparencia, de control ciudadano y de legitimidad de lo público.