

HORIZONTE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: PERSPECTIVAS OPTIMISTAS Y PESIMISTAS DE LA NUEVA LEGALIDAD FRENTE AL DERECHO¹

Juan José Alzate López²

RESUMEN. «Principio de legalidad: cambio de un paradigma» es la nueva obra del profesor Fabián G. Marín, donde se analizan algunos cambios que ha sufrido a través del tiempo el entorno y los elementos del sistema jurídico, y cómo estos han afectado la concepción clásica del principio de legalidad. En esta ocasión se analizarán los planteamientos del autor en el último capítulo del libro, titulado: «horizonte del principio de legalidad». En esta parte final, Marín Cortés presenta dos posiciones, una pesimista y otra optimista, respecto del principio de legalidad y su relación con el derecho, exponiendo así: i) una lucha entre racionalidades para ejercer el poder público; ii) el nacimiento de una nueva categoría de *soft law* y iii) una reivindicación del derecho y su extensión por medio de los derechos humanos.

Introducción

En el primer capítulo, el profesor Marín Cortés se acercó a las nociones básicas y fundamentales sobre lo que significa el «Estado de derecho», optando por una posición sustancial, pues esta nueva racionalidad del ejercicio del poder público es mucho más que la mera sujeción a la ley; es una serie de compromisos materiales. Luego ahondó sobre un elemento en particular del Estado de derecho: el principio de legalidad. Se trató de desmitificar la concepción totalizante que se tiene sobre este elemento, y se resaltó el importante papel que desempeñó en la construcción de un auténtico sistema jurídico.

En el segundo capítulo del libro se analizó, en los términos de la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann, cómo la variación en el entorno, a causa de la globalización económica, había afectado los elementos clásicos del sistema jurídico. Se hizo un énfasis especial en el pluralismo jurídico naciente, y en el papel unificador del derecho en torno a las instituciones y sectores privados, siendo el derecho público el principal afectado. Ahora el principio de legalidad que dirige, limita y racionaliza el poder no está compuesto únicamente de derecho público.

En el tercer y cuarto capítulo el autor analiza el papel actual de las fuentes formales del derecho ante el principio de legalidad, enfatizando sobre los cambios

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 27 de febrero 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, 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 I, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* –CEDA–.

que implicaron las nuevas teorías neoconstitucionalistas y la crisis de la ley tradicional dentro de este elemento del Estado de derecho. Luego analiza las nuevas fuentes de legalidad, tales como: i) el derecho supranacional; ii) la regulación, iii) la desregulación —que propiamente no es una fuente— y iv) la autorregulación. Las últimas tres fuentes, muy conectadas entre sí, persiguen una misma finalidad por distintos medios: remplazar al Estado y al derecho tradicional de la función normativa.

Pues bien, en el último capítulo del libro «Principio de legalidad: cambio de un paradigma» se expone una serie de conclusiones respecto al presente y futuro del principio de legalidad. El autor, dada las características y objeto de su obra, procura ser descriptivo, lo anterior no siendo impedimento para vislumbrar su posición crítica respecto a varias materias. A continuación se estudiará: i) perspectiva pesimista del principio de legalidad frente al derecho y ii) perspectiva optimista del principio de legalidad. La finalidad del escrito no es realizar un resumen exhaustivo de los planteamientos del libro, sino que se busca propiciar una especie de diálogo con las ideas más importantes del autor.

1. Panorama pesimista del principio de legalidad contemporáneo frente al derecho

Al inicio de la obra del profesor Marín Cortés se analiza el nacimiento del Estado de derecho a partir de las revoluciones liberales. Allí se interpreta que la palabra «racionalidad» tiene una carga semántica mucho más fuerte de lo que se podría creer, pues es esta la que determina el «cómo» se ejerce el poder público en un determinado momento; determina las formas, los principios y los valores por medio de los cuales el Estado ejerce su autoridad; es un *logos*, toda una lógica respecto al funcionamiento del Estado. De la *racionalidad del poder* se deriva su legitimidad. De hecho, de la racionalidad a la irracionalidad puede existir un paso de distancia, y este paso significa la diferencia entre un modo de ejercer el poder público y otro completamente distinto.

Partiendo de la historia, recuérdese que en la Edad Media el ejercicio del poder público era legitimado por una determinada racionalidad, una de corte teológica. Así pues, si Dios era el creador de todo el universo, era el encargado de dirigir el destino de los pueblos a través del rey, su representante en la tierra. Dios no podía ser irracional, y por lo tanto los súbditos obedecían los mandatos de su rey³.

³ El profesor Marín Cortés, en páginas anteriores, explicaba dicho argumento sobre la racionalidad del ejercicio del poder público en la Edad Media: «Esta también fue una racionalidad, distinta a la de la ilustración, pero racionalidad al fin y al cabo, solo que se debilitó hasta extinguirse como fundamento suficiente para explicar la relación de poder

A partir de las ideas ilustradas, y las revoluciones burguesas, se construye una nueva racionalidad, una de corte liberal y humanista, determinada por el nacimiento del Estado de derecho y el principio de legalidad. La racionalidad teológica se torna irracional, y una serie de teorías sustantivas de límite al poder pasan a remplazarlas. Nace el principio de legalidad clásico y se convierte en el pilar fundamental de esta racionalidad, una eminentemente jurídica, moral y política.

Pues bien, la *disputa*⁴ contemporánea por determinar la forma de ejercer el poder público se da entre la racionalidad jurídico-política-moral y la racionalidad científico-técnico-económica, habiendo esta última ganado cada vez más terreno. Pero, ¿cómo ocurrió esto? Para explicar esta disputa, Marín Cortés recuerda que el principio de legalidad no es, ni nunca ha sido, una herramienta totalizante por la cual se determina cada actuación del poder público, pues existen espacios a los que el derecho no llega, ni es deseable que llegue. En estos espacios, llamados *espacios vacíos*, la racionalidad científico-técnico-económica actúa libremente, pero no de forma autónoma, pues están cubiertos por las competencias asignadas al Estado; están cubiertas y legitimadas por la gran *armazón jurídica*. En tal espacio se propicia la lucha de racionalidades, donde la racionalidad económica expande su campo de acción —insubordinación leve— o fisurando el gran armazón jurídico —insubordinación radical—:

«A medida que se desarrollan y crecen, casi por razones físicas, quizá mecánicas, los «espacios vacíos» del derecho —o sea el lugar donde se desenvuelve la ciencia, la técnica y la economía, es decir, la parte atrapada entre las competencias asignadas a los distintos órganos del Estado— puján hacia el exterior, primero con su energía vital, estrujando al derecho, que literalmente los recubre, en ocasiones empujando con tal fuerza que si es posible lo fisuran y finalmente lo estallan, y de no ser posible actuarán hasta que simplemente se expanda, dilate o abulte la cavidad original dejada por cada materia en el *gran armazón jurídico*»⁵.

entre gobernante y súbdito. En la perspectiva de la ilustración, esta racionalidad se convirtió en lo opuesto, es decir, en arbitrariedad [...]» (MARÍN CORTÉS, Fabián. Principio de legalidad: cambio de un paradigma. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA—, 2021. p.54).

⁴ Precisamente esta lucha entre racionalidades es una verdadera disputa, una guerra. La una lucha por conservar su terreno y la otra por ganar cada vez más. Marín Cortés grafica cómo se da esta competencia o batalla entre racionalidades: «No es posible defender una racionalidad concreta, específicamente en una relación de superposición a otra, si no es apelando a justificaciones morales específicas, a facticidades, a convicciones personales y también culturales, tratando de demostrar, lógica y empíricamente, a partir de todas, que una nueva comprensión se impone, que una nueva visión del mundo es mejor que otra, en términos de validez material y moral» (*Ibid.* p. 242).

⁵ *Ibid.* p. 244.

Cualquiera de las dos insubordinaciones transforma la racionalidad propia del Estado de derecho y el contenido jurídico, político y moral del principio de legalidad. La gran armazón jurídica se modifica, y la clásica legalidad entra en crisis, pero no desaparece, sino que cambia de contenido. Un claro ejemplo de este espacio ganado por la nueva racionalidad es la corriente de la disciplina jurídica llamada «análisis económico del derecho», intentando explicar el contenido del mismo derecho a partir de las teorías económicas de maximización de la riqueza, desplazando los contenidos morales inmerso en la disciplina jurídica.

Según Marín Cortés, en el panorama actual no se pretende hacer un simple análisis económico del derecho, sino que se busca determinar su contenido a partir de un análisis técnico y científico del derecho. Es en este planteamiento donde surge un cuestionamiento, pues no es claro cuál es la relación entre economía, ciencia y técnica que plantea el autor. Se interpreta que lo *económico* de esta racionalidad son los contenidos de la ideología capitalista y los principios de maximización de la riqueza, es decir, todos sus elementos sustantivos. Esta ideología del capital, cuando no solo busca comprender el derecho sino determinarlo, necesita de la ciencia y la técnica como instrumento de legitimación. Así, se crea un derecho con fines económico-ideológicos claros, a través de una técnica de redacción completamente especializada y compleja. Como máximo ejemplo se tienen las múltiples resoluciones expedidas por las comisiones de regulación de los servicios públicos⁶.

Así, se tiene como resultado un derecho que formalmente es derecho, pero materialmente es economía. Entonces, ¿la nueva racionalidad reemplaza al derecho?, ¿tiene el derecho contenidos autónomos *a priori*? Sobre estas preguntas se retomarán posteriormente algunos planteamientos. Por lo tanto, lo que sí es claro es que esta racionalidad científico-técnica-económica pretende desplazar a la política. El viejo principio liberal, de la discusión sale la luz, queda abstraído de las decisiones socialmente importantes en donde opera el mercado. La reflexión y los debates entre la colectividad resultan innecesarios. En palabras del autor, a esta nueva racionalidad «[...] le interesa desconectar los vasos comunicantes de la energía que alimenta al derecho desde la política, para silenciar su voz, su

⁶ Esta es una idea que se construye a partir de la lectura sistemática de todo el capítulo, especialmente de este párrafo: «El capital, expresión que emplea *Imperio*, usa al Estado para que cree y conserve las condiciones que necesita para multiplicarse, entre ellas las políticas y las jurídicas. Por eso presiona a los Estados-nación, antes aliados en la multiplicación del capital. Cuando encuentra oposición, o si quiera resistencia, busca su transformación para favorecer las nuevas condiciones de explotación económica, en este caso la primacía del dinero —y se añade: de lo científico y lo técnico, esa es nuestra propuesta— sobre lo político y lo jurídico, pero sin extinguirlos porque los necesita, y tampoco le interesa reemplazarlos completamente, sino solo controlarlos, influirlos, determinarlos para su beneficio, porque una cosa es el capital y otra el poder político y jurídico» (*Ibid.* p. 251).

participación, y quedar a solas, iluminando las razones de las actuaciones públicas»⁷.

Parece que esta racionalidad no necesita de la política ni de la opinión democrática para legitimarse. Su legitimidad se deriva autónomamente desde su contenido técnico y científico; es este su punto de partida, pues en cuanto es ciencia es verdad, y la única opción válida es adherirse ciegamente. Es una legitimidad puramente científicista y tecnócrata, que tiene como punto de llegada los principios de las teorías económicas determinadas⁸.

Volviendo a las preguntas iniciales, si bien es cierto que algunos de los conceptos y categorías más tradicionales del derecho están siendo vaciados de contenido por la nueva racionalidad, parece ser que lo que en realidad se remplace es la filosofía como disciplina del pensamiento y de reflexión. El derecho no tiene muchos contenidos autónomos —más allá de su calidad coercitiva—, sino que estos han sido determinados por importantes discusiones teóricas desde la filosofía moral, la filosofía política y la filosofía del derecho como organizador social. El derecho siempre ha sido un instrumento, más o menos consolidado a partir de contenido filosófico, con la finalidad de facilitar la vida en sociedad y una resolución idónea de los problemas y conflictos sociales para alcanzar una mejor cultura de lo humano. Se cree, contrario de como preliminarmente piensa el autor, que lo que en últimas remplace la racionalidad científico-técnica-económica es la filosofía moral, política y jurídica, pues el derecho como instrumento seguirá siendo necesario⁹.

Queda un derecho amoral, desprovisto de humanismo y abstraído del concepto de interés general. Un derecho meramente económico —o al menos esta es la tendencia— que se legitima autónomamente. Un derecho con una finalidad utilitarista, inmediateista y material, poniendo los bienes por encima de lo humano; del humanismo. Surge un nuevo derecho, determinado por la racionalidad científico-técnica-económica, propiciando el nacimiento de una nueva categoría de *soft law*.

⁷ *Ibid.* p.253.

⁸ En palabras del autor: «Lo que la ciencia, la técnica y la economía tratan de hacer hoy es esconder el razonamiento sobre el bien común de la mirada de la política, cerrando las puertas de los lugares donde aparecen esos debates, para permitir el ingreso de los técnicos, a lo sumo de los tecnócratas, garantizando que el *logos* de la ciencia imponga su impronta en la reflexión sobre la administración de las cosas de todos» (*Ibid.* p.254).

⁹ El autor, parcialmente, parece compartir dicha idea: «Considerándolo desde cierta perspectiva, la ciencia, la técnica y la economía son el remplazo de la filosofía, la moral y la política, *mas que del derecho*, porque al fin y al cabo a este lo necesitan como instrumento para positivizar sus conceptos, para normativizar sus decisiones, para dirigir y controlar las conductas, conforme a sus conocimientos» (cursiva fuera de texto) (*Ibid.* p. 258).

El *soft law* o derecho blando tradicionalmente ha sido conocido como aquellos contenidos cuasi-normativos que, en principio, no tienen fuerza jurídica vinculante, pues es abstraído de las fuentes positivas del derecho, aunque sí produzca efectos prácticos. Es un concepto de reciente estudio que se encuentra en construcción, y puede asemejarse al concepto de autorregulación con efectos públicos en relación con la desconfianza en las potestades del Estado. Es a esto lo que el autor denomina *soft law acentuado*, en contraposición a la nueva categoría propuesta, el *soft law difuminado*.

Para Marín Cortés, este derecho blando *difuminado* es el derecho del que se ha hecho alusión a lo largo de este escrito. Esto es, al derecho positivo que en principio se vale de las fuentes tradicionales del sistema jurídico, pero con un contenido altamente económico, técnico y científico. El ejemplo claro de este tipo de *soft law* es la regulación, la cual es considerada una fuente formal pero con contenidos, formas y sujetos distintos. Este derecho blando no jurídico —tanto el acentuado como el difuminado—, y por lo tanto menos estricto, pasa a determinar la actuación del poder público y de los particulares, omitiendo el principio democrático y muchas de las instituciones jurídicas tradicionales¹⁰.

El novedoso aporte de Marín Cortés a esta discusión sobre el derecho blando no está en construir una nueva categoría, sino en advertir que «lo blando» de este derecho no está en su fuerza para vincular. De hecho, para ser derecho necesariamente tiene que vincular y producir efectos, sino no lo es. Así pues, tanto el derecho blando acentuado como el difuminado deben vincular a terceros, pues «lo blando» de este derecho se centra en tres elementos: i) en el «quién» lo produce, o su órgano competente, siendo un particular o una entidad pública distinta; ii) en «cómo», afectando y flexibilizando el procedimiento de producción y iii) en el «qué», respecto al contenido, uno de carácter menos jurídico-tradicional¹¹.

2. Panorama optimista del principio de legalidad contemporáneo frente al derecho

Hasta ahora el panorama respecto al derecho y todo su contenido tradicional relacionado con la justicia y la moral es desolador. Pero, ¿hay razón para ser tan pesimista?

En primer lugar, la obra del profesor Marín Cortés, si bien se centra en la perspectiva pesimista, es este su enfoque general, lo que no quiere decir que no

¹⁰ Marín Cortés complementa su argumento aduciendo que: «De alcanzar sus propósitos, el *soft law* erosiona al derecho estatal porque o lo elimina —*soft law acentuado*—, remplazándolo por un derecho elaborado por particulares y para particulares o, por lo menos, atenúa su rigor —*soft law difuminado*— cuando aún lo elabora el Estado» (Ibid. p. 265).

¹¹ Ibid. pp. 266-267.

haya motivos para ser optimistas respecto a un resurgimiento del contenido jurídico tradicional.

Para el autor, más que una reivindicación del derecho, hay una evidente expansión de la legalidad. En primer lugar, la racionalidad jurídico-política-moral le gana terreno a la racionalidad científico-técnica-económica a causa de los derechos humanos y las nuevas teorías constitucionales. Hay una reivindicación del derecho público, y una constitucionalización, no solo de las demás ramas del derecho, sino de las relaciones mismas entre los particulares, donde los jueces y su jurisprudencia juegan un papel preponderante.

A causa de la globalización se demostró el impacto que podrían tener los particulares con gran poder económico sobre la vida pública y la dignidad de las demás personas, por lo que fue imperante esta impregnación de los derechos humanos en todos los ámbitos sociales. Así, el principio fundante del derecho privado «la autonomía de la voluntad privada», queda en entredicho y se disminuye ante las normas de orden público¹². En consecuencia, el fenómeno produce una constitucionalización del derecho privado, y una aplicación directa de la constitución y sus preceptos en las relaciones privadas.

Además, la legalidad que se le aplica al Estado es mejor. Hoy en día el ejercicio del poder público se controla de una mejor forma a causa de los derechos humanos y su imperante observancia. La noción de responsabilidad del Estado se acrecienta y el juez constitucional y el de lo contencioso administrativo lo saben.

El Estado social de derecho, y el nacimiento de nuevas categorías de derechos —derechos económicos, sociales y culturales—, es otro triunfo de la moral, el derecho y la política. Se incrementa la legalidad del Estado, y se le imponen deberes directos a la Administración pública. La noción de dignidad humana se expande en todos los ámbitos de la sociedad como un valor superior. Se crea una lógica general de los derechos humanos.

Si bien, la aplicación de los derechos humanos a los particulares, el surgimiento de una mejor legalidad para el Estado y el nacimiento del Estado social de derecho son un triunfo para el derecho, la política y la moral en esta batalla entre racionalidades, no debe bajarse la guardia. Marín Cortés advierte que no está lejos el día en que la racionalidad científico-técnica-económica reaccione y trate de influir poderosamente en las constituciones¹³. De hecho, se piensa que este momento ya llegó, pues, al menos en Colombia, las sentencias de la Corte

¹² En palabras del autor: «los derechos humanos y los principios constitucionales dejaron de ser oponibles exclusivamente en las relaciones de los particulares con el Estado, para imponerse también en las relaciones de los particulares entre sí, extendiendo sustancialmente la legalidad de origen constitucional» (Ibid. p. 271).

¹³ Ibid. p. 274.

Constitucional con efectos económicos han sido arduamente criticadas, hasta el punto de proponerle a la Corte no entrometerse en tales asuntos.

Por último, el Estado de derecho sigue siendo la forma en la que la sociedad se organiza, no el Estado de economía. Las reglas técnicas juridificadas, las cuales *paradójicamente* han ampliado excesivamente la legalidad, siguen siendo derecho, y entran a la lógica misma de la racionalidad jurídica, lo cual puede significar una oportunidad para reivindicar los valores morales y de justicia en contra del inmediatismo económico y los intereses particulares.

Bibliografía

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

