
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



2003

A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 1, n.13, p.1-244, jul./set. 2003

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho <i>(in memoriam)</i>
Alice Gonzáles Borges	Marçal Justen Filho
Carlos Ari Sunfeld	Marcelo Figueiredo
Carlos Ayres Britto	Márcio Cammarosano
Carlos Delpiazzo	Maria Cristina Cesar de Oliveira
Cármén Lúcia Antunes Rocha	Nelson Figueiredo
Celso Antônio Bandeira de Mello	Odilon Borges Junior
Clémerson Merlin Clève	Pascual Caiella
Enrique Silva Cimma	Paulo Eduardo Garrido Modesto
Eros Roberto Grau	Paulo Henrique Blasi
Fabrcio Motta	Paulo Ricardo Schier
Guilherme Andrés Muñoz	Pedro Paulo de Almeida Dutra
Jorge Luís Salomoni	Regina Maria Macedo Nery Ferrari
José Carlos Abraão	Rogério Gesta Leal
José Eduardo Martins Cardoso	Rolando Pantoja Bauzá
José Luís Said	Sérgio Ferraz
José Mario Serrate Paz	Valmir Pontes Filho
Juan Pablo Cajarville Peruffo	Yara Stropa
Juarez Freitas	Weida Zancanner
Julio Rodolfo Comadira	
Lúis Enrique Chase Plate	
Lúcia Valle Figueiredo	

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião. e-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br
Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum - Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./fev./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002
publicada pela Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

Editor responsável: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira

Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta

Diagramação: Luis Alberto Pimenta

Revisora: Olga M. A. Sousa

Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros - CRB 1545/MG - 6ª região

© Editora Fórum Ltda., 2003.

Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.

Distribuída em todo o território nacional

Assinaturas e comercialização:

Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15-16 andar,

Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

Tel.: (31) 2121-4900 – 0800 704-3737

e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

www.editoraforum.com.br

Lo Público y lo Privado: Límites y Confrontaciones

Jorge Fernández Ruiz

Profesor Catedrático en la Universidad Autónoma del México

Las relaciones del Estado con la sociedad y con el individuo se dan en un proceso dialéctico evidenciado en la transformación incesante del ente estatal y en el cambio continuo del conglomerado social que lo genera. Empero, en la reseña fidedigna de esta perpetua mutación, se advierte una constante, representada por su protagonista de siempre: el hombre.

Las vicisitudes de este desarrollo dialéctico muestran cómo varían los roles asignados al ser humano y al Estado, de acuerdo con la ideología dominante en el mismo. En el aspecto socioeconómico, la ideología va a delinear el perfil del ente estatal para caracterizar sus prototipos más peculiares, como el esclavista, el feudal, el absolutista, el liberal, el intervencionista, y el neoliberal, por ejemplo.

Hoy en día, en un extremo del espectro ideológico se sitúa la tesis individualista, que sacraliza a lo privado, conforme a la cual el todo debe subordinarse a la parte, o sea: el Estado al servicio del individuo; en el extremo contrario, que consagra a lo público, se ubica la pretensión de someter la parte al todo, es decir, la teoría totalitaria del hombre al servicio del Estado.

Lo público puede interpretarse como un acento que adjetiva, en sentido contrario al de privado, a muchos conceptos usuales en el ámbito jurídico: administración, bien, cargo, derecho, dominio, función, funcionario, gasto, hacienda, interés, libertad, obra, orden, poder, seguridad, servicio, servidor, utilidad, son algunos de ellos.

En su Enciclopedia del Idioma, Martín Alonso explica el significado de público, como notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos; vulgar, común y notado de todos; concerniente o relativo a todo el pueblo; común del pueblo o ciudad; conjunto de las personas que participan de unas mismas aficiones o con preferencia concurren a determinado lugar. Conjunto de las personas reunidas en determinado lugar para asistir a un espectáculo o con otro fin semejante. Aplícase a la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa, como contrapuesto a privado.¹

¹ ALONSO, Martín, *Enciclopedia del Idioma*, Madrid, Aguilar, t. III, 1982, p. 3434.

Por su parte, el Diccionario universal de la lengua castellana, desarrollado bajo el plan de don Nicolás María Serrano, explica el significado del adjetivo *privado*, en los siguientes términos: “Dícese de todo lo que se ejecuta en familia, en el seno del hogar doméstico, a vista de pocos, sin formalidad, ni etiqueta, ni cumplimiento, como que no es para correr la contingencia del juicio u opinión pública, etc.— Reservado, ignorado, oculto, secreto, etc. — Aplícase a lo que es particular, peculiar y personal de cada uno.”² En este último sentido, se contrapone a lo público, en cuanto éste se entiende como potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa.

Lo público y lo privado integran, pues, una pareja contrapuesta de voces provenientes del latín: *publicus-publica-publicum* y *privatus-privata-privatum* que en el derecho romano ya conformaban un par de palabras antónimas en razón de su respectiva liga con el poder y la propiedad, con lo general y lo individual, con lo plural y lo singular; así, el derecho público se refería a la *res publica*, a lo que es de todos, a lo que no es propiedad privada, o sea, al poder; en cambio, el derecho privado era el relativo a la *singularum utilitatem pertinent*, de cada individuo, a lo propio, o sea, a la propiedad.³

Conforme al esquema individualista que preconiza la libertad y la igualdad, el mejor Estado es el menor Estado, pues su papel se reduce al de gendarme y se concreta a cumplir la fórmula liberal “laissez faire, laissez passer”.

Conducido a su extremo, el esquema liberal provoca la anarquía, en la cual, en aras de la libertad, de la libre empresa y del libre cambio, el hombre pierde su fin en sí mismo y pasa a ser un bien equiparable a cualquier otro de los que están en el mercado, en un proceso en que los individuos económicamente poderosos aplastan o, en el mejor de los casos, utilizan a los débiles o desamparados.

En el esquema totalitario, tanto fascista como comunista, el Estado se diviniza y el hombre pasa a ser un elemento a su servicio. La planificación y la actividad del Estado substituyen a la iniciativa y al quehacer individuales y sociales; el ámbito de libertad humana se reduce a una mínima e insignificante expresión, como se resume en la conocida frase de Benito Mussolini: “Nada fuera del Estado, nada contra el Estado, todo en el Estado.”

Entre ambos extremos ideológicos se establecen las teorías eclécticas

² Diccionario universal de la lengua castellana, ciencias y artes, bajo el plan de D. Nicolás María Serrano, Madrid, Astor Hermanos, Editores, 1881, p. 1081.

³ Vid. CABO DE LA VEGA, Antonio, *Lo público como supuesto constitucional*, México, UNAM, 1997, pp. 9 y 10.

que proponen, en mayor o menor medida, la intervención del Estado en el ámbito socio-económico, entre ellas destaca la basada en la solidaridad.

Acorde con las ideas de la doctrina del solidarismo, cuya esencia podría resumirse en la expresión “todos vamos en el mismo barco”, la parte tiende a unirse a sus semejantes para constituir un todo al servicio del bien común, en beneficio potencial de todas las partes.

Por tal motivo, el Estado no puede ni debe concretarse a ser simple policía, reducido a vigilar que el quehacer de los agentes sociales no dañe la libertad o los derechos de otros, ni perjudique o altere el orden público, como lo postula el pensamiento liberal.

En el esquema del solidarismo, de vigilante y guardián, el Estado deviene interventor y se convierte en promotor de la justicia, en un afán de corregir la justicia distributiva ocasionada por la libertad, a cuyo efecto regula, redistribuye, rectifica, orienta y planifica los fines de la actividad social.

De acuerdo a la tesis solidaria, se dice que la incapacidad del hombre para valerse por sí mismo en algunas etapas de su vida, le conduce a una permanente convivencia social, la cual le impone un deber de solidaridad que permea al individuo y a la sociedad hasta llegar a la organización política para dar paso al Estado solidario, sin duda un estado intervencionista que debe ser, por antonomasia, el Estado social de derecho.

Quienes promueven el solidarismo afirman que el Estado, lejos de ser un simple gendarme, garante del “dejar hacer y dejar pasar”, se debe preocupar por satisfacer las necesidades de carácter general o colectivo de la mayoría de la población, mediante la prestación de los correspondientes servicios públicos, ya sea directamente por la administración pública, o bien por particulares bajo un régimen de delegación de desarrollo de las actividades respectivas como puede ser la concesión, solución, esta última, que evita la marginación de la iniciativa privada en el proceso socio-económico.

Uno de los expositores del solidarismo, Oswald von Nell Breuning, señala que esta expresión se acuñó en Francia, y explica:

Solidarismo es aquel sistema de ordenación social que, frente a las doctrinas unilaterales del individualismo y del colectivismo, hace justicia al doble aspecto de la relación entre individuo y sociedad; así como el individuo está ordenado a la comunidad en virtud de las disposiciones para la vida social ínsita en su naturaleza, la comunidad se halla ordenada a los individuos que le dan el ser, en los cuales y por los cuales exclusivamente existe... Cada cual ha de responder por el todo cuya parte es; el todo ha de responder por cada

⁴ NELL-BREUNING, Oswald von, *Los principios de la organización social y económica*, traducción de Cantorell, 7ª ed. Barcelona, Herder, 1972, pp. 487 y 488.

común y la posición dominante que le asigna.⁴

Otra corriente de este cauce, encabezada por Leon Duguit, demanda la intervención del Estado, con apoyo en la solidaridad social, y busca mantener la convivencia humana, mediante la asignación de obligaciones tanto a los gobernantes como a los gobernados.

Las obligaciones o deberes de los gobernantes, según esta versión de la teoría de la solidaridad social, vienen a ser los servicios públicos, de suerte que conforme crece la solidaridad social aumentan los deberes de los gobernantes y, por ende, los servicios públicos, cuyo aseguramiento, organización y control queda a cargo del Estado que, según León Duguit, “es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes.”⁵

El Estado de bienestar, el *Welfare State*, o mejor dicho el Estado social de derecho, representa la manifestación del solidarismo social, empero, llevado al extremo, produjo un obeso Estado empresario, cuyas múltiples empresas en mano pública — con lamentable frecuencia ineficaces, ineficientes e improductivas —, no sólo inhibieron la actuación de la iniciativa privada, sino que, en muchos casos, se convirtieron en un lastre de las finanzas públicas, en razón de los injustificados números rojos con que operaron.

En el globalizado mundo de nuestros días se actualiza con renovado ímpetu la confrontación de lo privado con lo público, en la que ambos procuran su propio crecimiento a costa de su mutuo desmedro.

La privatización o reprivatización es promovida e impulsada por los dueños de la riqueza y del capital, para quienes sus afanes de lucro ilimitado, aunados a la libre competencia, constituyen las fuerzas básicas de una economía sana, que exige el libre juego de las fuerzas económicas y la menor intervención posible del Estado en el quehacer económico.

La corriente contraria, promovida por los partidarios del totalitarismo, postula la magnificación de lo público, en obvio detrimento de lo privado, lo que llevado a su extremo entraña el absoluto sometimiento del individuo al Estado, propósito que trata de alcanzarse mediante dos modelos diferentes: el socialista-comunista y el fascista, uno y otro reprobables.

Una corriente intermedia, que mantiene una posición ecléctica, trata de conciliar las corrientes contrapuestas con la finalidad de lograr un equilibrio estable, entre lo público y lo privado; entre la potestad y la soberanía del

⁵ DUGUIT, León, *Manual de derecho constitucional*, trad. José G. Acuña, Madrid, Librería Española y Extranjera, 1026, p. 71.

Estado y la dignidad, la libertad y los derechos y garantías individuales, que permita el desarrollo sustentable, tanto en lo técnico, como en lo social, en lo político, en lo económico y en lo cultural.

En el mundo de la globalización, los países desarrollados impulsan la privatización no sólo en el ámbito interno de sus respectivas economías, sino que, con el apoyo incondicional de los organismos internacionales, tratan de imponer a los países en desarrollo la privatización del mayor número de actividades a cargo del Estado, incluidas las esenciales, a efecto de expandir el mercado de capitales y de abrir a la inversión extranjera una amplia gama de oportunidades en apoyo de la economía interna de esos países industrializados, por ser éstos exportadores de capital y de tecnología.

Sin embargo, los desastrosos resultados de los procesos de privatización realizados en diversos países, predicen lo pernicioso que resulta para las economías de los países en desarrollo, caracterizadas por su falta de ahorro y capital internos, la privatización sin límites, porque ello conlleva la entrega de los intereses nacionales al capital extranjero.

En la encrucijada del inicio del siglo XXI, a los países en desarrollo les conviene retomar el modelo del Estado de bienestar, del *Welfare State*, para conjugar y armonizar los intereses diversos de una sociedad plural en un esquema que redistribuya los bienes y servicios con miras a la justicia social, sin incurrir en los excesos que dieron lugar a su ruina, cuales fueron la injustificada proliferación de empresas en mano pública y la corrupción.

Con tal propósito, es preciso determinar en los países en desarrollo, a la luz de sus características y peculiaridades, los linderos de lo público y lo privado, a cuyo efecto se hace necesario reservar al Estado la realización indelegable de una serie de actividades estratégicas que garanticen su independencia y soberanía. El resto de actividades debe dejarse en la parcela de lo privado, sin perjuicio de la vigilancia que el Estado debe ejercer sobre las de carácter prioritario, en cuyo desempeño debe preferirse a los particulares, lo que no debe ser obstáculo para que el Estado pueda incursionar en ellas, ante la deficiencia, ineficiencia o insuficiencia de la iniciativa privada.

En consecuencia, se hace necesario revalorizar la economía mixta, mediante sistemas que permitan la convivencia de la planificación y la libertad de empresa, así como la coexistencia de la empresa en mano pública y la empresa privada. De igual manera deberán rediseñarse los esquemas de gestión y de control de la empresa en mano pública para asegurar de manera efectiva su correcta actuación y erradicar la corrupción.

No podemos soslayar los enormes obstáculos que representa la rehabilitación y restauración plena del Estado de bienestar en los países en desarrollo, porque a pesar de entrañar una fórmula de equilibrada convivencia de lo público y lo privado, contraría los intereses del gran capital; pero estamos convencidos de que la modernización no debe estar reñida con la justicia, la equidad, el derecho y el beneficio de la humanidad; porque creemos que modernidad no debe ser sinónimo de hambruna, de desempleo,