

LA NUEVA CONSTITUCION MAS ALLA DE LA LEGALIDAD

Diego Martínez Marulanda

La legitimidad de la democracia parlamentaria consiste únicamente en su legalidad y hoy en día los límites de la legalidad acaban manifiestamente donde empieza la legitimidad.¹

Uno de los dogmas definitorios de lo que se entiende como modelo Ius-naturalista² o Estado de derecho demoliberal es el principio de legalidad.

La ley que según este modelo habrá de ser general (obligatoria para todos) y abstracta (tendrá como objeto una acción tipo), se convertirá en el eje de una nueva organización y de un nuevo funcionamiento estatal. Contra el derecho divino de los reyes desafinado y terriblemente incierto, el principio de legalidad, el derecho positivo y el positivismo jurídico serán notas de un mismo acorde.

1 Kirchheimer, Otto (Die Gesellschaft, 1932). Citado por Schmitt C. En *Legalidad y legitimidad*. Madrid. Aguilar 1971. p. 15.

2 En la nomenclatura de Bobbio. Véase Bobbio, Norberto. "El modelo Ius-naturalista". En *Origen y fundamentos del poder político* de Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo. México. Grijalbo. 1984. p. 67.

La democracia parlamentaria o representativa se encuadra y se protege en las coordenadas de la legalidad y es allí donde sitúa su máxima propuesta: la seguridad jurídica. La legalidad es la auténtica frontera del nuevo orden. En ella nace y en ella muere el discurso de su legitimidad. La seguridad jurídica se convierte en la convocatoria con mayor fuerza persuasiva para reclamar y ganar la obediencia del nuevo hombre, del ciudadano y con ella, otra no menos importante y quizás más sugestiva y popular: la igualdad.

Dos reglas de oro de la democracia representativa pueden advertirse entonces en este contexto:

1. La legalidad es el instrumento imprescindible para el logro de la seguridad jurídica.

2. La seguridad jurídica es la máxima aspiración, el más alto valor al que todo ciudadano del Estado aspira o debe aspirar. Es algo así como la razón de ser del Estado de derecho demoliberal.

Pero ¿qué son el principio de legalidad y la seguridad jurídica?

Mirados estos conceptos como elementos de una relación teleológica, tal como ya se sugiriera, parece lo más procedente adelantar la explicación de aquella noción propuesta como meta.

LA SEGURIDAD JURIDICA

Una primera observación podrá demostrarnos que la expresión "seguridad jurídica" es multívoca y, por tanto, equívoca. Esta mera consideración produce un efecto inmediato: distanciar la meta o cubrirla de una mancha que la hace difusa.

1. ¿Seguridad jurídica es acaso la confianza en que el sistema jurídico tendrá un funcionamiento lógico y por tanto coherente?

Esta dirección conduce al imperio de la lógica, de la inferencia. Se desterraría de este reino el error, porque una mera operación intelectual de quien conozca la notación y las reglas de la lógica deóntica, recuperaría la coherencia perdida.

2. ¿Seguridad jurídica es la firmeza o estabilidad de las situaciones, producto de las convenciones públicas y privadas y que se forjan en el tráfico jurídico?

Esta dirección apunta a tejer una red protectora que envolverá de tranquilidad psicológica a los ciudadanos frente a los incalculables temores que suscita la idea del cambio. Lo hecho, lo pactado, hecho y pactado está y así es y así será.

En tal sentido no resulta admisible pensar en revocatorias de mandatos en expropiaciones, en reformas que desestabilicen intereses —derechos adquiridos—, en unas nuevas reglas de distribución y de oportunidades. Entonces, no acuerdos, no diálogos, no a nuevos negociadores, no a los consensos.

3. ¿Seguridad jurídica entendida como aquella confianza en la eficacia del ordenamiento jurídico?

Eficacia en cuanto es previsible que las autoridades ya por sus condiciones personales, ya por sus relaciones políticas, están en capacidad de elaborar y de aplicar en términos adecuados y afortunados, los lineamientos axiológicos y los contenidos de la Constitución.

Y eficacia en cuanto es razonable esperar que los ciudadanos convencidos de sus autoridades y de sus mandatos están dispuestos a obedecer y a cumplir o al menos a respetar prudentemente las medidas que ellas adopten en la administración de los asuntos del Estado.

4. Seguridad jurídica como garantía del ciudadano frente al Estado de que se le respetarán y protegerán efectivamente sus derechos constitucionales. Entiéndase aquí, los derechos y garantías individuales y los derechos sociales o fundamentales.

Las anteriores referencias son suficientes para comprender que con la noción de seguridad jurídica, se puede aspirar, al menos, a la realización de dos objetivos específicos:

1. Proteger y fortalecer la coherencia del lenguaje jurídico-normativo, a través de criterios lógicos que se aplicarán a la luz de la jerarquía normativa, confrontando proposiciones jurídicas con proposiciones jurídicas, para desatar, de esta manera, las soluciones a los distintos conflictos normativos. Criterio de coherencia. Principio de legalidad.

2. Defender y proteger al ser humano como concepto que rompe además, con la ya estrecha y formal noción de ciudadano. Criterio de correspondencia. Principio de legitimidad.

Criterio de coherencia. En el primero de los casos, habrá que entenderse con la lógica, la razón y la inferencia. Habrá que atenerse no a una definición de la validez, sino a un criterio de validez que es la coherencia. Ese criterio es el epicentro del principio de legalidad. La validez normativa, la validez del derecho se determina por las relaciones de coherencia entre las proposiciones normativas que se jerarquizan a partir de una primera que es la superior.

Criterio de correspondencia. En el segundo evento, hablaremos de la correspondencia, un criterio de validez muy distinto al anterior. La determinación de la validez de una proposición normativa o del derecho se hará buscando la relación de correspondencia entre los contenidos normativos con los hechos. Pero como las proposiciones normativas o el lenguaje del derecho, por definición y por función, es un lenguaje prescriptivo, no descriptivo, no podrá definirse la validez normativa en términos de verdad, en caso de que la relación sea de correspondencia, o de falsedad en la situación contraria. Si la definición de la validez normativa excluye la noción de verdad, cuando del criterio de correspondencia se trata, habrá que pensar en definir la validez desde la idea de aplicabilidad. Se dice que una norma es aplicable si el criterio de correspondencia es determinante y que no es aplicable, si el criterio de correspondencia no es determinante.

Pero si la coherencia es el epicentro de la legalidad, la correspondencia lo será entonces de la *legitimidad*.

Se hablará, entonces, de una correspondencia adecuada dentro de los niveles máximos y mínimos en un ámbito determinado de tolerancia, tolerancia que oscilaría entre el deber ser de la norma y el actuar del hombre, con todo su acontecer inscrito en ese rico universo del riesgo vital.

Admitir la legitimidad y la correspondencia como criterios operativos para evaluar el derecho no resulta ser una simple peripecia semántica, es invertir un orden que arroja un resultado diferente: la coherencia hace pensar que el hombre está al servicio de las normas, la correspondencia hace pensar que las normas están al servicio del hombre.

Resulta paradójico que el principio de legalidad termine por desestimar el concepto de dignidad humana elaborado por Kant. El pensador alemán considera como elemento fundamental del hombre, ser un fin en sí mismo, de tal manera que cualquier circunstancia, situación o conducta que lo estime o instrumentalice como un simple medio, atenta contra el principio ético del valor de la persona humana.

Muy pertinente es la siguiente observación de Goldschmidt:

El liberalismo en la Edad Moderna, arrancando ya, por cierto, de la Carta Magna de 1215 anhela proteger al individuo contra las arbitrariedades del gobierno. Por ello aboga a favor de leyes generales e inviolables; cualquier excepción a ellas, inclusive favorable a los individuos, le parece sospechosa. En este sentido se expresan Rousseau, Beccaria, Kant y Bentham.³

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Revisemos ahora, la noción instrumental —el concepto medio—, que tiene como función propiciar y alimentar la seguridad jurídica, o sea, el principio de legalidad.

Este principio presenta al menos dos aristas:

1. Es un límite, un marco que define la licitud en el obrar del Estado y del ciudadano. *Nulla potestas sine lege Nulla poena sine lege*, para el primer caso, y *aquello que no está prohibido, está permitido*, para el segundo caso.
2. Un mecanismo operativo que procurará evitar el rebasamiento de ese límite u ofrecerá reglas de solución para cuando se viole la frontera de lo legal, de lo lícito.

La tendencia imperante opta por una preservación lógico-formal de la legalidad, entendida ésta como una frontera técnica-normativa, apoyada en el derecho positivo (derecho que es, derecho escrito, derecho estatal).

Esta tendencia marcadamente formalista se evidencia al estudiar los fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia, no sólo como órgano que ejerce la jurisdicción constitucional sino, como tribunal de casación, o sea, en ejercicio de la jurisdicción ordinaria. No menos hay que decir, de la jurisdicción contencioso administrativa, donde el argumento del carácter rogado de la misma, se ha convertido en el pretexto o la excusa legal más insolente, para ignorar y negar legítimos derechos.

³ Goldschmidt, Werner. *La ciencia de la justicia*. Madrid. Aguilar. 1958. p. 89.

El reino del legalismo, la legalidad es, entonces, el saber científico del jurista y es su orgullo académico por lo demás. La validez del derecho y del comportamiento humano queda así reducida a la legalidad, al normativismo positivista.

Quizás, y sin renunciar a la legalidad, el principio de legitimidad pueda contribuir a la evaluación de las normas y de los comportamientos humanos, no ya desde la perspectiva de una validez formal meramente, sino desde la correspondencia de los valores con los hechos y no desde la coherencia entre postulados lógico formales.

El control de eficacia de las normas puede ser un nuevo frente de reflexión para asumir la evaluación de lo jurídico, que comparta con el control de legalidad la responsabilidad de producir la certeza jurídica.

Este señalamiento puede convertirse en una vía alterna que nos conduzca lejos de ese derrumbe, de esa gran paradoja que fabrica como tela de araña la democracia representativa o formal.

EL ESTADO SOCIAL DEL DERECHO

La nueva Constitución colombiana pareciera optar por un cambio en el rumbo de lo que hasta hoy ha prevalecido como seguridad jurídica. Este intento significa nada menos que una nueva propuesta sobre las líneas que han de definir y fundamentar la legitimación del poder político.

Una revisión del proceso de formulación del nuevo instrumento jurídico nos señala elementos de análisis tan significativos como la convocatoria, en la cual incide la expresión de nuevas fuerzas de opinión; la integración plural de la Asamblea Nacional Constituyente, que marca un hito esperanzador en lo que parece la iniciación real y definitiva de un proceso de apertura política; los procedimientos y las fórmulas que permitieron la elaboración del nuevo texto constitucional donde prevalecieron los acuerdos y los consensos de marcado interés suprapartidista.

Una revisión del instrumento formal nos coloca desde la lectura de su primer artículo, en una nueva perspectiva en la fundamentación de la legitimidad del poder político en Colombia. Si bien la terminología empleada puede ser pasto fácil de los semánticos y politólogos del lenguaje, hablar de que Colombia es un Estado social de derecho es una declaración harto determinante.

El Estado social de derecho implica la transformación del Estado clásico, individualista y liberal, en una organización política y jurídica en la cual se reconoce la estructura grupal de la sociedad y la necesidad de armonizar los intereses de dichos grupos sociales, económicos, políticos y culturales, cada vez más complejos a través de los principios de la justicia social.⁴

Si bien es cierto, el perfil de las disposiciones económicas es discutible en la perspectiva del modelo típico, conocido como Estado social de derecho, también es muy cierto que son demasiado importantes las regulaciones en materia de administración de justicia, de conformación y control de los principales órganos del poder (legislativo, ejecutivo, judicial), de la organización territorial, de la reforma a la constitución, etc.

Estas nuevas expresiones jurídicas se inscriben en una orilla que supera francamente la línea formalista-legalista que albergaba la mentalidad de una forma de organización meramente representativa.

Lo actual es una expresión jurídica que motiva formas de participación, que desmonta trámites, requisitos, que desata amarras. Háblese ya del Estado social de derecho, ya de democracia participativa o de democracia social, lo que realmente quiere significarse es la aspiración de activar un nuevo modelo de organización político-jurídico, que supere el viejo esquema del Estado de derecho a la manera demoliberal, donde la legalidad encierra y recorta la posibilidad de una más rica y real expresión del concepto de seguridad jurídica, donde la participación supere los límites estrechos de la representación, donde la legitimidad esté al orden del día, disputando con la legalidad el territorio de lo razonable.

En contravía de lo que afirmara Webber, habrá que decir, entonces, que la forma de legitimación más corriente hoy, ya no es la fe en esa forma jurídica de la razón: es la legalidad.

⁴ Fix-Zamudio, Héctor. "Estado social de derecho y cambio constitucional". En *Memorias del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional 1983*. México. Unam. 1984. p. 340.