

HORIZONTES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: PERSPECTIVA POSITIVA Y NEGATIVA PROPUESTA POR FABIAN G. MARÍN¹

Mitchelle Rincón Rodríguez²

RESUMEN. Las reflexiones hechas por Fabián G. Marín Cortés en: «Principio de legalidad: cambio de un paradigma» se concluyen en el quinto capítulo, donde analiza el horizonte del principio a partir de dos perspectivas, una negativa o sombría y otra optimista. Así que se estudiará su pensamiento, las ideas y argumentos con los que finaliza el estudio. Como en otras oportunidades, analizarlo supone identificar de forma individual las ideas expuestas en el quinto capítulo del libro, describiéndolas y «conversando» con ellas.

Introducción

Para finalizar el análisis de las consideraciones hechas por el profesor Fabián G. Marín Cortés en el libro «el principio de legalidad: cambio de un paradigma», se estudiará el quinto capítulo: «Horizontes del principio de legalidad». Con ese propósito se continuará con la metodología de trabajo elegida, donde se identifican las ideas principales del autor y se conversa con ellas, para desarrollar alrededor algunas consideraciones propias.

Para empezar con los desarrollos teóricos de ese apartado, el autor explica que en capítulos anteriores se estudiaron varias particularidades del principio de legalidad. En primer lugar, su origen, que surgió en el Estado de Derecho, el cual se determinó por la «racionalidad», cualificada por los derechos humanos, la división de poderes, sus controles, la defensa de los administrados y la formulación del principio de legalidad. En segundo lugar, identificó las transformaciones tanto en el «entorno» como en los «elementos» del *sistema jurídico*, identificando algunas de las que considera más relevantes. En tercer lugar, examinó el impacto del cambio sobre algunas fuentes del derecho, concretamente: la Constitución, la ley y la jurisprudencia. En cuarto lugar, explicó la aparición de nuevas fuentes del derecho —«elementos» del *sistema*—, específicamente: el derecho supranacional, la regulación, la desregulación y la autorregulación.

Posteriormente, explica que el quinto capítulo —el que se analiza— tiene una intención conclusiva de la investigación desarrollada, pero con la intención de

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 18 de diciembre 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 Cristian Andrés Díaz Díez.

² Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, Nivel V, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* —CEDA—.

seguir avanzando en la misma. En esa medida, describe que se retoman algunas ideas expresadas en capítulos anteriores, y se hace un balance del problema analizado y de las propuestas que hizo durante el trabajo, todo con la intención de concretar el presente y futuro del principio de legalidad³.

El propósito del texto lo realiza a partir de la explicación de dos perspectivas del presente y futuro del principio de legalidad, la primera, que denomina como sombría, muestra una desmejorada y opaca legalidad, continuando con la línea que desarrolló durante los cuatro capítulos anteriores, y extendiendo los efectos negativos a la política y la moral. La segunda es optimista, allí describe espacios donde hay un «renacimiento de la legalidad», en el cual sujetos que históricamente están excluidos de la legalidad dura empiezan a integrarse a su ámbito de aplicación.

1. Cambio de racionalidad: de la político-jurídica a la basada en la ciencia, técnica y economía

En este capítulo, Marín Cortés empieza recordando una de las principales ideas expuestas en el Capítulo I del libro, concretamente: que el Estado de Derecho, en su dimensión clásica, fue una conquista de la racionalidad, tanto la jurídica como la política, porque la forma de gobernar, de hacer normas, de impartir órdenes, de enumerar derechos y libertades individuales fue denominada como *correcta*. Así, el autor resalta que esta se valoró como «mejor» que la del pasado –de la del Estado absoluto–, que también se denominó como «ilustración», y que es un juicio de valor que comparte, pues si bien no es fácil de justificar que algo racional dejó de serlo, sí termina siendo históricamente cierto que la del Estado de Derecho es la «nueva racionalidad», una ideal que justificó la lucha y la resistencia contra la anterior⁴.

A continuación, explicó un aspecto determinante, la imposibilidad de defender una racionalidad concreta, su superioridad respecto de «otra», si no es partiendo de justificaciones morales, de diferentes convicciones como personales y culturales, intentando demostrar que la nueva comprensión impone una «nueva» visión del mundo, y que lo hace con la convicción de que aquella es superior a esta, en términos de validez material y moral. En esa línea, manifestó que la razón se supera así misma, sea porque la anterior pierda sentido –convirtiéndose hasta en irracional– o debido a que la nueva ofrece mejores perspectivas para la comprensión del mundo⁵.

³ 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. p. 241.

⁴ Ibid. p. 242.

⁵ Ibid. pp. 242 a 243.

Parte de esas ideas para expresar que no es claro donde se ubica el Estado de Derecho, y en consecuencia el principio de legalidad, porque la modernidad le recrimina insuficiencias e inconvenientes, lo cual le significó desgastes, cansancio y deslucimiento. La situación se intensifica cuando se contraponen a lo que denomina como *legalidad científico-técnico-económica*, aclarando que se desconoce si ya tiene ese alcance u otra forma de manifestación de la legalidad, o si es una racionalidad ajena a las cualidades de la legalidad conocida. No obstante, afirmó que si es cierto que la ciencia, la técnica y la economía le disputan al derecho, a la política y a la moral la capacidad de justificar y legitimar el ejercicio del poder, constituyendo la forma en que muchos quieren configurar las actuaciones del Estado, e incluso la de los ciudadanos⁶.

El autor introduce un cuestionamiento fundamental para su línea argumentativa, si el principio de legalidad clásico, con sus respectivas transformaciones, fue el puente para conseguir la «verdadera» racionalidad, es decir, la científico-técnico-económica; o si, por el contrario, es solamente una trampa, un distractor o un engaño que la humanidad no debería de perseguir para construir la legalidad.

Advierte que el principio de legalidad clásico no es tan asfixiante como se puede pensar. También que en la decisión estatal existen espacios no jurídicos, donde el principio no tiene incidencia directa, y empieza a nacer, crecer y desarrollar el espacio de lo científico, técnico y económico, pero dominado por un marco jurídico, y por lo tanto, está definido por este. En esa medida, se presenta lo que el autor nombra como «espacios vacíos», es decir, sitios completamente desprovistos de derecho y ocupados por estas áreas del conocimiento; además, en un primer momento, tendrán capacidad de influir autónomamente en las decisiones, y luego serán corregidas o transformadas por el derecho, que no le permite ir más allá del marco que lo define⁷.

No obstante, la relación entre el marco jurídico que crea el principio de legalidad y los «espacios vacíos» –llenos de ciencia, técnica y economía– no es estable y estático, por el contrario, es dinámico, y aquellas materias que, en principio, se confinan en esos lugares ausentes de derecho se mueven hacia afuera, es decir, en dirección al lugar donde se encuentra el principio de legalidad, queriendo salirse del marco que lo limita⁸. En esa medida existen dos opciones, la primera, que la ciencia, la técnica y la economía no puedan expandirse y se queden atrapadas en el lugar donde los deja el principio de legalidad; mientras que la

⁶ Ibid. p. 242.

⁷ Ibid. p. 244.

⁸ Ibid. p. 244.

segunda implica que logra quebrantarlo y avanzar hacia ese lugar, transformando la juridicidad admitida hasta el momento⁹.

El hecho de que cualquiera de las opciones se materialice supone diferentes consecuencias. En un primer momento, Marín Cortés explica que mientras la ciencia, la técnica y la economía se mantengan *sometidas* al principio de legalidad, este las dirige y les asigna el lugar –los «espacios vacíos»–, lo que significa que existe una verdadera coordinación entre ambas. En un segundo momento, identifica que de haber una *insubordinación* radical ocasiona un caos, por lo menos en perspectiva del derecho, y más aún del principio de legalidad; mientras que las materias que llenan el «espacio vacío» reclaman transformaciones, esperando que se defina a partir de nuevas lógicas interdisciplinarias.

El autor afirma que la concreción de cualquiera de los hechos supone modificaciones a la legitimidad y a la racionalidad, según alguno de estos. En todo caso, destaca que la ciencia, la técnica y la economía adquieren influencia e intentan convertirse en la racionalidad de las actuaciones del Estado, desplazando al derecho, a la política y a la moral, en mayor o en menor medida, pero no de todo. En consecuencia, se provoca un cambio de *racionalidad*, por la evidente pérdida de la legalidad jurídica, en contraposición con la legalidad científico-técnico-económica¹⁰.

Lo descrito por el autor revela una situación comentada y reconocida por otros autores. Manuel García Pelayo resalta que existe una abolición de las fronteras entre la expansión económica y la tecnológica, entre la capacidad tecnológica de los ciudadanos y su poder político, también entre la estructura tecno-económica y la institucional-estatal, desdibujando limitaciones institucionales que antes estaban plenamente establecidas¹¹. El mismo afirma que la legalidad tecnológica se impone con la misma intensidad que la natural, y mucho más enérgicamente que la normativa¹².

Es claro que los conocimientos técnicos, científicos y económicos imponen una nueva racionalidad, dotada de una pretensión de exactitud en cuanto a los contenidos de la materia, generando, de esta forma, no solo confianza en cuanto a la precisión y pertinencia de los contenidos que integren una posible *regulación* hecha por estos especialistas, sino que, asimismo, por la exactitud y comprobación experimental que tienen la mayoría de estos conocimientos. En consecuencia, resalta Habermans, que: «[...] En la etapa del desarrollo científico y técnico, las fuerzas productivas parecen entrar, pues, en una nueva constelación con las relaciones de producción: ya no operan en favor de la ilustración como fundamento

⁹ Ibid. pp. 244 a 245.

¹⁰ Ibid. p. 245.

¹¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. Burocracia y tecnocracia y otros escritos. 2ª Edición. Madrid: Alianza Universidad, 1982. p. 36.

¹² Ibid. p. 40.

de la crítica de las legitimaciones vigentes, sino que se convierten en las mismas en base de la legitimación»¹³.

La situación descrita por Marín Cortés, que le resulta tan relevante en la historia del Estado del Derecho, y concretamente del principio de legalidad, causa una transformación en este, convirtiéndolo en el *principio de eficiencia económica*. Por esto, es a partir de este que se definirá la conducta del Estado, y será quien defina la rectitud y legitimidad de la decisión. Resalta que es una posibilidad que se debate en el mundo moderno, porque no es solamente una situación hipotética, sino que avanzó y se presenta en diferentes sectores de la sociedad; no obstante, no es una situación uniforme, sino que hay algunos lugares donde los «espacios vacíos» ganaron terreno, mientras que en otros, lo jurídico sigue manteniendo la preponderancia clásica¹⁴.

De esta forma, Marín Cortés concluye que los sistemas jurídicos donde se presenta ese fenómeno tienen una crisis en el principio de legalidad, porque el derecho deja de ser la fuente de predictibilidad de las actuaciones del Estado, y la ciencia, la técnica y la economía ocupan ese lugar, para definir a través de prescripciones o no, la forma en que se debe desarrollar la conducta del Estado. Por eso se modifica la composición, porque ahora el marco –que antes estaba reservado para el derecho– está compuesto por estas tres materias, y los «espacios vacíos» se reservan para lo jurídico.

García Pelayo también destaca la existencia de una nueva forma de legitimidad, definiendo que lo es todo aquello que sea eficaz, y lo es todo lo que garantice el desarrollo tecno-económico en unas condiciones ambientales, siendo condición para cualquier otro valor. La define como una racionalidad funcional, que permite justificar fenómenos que serían ilegítimos para otras fuentes de valores. Reconoce que la imposición de la finalidad tecno-económica puede conducir a la subordinación de otros valores y objetivos estatales, y en la medida lógica que expone Marín Cortés, reconoce que con ese tipo de racionalidad se pueden encubrir intereses de cualquier factor bajo la premisa de la eficacia técnica¹⁵.

La inversión de la lógica que el autor presenta tiene importantes consecuencias, principalmente la inversión de los valores que inspiran las normas, y que finalmente definen su contenido. Así, se tiene que quien construye el derecho parte de un análisis científico, técnico y económico, de ahí que su aplicación también se delimite por estos contenidos. Incluso destaca que se crean jueces especiales para que aplique esta nueva legalidad, impulsando la creación y

¹³ HABERMAS, Jürgen. Ciencia y técnica como “ideología”. 1ª Edición. México: Red Editorial Iberoamericana, 1993. p. 57.

¹⁴ MARÍN CORTÉS, Fabián G. Op. cit., pp. 244 a 245.

¹⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel. Op. cit., p. 52.

consolidación de mecanismos alternativos de solución de conflicto, principalmente para dirimir diferencias de carácter técnico.

Con la misma lógica el autor explica que la política, como fuente inspiradora de la legalidad, está amenazada. Describe que la influencia de la política en la formación de los sistemas jurídicos es históricamente decisiva, y que con su mediación se crearon la mayoría de las normas que integraron el sistema. En consecuencia, indicó que el límite entre política y derecho no ha sido clara, que en muchas ocasiones costaba diferenciarlas; sin embargo, que la nueva legalidad tiene una intención contraria, que incluso intenta aislarla y que exista menos intervención de la política. Adicionalmente, destaca que el desprestigio de los políticos, más que de la política, facilita que se concreten esas pretensiones.

Para el autor la consecuencia de alejar a la política de la creación de disposiciones es un desbalance entre los interés generales y privados, porque la política es, en esencia, la reflexión entre lo público y privado, sobre la oportunidad y conveniencia de tipo colectivo, de ahí que su exclusión evite que se conozcan perspectivas que permitan tomar mejores decisiones. Se destaca que en la actualidad prevalecen de otras materias, predominando factores económicos, técnicos y científicos, impidiendo que la política haga los respectivos razonamientos sobre el bien común, y centrándose en aspectos relativos a los bienes y derechos de sectores. Incluso, explica que el político intenta recuperar legitimidad a partir de estas nuevas materias, transformándose en un técnico, gerente o administrador de lo público.

En esa medida, el autor resalta que el derecho ya no se crea a partir de sus propios valores, conceptos o elementos, con sus teorías de la justicia, su forma de asignar derechos y deberes, o de su sentido del orden social; por el contrario, comparte ese escenario con nuevas formas de definir el mundo, con materias que intentan tener la función reguladora del derecho, desplazándolo a la periferia. Así, el derecho ya no organiza la sociedad, sino que sirve para implementar las decisiones que tome la ciencia, la técnica y la economía.

Explica que el derecho no es el único afectado, sino que también lo están la filosofía, la política y la moral, porque esas disciplinas empiezan a perder valor, dejando de definir o inspirar los contenidos del derecho, porque la ciencia, la economía y la técnica redefinen la forma en que se aportan contenidos a las disposiciones, y concretamente la manera en que se aportan soluciones, que el derecho convierte en norma, regla y principio. Destaca que el problema principal es que el derecho sin la influencia de la filosofía, la política y la moral se queda sin el humanismo que requiere para garantizar el interés general, para crear condiciones de vida dignas y limitar las relaciones de poder. Fundamenta esa conclusión en que no están preparadas para asumir la defensa del hombre más

allá de los bienes, porque a penas están debatiendo cuestiones que las otras definieron hace siglos.

La perspectiva del autor revela que concibe a la moral, la política y la filosofía como las inspiradoras de la «mejor» racionalidad, y por consiguiente del principio de legalidad; y por lo tanto, asume que la técnica, la ciencia y la economía contienen una «desmejorada», que ignora al interés general y privilegia la defensa de intereses privados, enfocados en los bienes y las cosas. Es claro que el autor asocia las primeras con la justicia, con la idea de que sus finalidades son esencialmente humanizadoras, y que sus análisis y decisiones siempre se enfocan en la garantía del interés común.

Aunque en parte se está de acuerdo con la perspectiva del autor, porque tradicionalmente estas parecen las finalidades de la moral, la política y la filosofía, se cree que no es una visión absoluta, porque no es solamente el político como sujeto quien se deslegitimó con sus acciones, sino que también la configuración de sistemas jurídicos basados en sistemas de valores inspirados por estas disciplinas han tenido como resultado situaciones absolutamente alejadas de la protección de la humanidad, la justicia y el interés común; basta remitirse a ejemplos simples como el sistema jurídico de la Alemania Nazi o la España gobernada por la dictadura de Francisco Franco. Según lo anterior, simplemente se quiere mostrar que las bondades de estas tres no son absolutas y que su legitimidad es cuestionada no solo por la incidencia de las tendencias globalizadoras, sino también por debilidades propias.

También es pertinente mencionar que el contenido técnico-económico-científico de la nueva racionalidad de estas normas, no es, *per se*, razón suficiente para creer que no tienen como fin el interés general, o incluso la justicia social, pues el «buen» funcionamiento del mercado no está únicamente supeditado a la consecución de intereses particulares, sino que, por el contrario, esto también puede significar un beneficio para la comunidad; de la competencia perfecta se deduce una oferta óptima enlazada a mejores tarifas, de modo que, la preocupación por el mercado no es completamente indiferente al interés general. Igualmente con la disciplina técnica y científica, pues los conocimientos que derivan de ellos pueden enfocarse en la protección de los derechos humanos y valores principios más asociados a la moral o la filosofía.

Sin embargo, se considera que, en realidad, en la perspectiva de Marín Cortés, los particulares y la economía de mercado tienen como objetivo principal el desarrollo de sus proyectos con eficacia, defendiendo el principio de libre competencia. Así las cosas, cualquier beneficio para la sociedad es una consecuencia circunstancial, un efecto secundario, es decir, que la finalidad principal de estas normas no es la búsqueda del bien común, sino la prevalencia del mercado o el desarrollo de una actividad productiva. Aunque se reconozca esto,

se considera que la combinación de las disciplinas en la creación del principio de legalidad no es necesariamente negativa, que un buen balance en ellas puede incluso «mejorar» sus contenidos.

2. Cambio de racionalidad: expansión del principio de legalidad

Para explicar esta perspectiva –la positiva–, Marín Cortés describe que la expansión de la aplicación del derecho público, del constitucional, incluyó en su ámbito de aplicación las relaciones entre particulares. Mostró que el ámbito privado ya no se regula exclusivamente por el derecho de familia, laboral, de los contratos y los comerciantes, sino que ahora influye preponderantemente la principialística y la definición de derechos constitucionales, concretamente los humanos y algunos sociales. El autor define que los derechos humanos se convirtieron en parámetro para el trato entre particulares, limitando la autonomía con que se relacionaban.

En consecuencia, afirma que esa nueva lógica transforma la autonomía de la voluntad, porque los particulares pasan de la libertad máxima, para actuar según sus propios lineamientos, a tener limitaciones significativas, y describió como un triunfo de la legalidad actual la necesidad de que estos observen la Constitución. También se resalta que el derecho privado se crea, transforma o interpreta a partir de los contenidos de la Constitución. Sin embargo el fenómeno sobrepasa a la constitucionalización del derecho privado, porque también se aplica el derecho público a los particulares de forma directa.

De igual forma, resalta que la legalidad del Estado se vuelve más material y menos formal, que se le hizo más responsable de violar los derechos; además, que se intensifica la forma de proteger la legalidad: el Estado está más y mejor controlado. La jurisprudencia se suma a la concreción de la legalidad, fomentando un juicio moral más fuerte.

Por otro lado, explica que otra perspectiva relevante para el principio de legalidad es que la actitud de la economía, la técnica y la ciencia originó una superinflación normativa, la cual tiene posibles efectos hermenéuticos. La necesidad de reemplazar la legalidad tradicional llevó a que aquellas también lo hicieran a partir de la expedición de más normas, ocasionando que proliferen las reglas. Adicionalmente, destaca que para adoptar estas reglas se sujetan al principio de la mayoría, porque la decisión se toma por consenso o mayorías de organismos reguladores o autorreguladores, pero no por unos pocos¹⁶.

Finalmente, las repercusiones hermenéuticas se basan en que es necesario entenderlos y armonizarlos con el resto del sistema, lo cual crea escenarios nuevos e importantes, impregnando la técnica de moral, política, derecho o filosofía. En

¹⁶ Ibid. pp. 269 a 274.

esa medida, la técnica pierde su pureza, con la que posiblemente se construyó la regla o principio, gracias al proceso de interpretación que parte de herramientas tradicionales¹⁷.

Bibliografía

GARCÍA-PELAYO, Manuel. Burocracia y tecnocracia y otros escritos. 2ª Edición. Madrid: Alianza Universidad, 1982.

HABERMAS, Jürgen. Ciencia y técnica como “ideología”. 1ª Edición. México: Red Editorial Iberoamericana, 1993.

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.

¹⁷ Ibid. pp. 275 a 278.

