

MARÍN CORTÉS Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: COMENTARIOS AL PRIMER CAPÍTULO DEL LIBRO¹

Santiago Álvarez Hernández²

RESUMEN. El primer capítulo del libro «Principio de legalidad: cambio de un paradigma», de la autoría del profesor Fabián G. Marín Cortés, propone la noción, el sentido y el alcance del Estado de derecho, como concepto contentivo del principio de legalidad. En seguida se presentan los problemas abordados por el autor, los razonamientos y las referencias utilizadas para solucionarlos, así como algunas apreciaciones sobre su perspectiva.

Introducción

El *principio de legalidad* es una institución fundamental en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Su concepción clásica surge por razones políticas, y su desarrollo evidencia una serie de transformaciones de lo que en un principio fue ideado. El profesor Fabián G. Marín Cortés investigó dicho principio, y en esta ocasión se realiza una reseña de los problemas abordados por el autor, los razonamientos y las referencias utilizadas para solucionarlos. Desde ahora es oportuno destacar al basto nivel teórico de sus propuestas, debido a la riqueza conceptual con la cual acompaña sus planteamientos, así como la valentía de proponer perspectivas adicionales sobre un fenómeno ampliamente abordado por juristas, filósofos y teóricos de la política.

1. Anotaciones, críticas y reflexiones a propósito del primer capítulo del libro: aproximación conceptual al Estado de derecho y al principio de legalidad

El profesor comienza su primer capítulo sentenciando que la modificación más profunda del Estado de derecho fue la del principio de legalidad, de lo cual encuentra aspectos positivos y negativos, y frente a lo que –indica– los pensadores deben aportar el máximo para preservar lo primero y reducir al máximo lo segundo. Establecida la anterior premisa, Marín aclara que su estudio no se incluye dentro

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 6 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* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Juan David Montoya Penagos, 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. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: *Principio de Legalidad*, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Marín Cortés.

² Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, nivel IV, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–*.

de los trabajos de orden históricos, ni el Estado o acerca del principio de legalidad, sino que apenas se trata de la presentación de bases conceptuales firmes y necesarias para los capítulos subsiguientes. De este modo, concluye su breve prelude advirtiendo que identificar los elementos más representativos del Estado de derecho permite entender mejor el sistema jurídico y el actual principio de legalidad, que –desde este momento lo pronostica– es asediado por una serie de novedosas fuentes que impiden comprenderlo clásicamente³.

Refiriendo «Las transformaciones del Estado contemporáneo» de Manuel García Pelayo, el texto destaca la ocurrencia de la Revolución francesa –y del resto de movimientos revolucionarios de la época– como hito que contribuyó a consolidar una nueva clase de Estado, que pretendía transformar el ejercicio del poder, que anteriormente se concentraba exclusivamente en el soberano. Siguiendo a Martínez Esteruela, el profesor precisa que la época pre-revolucionaria no se caracteriza por la ausencia de derecho, sino más bien de la existencia de uno empleado caprichosamente, «[...] que no era un verdadero derecho, protector de las libertades individuales»⁴. En consecuencia, plantea que la instauración del Estado de derecho pretendía racionalizar y dotar de legitimidad el poder, de manera que supuso avances tanto desde un punto de vista jurídico como de uno político.

Este planteamiento es compartido por la literatura jurídica contemporánea. Prácticamente es un indiscutible. Para ejemplificarlo, basta recordar que García de Enterría escribió un relevante texto en el que demostró las transformaciones que la Revolución francesa, y la instauración del Estado de derecho, había supuesto inclusive para el lenguaje⁵. Resultaría de gran valor académico analizar lo sucedido respecto al fenómeno jurídico al margen de las sociedades occidentales, que contemporáneamente bebieron de los postulados europeos, de manera que se pueda identificar si sucedió lo mismo –la limitación del poder a través del derecho– o si establecieron formas diferentes para el ejercicio del poder público.

Desde el primero, supuso la limitación del monarca a través de normas, mediante las cuales se define una conducta admisible mientras que se garantizan los derechos de los ciudadanos. A propósito, expresa: «La nueva posición con respecto al poder representó un cambio de concepción importante, en cuanto a la forma de ejercerlo, porque mientras en el Estado monárquico el rey actuaba sin norma –eficaz– que lo dirigiera, porque obraba con amplia libertad y discreción; en

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. 27-28

⁴ Ibid. p. 29.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa. Madrid: Real Academia Española, 1994.

el Estado de derecho la norma regula las acciones y asigna poderes al soberano»⁶. Pese a que en el fondo se esté de acuerdo con el profesor, desde el positivismo jurídico puede sostenerse que en realidad el rey no actuaba sin norma, sino que sus decisiones constituían propiamente las normas. En otras palabras, lo que pudiera asimilarse a la noción vigente de ordenamiento jurídico otrora no era más que la serie de designios del monarca, por cuanto en el Estado absoluto el derecho encontraba principio y fin en tal figura.

Seguidamente, y compartiendo las ideas de Passerin D'Entrevès, delimita la relación del Estado y el derecho en el Estado de derecho, aclarando que no se encuentra únicamente en esa especie –y para ello afirma que Estados antiguos también tenían formas jurídicas–, sino que su relación es tan estrecha que, aun cuando en ocasiones la norma no tiene un papel crucial, nunca se pierde la intimidad entre ambos. Al respecto, opone las visiones de Manuel Peña Freire, Elías Díaz y Liborio Hierro, por un lado, y de Hans Kelsen, por el otro, para dar cuenta de la discusión existente acerca de la relación entre el Estado y el derecho, en la medida en que los primeros –recurriendo a la conocida expresión de uno– consideran que «No todo Estado es Estado de derecho». En cambio, autores como el iuspositivista austriaco consideran que el único Estado existente es aquel instituye un orden que requiere la fuerza jurídica, capaz de regular las conductas⁷.

Marín asume posición en la anterior discusión proponiendo que el Estado de derecho tiene elementos «*proprios*», si se quiere esenciales de su definición, cuales son la del sometimiento del poder por medio de normas jurídicas que permitan controlarlo, desterrando las decisiones tomadas pasional, emocional o instintivamente. Además de esta postura, que opta por ella aparentemente por tratarse de la mayoritaria, referencia a Gustavo Zagrebelsky para sostener que no es simplemente una limitación formal, una aplicación de procedimientos para la materialización de la voluntad, sino que exige adoptar una perspectiva material, que tenga en cuenta los contenidos, los principios y los fines del Estado⁸. Dicho esto, complementa estos elementos esenciales del Estado de derecho con los que considera los elementos constitutivos, mínimos e irreductibles que sintetizan el Estado de derecho: «el principio de legalidad, la división de poderes, la legitimidad del poder y el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de los hombres»⁹.

Sobre el principio de división del poder público explica que se implementa con la finalidad de evitar los riesgos del exceso en su ejercicio que supondría reunirlos en una persona, de manera que se distribuyen las funciones de producir

⁶ MARÍN CORTÉS. Op. cit., p. 30.

⁷ MARÍN CORTÉS. Op. cit., pp. 30-33.

⁸ MARÍN CORTÉS. Op. cit., pp. 33-34.

⁹ MARÍN CORTÉS. Op. cit., p. 36.

normas generales y abstractas, de juzgar y de administrar. Una segunda finalidad la encuentra en que algunas decisiones deben tomarse con la participación de varias autoridades, de modo que el ejercicio del poder puede ser más racional, porque la legalidad de la actuación de un órgano debe ser calificada por otro. Partiendo de referencias indirectas de Locke y Montesquieu, plantea que la división de poderes no implica una separación absoluta de las ramas, en tanto la colaboración entre ellas genera escenarios en los que el poder público actúa de manera coherente, en unidad y acertada. A esto añade que actualmente surgen otros dos poderes adicionales, el electoral y el de control, sin que lo profundice por no ser parte del objeto principal del trabajo¹⁰.

Con relación al principio de la garantía de los derechos individuales, explica que el Estado de derecho asegura unos derechos mínimos e irreductibles que constituyen un respeto básico al individuo por parte de la organización política. Señala que la reivindicación de los derechos del hombre y del ciudadano formaron parte de las garantías que se idearon para que los hombres vivieran libremente en sociedad, ya que, con base en los postulados de Hobbes y Rousseau, en el orden pre-estatal existe una dinámica en la que solo puede imponerse y resistir quien tiene la suficiente fuerza¹¹. Adicionalmente, propone que el Estado de Derecho se caracteriza en un tercer aspecto por la existencia de un órgano especializado de juzgamiento para la Administración y para el poder legislativo, de modo tal que se garantice el ordenamiento jurídico. Esta postura del autor resulta bastante convincente, en cuanto a que, si se analizan las razones que subyace al origen del derecho administrativo, ninguna objeción puede plantearse a que comparten la finalidad de controlar el poder público, de establecer una dinámica más racional de su ejercicio, de garantizar los intereses de quienes son afectados por las decisiones de la autoridad.

Habida cuenta de lo anterior, destaca que el principio de legalidad es el elemento más importante del Estado de derecho, su piedra angular, «[...] pues compendia la idea central del sistema y resume perfectamente su propósito»¹². Según este, los actos del Estado deben sujetarse a las normas, y concretamente en la ley. De esta manera, la norma expedida por el Congreso o Parlamento se convirtió en la expresión de racionalidad del poder por antonomasia, en la manifestación de voluntad que no es ya de un solo hombre sino de la mayoría. Marín define la ley en su sentido tradicional, esto es, como la norma de carácter general, abstracta e impersonal que expide el parlamento. La generalidad implica que se aplique a todos los ciudadanos, asegurando la igualdad y evitando la preservación de privilegios injustificados.

¹⁰ MARÍN CORTÉS. Op. cit., p. 38.

¹¹ MARÍN CORTÉS. Op. cit., pp. 38-40.

¹² MARÍN CORTÉS. Op. cit., p. 41.

La abstracción se refiere a la generalidad en el tiempo, a que produzca efectos en el tiempo y no a situaciones coyunturales, con la intención de mantener la seguridad jurídica. La impersonalidad, por su parte, denota que lo regulado no sea respuesta a un escenario individual, sino que su aplicación sea a un número indeterminado de supuestos. Al respecto, se debe cuestionar: ¿estas características no son compartidas por el reglamento? Fijese que se trata de una declaración unilateral de voluntad de la Administración con vocación de permanencia en el tiempo, de manera que su sencilla definición ya comprende la abstracción. Adicionalmente, no se trata de un acto de contenido particular, que se agota con una aplicación. Esto solo demuestra que, aunque se tengan conceptos que permitan entender mejor las instituciones, aún queda mucho por recorrer académicamente, con la finalidad de delimitar de mejor forma las realidades referidas a través de conceptos y sus características.

Pese a esto, y refiriéndose a Zagrebelsky nuevamente, expresa que esta noción está en crisis, por cuanto existen normas particulares, personales y concretas expedidas por el parlamento y que aún se denominan como leyes¹³. El autor presenta sucintamente las causas de este surgimiento de la ley como mejor denotación del Estado de derecho, en los siguientes términos:

«La seguridad individual, imputable al propio soberano, causó, como reacción popular, que se exigiera una determinación previa de los hechos y de las conductas que implicaran efectos nocivos para la integridad personal o los bienes de los ciudadanos, así como una predeterminación de los impuestos y demás hechos que afectaran la propiedad privada. Pero no fue todo. También se requería que ese tipo de decisiones, restrictivas de los derechos individuales y la propiedad, fueran adoptadas por el pueblo, no por un solo hombre, que se podía abandonar a sus deseos o pasiones, necesidades y caprichos, afectando impunemente a la comunidad. En este contexto, la ley se ofreció como el espacio, lugar y momento donde se podía contemplar, válidamente, la posibilidad de afectar negativamente los derechos ciudadanos. Solo la ley tenía la posibilidad de limitar los derechos, y por eso su papel consistió en ordenar, autorizar y prohibir lo que antes el soberano, en forma inconsulta, ejercía como derecho propio, pero no como representante del pueblo»¹⁴.

De este modo, continúa explicando el profesor, la ley se mantiene como expresión de la voluntad del soberano, mas no esta vez la del rey sino la del pueblo, encausada en las formas jurídicas, suprimiendo designios provenientes de justificaciones divinas. Al hecho de la preminencia creciente de la ley se le denominó «imperio de la ley», debido a que esta norma –sostiene el autor– se

¹³ MARÍN CORTÉS. Op. cit., p. 42.

¹⁴ MARÍN CORTÉS. Op. cit., p. 45.

convirtió en la fuente de poder, en el principio ordenador de la actuación pública, en la concreción del interés general. Advierte que, como lo indica Liborio Hierro parafraseando a Kant, el imperio de la ley incluye una dimensión ética, en tanto tiene el imperativo de asegurar la mayor libertad de los individuos que sea compatible con la libertad ajena.

Luego de presentar los elementos propios del Estado de derecho y del principio de legalidad, Marín precisa que no debe confundirse el Estado de derecho, con el Estado liberal, con el Estado democrático, entre otros, por cuanto cada uno proviene de diferente ámbitos: el primero de la juridicidad, el segundo de la política y la economía y el tercero de la política. Que aunque tengan una relación estrecha, la magnitud de cada uno de ellos en un caso específico puede fluctuar de tal forma que existan incluso dictaduras de derecho –aunque sea débil–, monarquías de derecho o socialismos de derecho y democráticos.

Al cruzar la distinción entre liberalismo y democracia, argumenta que, aludiendo a Bobbio, la limitación a los poderes debe denominarse Estado de derecho –en oposición al monárquico–, mientras que la limitación de las funciones debe denominarse Estado mínimo –en oposición al máximo–. En sentido similar, argumenta que el Estado de derecho recibió distintos frutos del Estado liberal, en especial el carácter jurídico–político de sus instituciones, pero aquél se emancipó de este, ya que erigió una estructura medianamente independiente de los fundamentos político–económicos del Estado liberal. En sus términos: «En adelante, es decir, a partir del surgimiento de los primeros Estados liberales, con el respectivo modelo político–jurídico de Estado de derecho, se puso al servicio de otros sistemas de gobierno, siendo perfecto compañero del modelo liberal pero no exclusivo y excluyente»¹⁵. Desde una perspectiva formal queda poco que agregar a tal afirmación, en el sentido de que, con independencia de las razones económicas o políticas detrás de una forma de Estado, si el ejercicio del poder es sometido a las normas se estará en presencia de alguna expresión del Estado de derecho.

Enfatiza su posición afirmando que no es concebible un Estado liberal sin Estado de derecho, pero es posible un Estado de derecho en Estados que no son liberales. En consecuencia, manifiesta que el Estado de derecho perdió distintos valores infundidos por el liberal, que al tener un contenido más fuerte en términos políticos resultaba mayor que el Estado jurídico, dado que asumió criterios axiológicos provistos por otras formas de Estado, como el social de derecho, que propugna por la igualdad como medio idóneo para alcanzar un orden justo. En otros términos, Marín señala que el Estado de derecho mantuvo los valores del Estado liberal, por cuanto la individualidad se mantiene como premisa y límite de la conducta pública, pero también asumió nuevos derechos dados por lógicas

¹⁵ p. 49.

externas a este. De ahí que sentencie: «El nuevo Estado social de derecho no solo destrozó el sentido clásico del Estado de derecho, sino que hizo lo mismo con el liberalismo del siglo XVIII porque le impuso al gobierno la obligación de asumir nuevas y abundantes tareas, especialmente de carácter prestacional, para procurar la justicia y no solo la legalidad»¹⁶.

Si bien *a priori* se está de acuerdo con estos postulados, la realidad –en especial la latinoamericana y la colombiana– confrontan fuertemente estos planteamientos teóricos, por cuanto, aún cuando existen instituciones formales –palabras del ordenamiento–, la ineficacia del modelo es absolutamente evidente en un sinfín de aspectos –piénsese en salud, educación, cobertura de servicios públicos domiciliarios, protección de la vida, entre otros–. De este modo, incluso admitiendo que el Estado social de derecho supone un importante avance respecto al Estado de derecho, asumirlo como la panacea solo sería asumirlo como las «*sociedades aspiracionales*» de Martha Nussbaum, según las cuales las normas no dicen lo que hacen, sino que son apenas postulados de los que los asociados quieren alcanzar¹⁷

Seguido de profundizar en diferentes postulados de Elías Díaz¹⁸, el profesor dedica un subcapítulo específico para analizar el último: «El Estado de derecho es la institucionalización jurídico-política de la democracia [...]». Critica esta concepción en el sentido de que, si se admite la existencia de los derechos humanos como instituciones constitutivas del Estado de derecho, *a priori* esto pugnaría con lo que subyace a la democracia, cual es la de agrupar personas que tienen distintas perspectivas –y propuestas de aplicación– de dichos derechos. En consecuencia, considera que la democracia representa el mejor régimen político posible para desarrollar el Estado de derecho, mas no el único y mucho menos una de sus condiciones de existencia.

En el segundo apartado del capítulo el autor se pregunta acerca de la intensidad del principio de legalidad, es decir, sobre su magnitud o fuerza en el ordenamiento. Expresa que el «*rigor fuerte*» representa la visión más clásica y equivocada de la legalidad, según la cual el Estado solo puede hacer lo que le autoriza expresamente el ordenamiento. El «*rigor débil*», en contraste, lo amenaza,

¹⁶ MARÍN CORTÉS. Op. cit., p. 52

¹⁷ NUSSBAUM, Martha. Emociones políticas: ¿por qué el amor es importante para la justicia? Barcelona: Paidós, 2014. pp. 143-168.

¹⁸ «i) “no todo Estado es Estado de derecho”, formulada por primera vez en 1966, en *Estado de derecho y sociedad democrática*, y reiterada a lo largo de su vida y escritos; ii) “los derechos humanos constituyen, pues, la razón de ser del Estado de derecho”; iii) “un Estado de derecho se compone de los siguientes elementos: imperio de la ley, división de poderes, fiscalización de la Administración y garantía de los derechos y deberes fundamentales”, y iv) “el Estado de derecho es la institucionalización jurídico política de la democracia» (MARÍN CORTÉS. Op. cit., p. 58).

porque aunque mantiene una exigencia de que el Estado esté previamente autorizado para actuar, no pretende construir la legalidad en punto de partida y llegada de todas las acciones. Por consiguiente, admite que técnicas o saberes extrajurídicas deben incluirse en el contenido de la legalidad, en los innumerables ámbitos en los que se desenvuelve el derecho público.

Sin perjuicio de lo anterior, soluciona la cuestión explicando que una respuesta unívoca no resulta suficiente, por cuanto existen tantos campos que cada uno amerita analizar concretamente si la legalidad que debe aplicarse es la fuerte o la débil. Para ejemplificarlo, señala que la legalidad penal debe ser fuerte, así como la de la responsabilidad administrativa y la imposición de tributos, en tanto en esos ámbitos se discuten valores propios del modelo de Estado que influyó la instauración del Estado de derecho. Por oposición, en los ámbitos de las decisiones del Estado, en particular la mayoría de las decisiones de la Administración, existe una legalidad flexible, porque en el mayor número de casos el origen de la decisión no proviene del derecho, sino de otros saberes y disciplinas, y para darse a entender presenta ejemplos relacionados con la ingeniería – construcción de puentes o vías–, con la nutrición –definir dietas de ancianos o niños a cargo de entidades–, de la química –los elementos de los licores que vende una entidad– y la física –la fabricación de armas y municiones–¹⁹.

El profesor insiste en esta conceptualización de la legalidad expresando que, quienes consideran que incluso en esas decisiones existe legalidad, y por tanto no hay lugar a considerarla débil o fuerte, simplemente reproducen una visión ortodoxa del fenómeno, porque confunde todas las razones de las decisiones del Estado. Además, distingue entre legalidad de origen y legalidad de ejercicio, para dar cuenta que, en la primera, la legalidad solo define la existencia de la institución y las competencias relacionadas con ella, mientras que, según la segunda, denota la racionalidad que en realidad funda y transversaliza la decisión tomada, de manera que no son estrictamente las nociones jurídicas lo que se aplica en concreto²⁰.

En el tercer acápite el autor propone un símil entre los planteamientos de la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann y el sistema jurídico respecto al principio de legalidad. En efecto, y luego de explicar los conceptos que el autor alemán emplea en su teoría, como la autorreferencialidad, la relación del sistema con el entorno, la comunicación entre los elementos del sistema, plantea que el Estado de derecho es especialmente favorable para la formación de sistemas jurídicos, debido a que constantemente está creando instituciones entrelazadas entre sí, que dinamizan ininterrumpidamente el sistema²¹. Para concluir, Marín

¹⁹ MARÍN CORTÉS. Op. cit., pp. 64-67.

²⁰ MARÍN CORTÉS. Op. cit., pp. 66-72.

²¹ pp. 73-79

introduce diferentes elementos que cuestionan, transforman y enfrentan el principio de legalidad, luego de evidenciar que actualmente no corresponde a la misma institución originada en el Estado de derecho clásico. Lo anterior, producto del ensanchamiento del concepto de ordenamiento jurídico, así como de la puesta en escena de nuevas fuentes que introducen ruidos en el sistema, modificando las lógicas propias de la legalidad²².

Bibliografía

Doctrina

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa. Madrid: Real Academia Española, 1994. 272 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.

NUSSBAUM, Martha. Emociones políticas: ¿por qué el amor es importante para la justicia? Barcelona: Paidós, 2014. 549 p.

²² pp. 80–84.

