

## NOTAS PARA UNA CRÍTICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD\*

Norman José Solórzano Alfaro\*\*

**Resumen:** Pretenden estas “Notas ...” visibilizar ciertos rasgos de algunas de las tendencias que han llevado a la inversión ideológica del principio de legalidad clásico o paleopositivista, haciendo converger, en un proceso sumamente complejo, el centralismo de las burocracias gestonarias y la reducción de lo jurídico a la ley, sacralizado mediante la teoría normativista legalista. Es pues, un intento de ahondar, desde una perspectiva histórica, en los resquicios que nuestra cultura jurídica ha ido dejando al dogmatismo y a la lectura sacrificial del principio de legalidad. Asimismo, se propone la exploración de unas vías (la duda y la crítica de la ley) para desactivar los dispositivos discursivos que están en la raíz del rigorismo legalista, de manera que se pueda enfrentar esa inversión para la recuperación, en clave emancipadora, democrática y garantista, del principio como “estricta legalidad”.

Principio de legalidad; burocracia gestonaria; centralismo; inversión ideológica; rigorismo legalista; crítica de la ley; campo jurídico.

### Nuestra Mirada y un Punto de Partida

Tomemos como punto de partida un lugar común: aquél que define el *principio de legalidad* como el “principio definidor y característico del Estado de derecho, que supone el sometimiento de los poderes públicos y de los ciudadanos a la Ley”.<sup>1</sup>

En el mismo sentido, puede decirse que

“[e]l principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior ‘razón de Estado’, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales)”.<sup>2</sup>

\* Sevilla, 02 de mayo de 2001

\*\* Jurista costarricense (Universidad de Costa Rica – UCR). Actualmente desarrolla su investigación doctoral en la Universidad Pablo de Olavide (UPO), Sevilla, gracias al apoyo económico de la A.E.C.I. (España). Dir.-e: [persephona2@yahoo.com](mailto:persephona2@yahoo.com).

<sup>1</sup> Cfr. BARRACHINA, E. *Diccionario de derecho público*. Barcelona: 1992. La cita está tomada de CLAVERO, Bartolomé. *Happy constitution. Cultura y lengua constitucionales*. Madrid: Trotta, 1997, p. 222.

<sup>2</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 1997, p. 24 – las comillas son del original.

En los diversos abordajes al principio de legalidad se admite pacíficamente el carácter de “la ley como acto normativo supremo e irresistible”; los cuestionamientos vienen, normalmente, en torno al alcance de significación de “la ley”. Así, hay diversidad de posiciones al respecto, desde las que sostienen un significado restrictivo, como *ley legislada*, hasta las que – respaldadas en el estudio de la evolución de los sintagmas “la ley” y “principio de legalidad” – sostienen un significado comprensivo, sea como “bloque de legalidad”, o bien, las que a partir de una consideración histórica, encuentran que en las formulaciones ilustradas el término “ley” abarcaría las diversas expresiones de *lo jurídico*, etc.<sup>3</sup>.

En nuestro caso, nos posicionamos junto con aquellas corrientes más comprensivas y con sentido de la historicidad. Sin embargo, en lo que sigue, dirigiremos nuestra atención a los otros extremos, normalmente menos atendidos y conflictuados, como son los caracteres de “supremo” e “irresistible” que se predicán de esa legalidad (*su majestad “La Ley”*).

En ese sentido, nuestra mirada no es la del sistema, ni siquiera la del Estado de derecho; es la del *sujeto*, pero tampoco la de un sujeto abstracto, por lo que no es la perspectiva de las burocracias, sean públicas o privadas, sino la del sujeto concreto, cuerpo humano hablante, la del sujeto necesitado en cuanto necesitado, límite indiferenciado para el poder: sobre el que se constituye todo poder a través de su negación<sup>4</sup>. De esta manera, nuestra pesquisa está guiada por una duda, a saber: que históricamente, el clásico principio de legalidad se impuso como un límite a la arbitrariedad del poder, pero una vez instituido, en virtud de una tendencia rigorista (*legalismo*) y burocratizante (*procedimentalismo*), se convirtió en el límite (“supremo e irresistible” – Zagrebelsky) que tienen los sujetos concretos para ejercer/formular sus demandas frente al poder.

Una posible réplica a este posicionamiento puede formularse desde la idea de que, históricamente, el principio de legalidad fue un recurso de las clases burguesas para consolidar su asalto al poder y que, en definitiva, contemporáneamente no es más que una de las salvaguardas del poder económico de las burocracias privadas para sus pingües negocios y su actuación irresponsable; es decir, que el sujeto concreto, poco o nada ha contado en la historia del principio de legalidad.

<sup>3</sup> En general, sobre las peripecias del sintagma “principio de legalidad” (sus transformaciones, traducciones, reconducciones semánticas, etc.) véanse las obras de CLAVERO. *Op. cit.* espec. el capítulo III: “Imperio de la Ley y Rule of Law: tópica y léxico”, pp. 181-236; CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 1999, espec. pp. 145-153; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, espec. pp. 93-97; 155-162; 373-385, y *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, espec. el cap. I: “El Derecho como sistema de garantías”, pp. 15-35; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.* espec. pp. 21-30.

<sup>4</sup> ¿Acaso no es este el carácter soberano, “supremo e irresistible”, del que habla Zagrebelsky, aunque en su texto parece obviar la gravedad del asunto? Para una crítica de la idea de “soberanía”, véase AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Traducción y notas de Antonio Gimeno Cuspiner. Valencia: Pre-Textos, 1998.

Quizá no podamos contestar ese cuestionamiento; pero, lo cierto es que no podemos desentendernos, dogmáticamente, del principio de legalidad por su origen clasista, pues eso significaría olvidar el papel que ha tenido en la realización de un Estado de derecho, particularmente en lo que a una mayor sujeción de los sistemas penales a la observancia y cumplimiento de las garantías fundamentales se refiere (aunque fuera en el estricto sentido del programa liberal). Sin embargo, como tampoco nos podemos desentender del cuestionamiento formulado, no debemos obviar los errores y las arbitrariedades que se han cometido en la implementación del mismo principio de legalidad y las que se estén cometiendo, pues ante esos *portillos* para la violencia y la intolerancia no podemos quedarnos indolentes, sino que eso nos exige una mirada atenta y una actitud crítica y prospectiva permanente.

En todo caso, adviértase que nuestra reflexión tiene en vista la formulación *clásica* o, si se quiere, *liberal*, del principio de legalidad y su implementación. Es, de otro modo, una crítica a la formulación *paleopositivista*<sup>5</sup> del principio de legalidad. Pero se trata de una crítica en el sentido de F. Hinkelammert – quien, a su vez, reenvía a Kant-, es decir, no es una crítica catastrofista del tipo del pensamiento de abolición<sup>6</sup>, que pretende anular y deshechar lo criticado, sino que elucida y reubica los elementos *recuperables* en una nueva perspectiva. En ese sentido, el esfuerzo crítico pretende, en la medida de lo posible y sin falsas expectativas, desactivar la carga *sacrificial* que entraña el mismo principio de legalidad en la tendencia del *rigorismo legalista* o *legalismo*. Sólo así entendemos que, en una línea afín al garantismo, su postulación hoy día resulta aún pertinente y, en cierta medida, un parámetro útil para el control del poder.

## 1. Acerca del Papel del Clásico Principio de Legalidad en la Conformación del Estado de Derecho

En una retrospectiva muy rápida, para el caso de los derechos europeo continentales, podemos encontrar el origen de este principio de legalidad en algunas formulaciones de la Ilustración, primero en Montesquieu (*El Espíritu de las Leyes*)<sup>7</sup> y posteriormente, en la parcela penalística, en C. Beccaria (*Tratado de los delitos y de las penas*)<sup>8</sup>. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que el contexto en el que

<sup>5</sup> Cfr. FERRAJOLI. *Derechos y garantías...*, *supra cit.*

<sup>6</sup> Sobre el pensamiento de abolición, véanse las reflexiones de HINKELAMMERT, Franz J. “Utopismos y utopías de la modernidad. Acerca de la Crítica a la razón utópica” (entrevista realizada por Norbert Arntz, el 22 de junio de 1994, con motivo de la publicación de la edición alemana del libro *Crítica a la Razón Utópica*), en DÚQUE, José (et. al.). *Itinerarios de la Razón Crítica: Homenaje a Franz Hinkelammert en sus Setenta Años*. San José: DEI, 2001, pp. 61-78.

<sup>7</sup> “... *la bouche qui prononces les paroles de la loi*” (la boca que pronuncia las palabras de la ley), fórmula referida al sistema inglés y en un momento en que “*la loi*” aún no se había reducido a la concepción, exclusiva y excluyente, de ley legislada por/en el Estado.

<sup>8</sup> Para quien “... *le sole Leggi*” (las solas leyes) comprendían también la contribución de la jurisprudencia, lo que desde nuestra óptica actual puede resultar no menos ambiguo, pero en ningún caso reduccionista al legalismo rigorista imperante desde el siglo XIX y hasta nuestros días.

surgió el principio ilustrado (S. XVIII) era muy diverso a aquél en que el mismo principio va a desarrollar su trayectoria (Ss. XIX-XX), particularmente a partir de la codificación napoleónica con la cual se consolida la reducción positiva del derecho (y de ley) a legislación estatal<sup>9</sup>.

Es así como el principio de legalidad apareció en *nuestra* cultura jurídica [lo de *nuestra* referido principalmente a los sistemas jurídicos de la tradición europea continental o romanistas (románico-germánicos) o de derecho escrito], en la línea, lenta pero sistemática, de una tendencia hacia la legislación como fuente única del derecho. Esa tendencia se consolidó a través del proceso de *codificación*, que vino a sellar el monopolio del Estado en el control y determinación de lo que *podía* o *no podía* ser considerado derecho; asimismo, sirvió un poderoso soporte político, ideológico y jurídico al poder establecido mediante la ficción de un auto-encauzamiento de los *modos* del poder. Recordemos que el principio de legalidad fue *imaginado* para regular la acción del Estado en la esfera pública, pues la esfera de lo privado se libraba al *automatismo* de la autonomía individual y el cumplimiento de los contratos<sup>10</sup>.

Es lo que se podría denominar el prejuicio de la *omnicomprensión* o *totalización* del derecho legislado. Los procesos de *codificación* que se impulsaron desde la segunda mitad del siglo XVIII y tomaron plena forma en el siglo XIX, forman un arco de procesos históricamente determinable que va desde la promulgación del Código civil napoleónico en la Francia de 1803 hasta el Código civil alemán promulgado en el 1900. Estos son fruto de los esfuerzos racionalizadores y sistematizadores que habían arrancado con la formación del Estado moderno y que buscaban la certeza y la fijación del orden de los derechos; origen que – es preciso recordar- estaba signado por “... la pretensión de la razón jurídica de reordenar y reconstruir su propio objeto en función de los valores de la certeza y la garantía de los derechos”<sup>11</sup>. No obstante, la *codificación* derivará en una tendencia absolutizadora, en un doble sentido: por un lado, la disposición de no reconocer otro derecho más que aquel emanado de los órganos

<sup>9</sup>“Lo que entonces se produce es una identificación entre ley y derecho (...). Es premisa que en efecto viene con la revolución francesa y que encuentra su formulación paradigmática en la codificación napoleónica, en el título preliminar del código civil más en concreto. Ahí está la ley como expresión implícita de *soberanía*, de un poder normativo exento él mismo de derecho; ahí tenemos *la ley* como norma explícita de producción política que, respecto al ejercicio de la *justicia*, puede identificarse sin más con *el derecho*, un fenómeno patentemente inédito y prácticamente impensable con anterioridad. A partir de ahí también tenemos unos mecanismos eficientes de imposición de la legislación y de control de legalidad sobre la justicia, comenzándose por la cancelación completa de la [*justicia* – N.J. S.A.] existente para la conversión de la nueva, por la que toca a su entidad, en criatura entera de la ley. Resultará un sistema en el que no cabrá *rule of law* porque comienza a no admitir *rule of rights*, derechos anteriores al poder legislativo ni a otros poderes constitutivos del Estado. Entronizada de tal modo la ley, no admite derechos con valor propio ni cuando procede a su declaración” (CLAVERO. *Op. cit.* p. 201 – las cursivas son del original).

<sup>10</sup>La otra cara de la misma historia, es el paralelo que encontramos en la teoría economía clásica, con su ficción de la *mano invisible*, que lograría el *bien común* en la medida que los sujetos y las autoridades se despreocuparan de procurarlo. Es decir, desentendiéndose de realizar el bien común, éste, automáticamente, en virtud de esa mano invisible, se realizaría. Es la ficción del *automatismo del mercado* (F. Hinkelammert).

<sup>11</sup> Cfr. FERRAJOLI. *Derecho y razon* ..., p. 18.

## NORMAN JOSÉ SOLÓRZANO ALFARO

estatales competentes<sup>12</sup> y, por otro lado, la emergencia de una línea bastarda que pretendía la juridificación de *todas* las esferas o aspectos de la realidad<sup>13</sup>. Todavía más, es el triunfo pírrico de la línea parlamentarista, opuesta a aquella otra juracista y judicialista que resultó vencida en la práctica eliminación de la institución del jurado en los nuevos estados y en la limitación casi absoluta de los poderes de los jueces<sup>14</sup>.

De esta forma, el *modelo bizantino*, que ya había sido un límite para el desarrollo del pensamiento jurídico en los inicios de la ciencia del derecho, es decir, la estricta sujeción al texto<sup>15</sup> vuelve, de manera ideológicamente solapada pero políticamente abierta, a regir los derroteros de la ciencia y la práctica del derecho. Así, en adelante, el *signo de la ley* tendrá dos caras: por un lado, el modelo del derecho será el del Código civil, basado en la doctrina, en clave individualista, de los derechos y deberes subjetivos, la libertad contractual y la propiedad privada, por otro lado, la interpretación quedará proscrita si no toma la forma de la interpretación restringida, camino de la Exégesis francesa y ni siquiera superado por la Pandectística alemana más formalista y conceptualista.

La razón jurídica moderna ha generado, por sucesivas abstracciones, un desplazamiento en la figura del sujeto: del *hombre* (*sic.*, es el *tiempo* de la razón patriarcal) al *ciudadano*, que es el buen burgués, y de éste a la ficción de *persona jurídica*, como *centro de imputación de derechos y deberes* (Kelsen) o, de otro modo, como capaz de acordar y comprometerse contractualmente<sup>16</sup>.

En ese sentido, para una investigación sobre la conformación del discurso sobre la ciudadanía y los derechos a ella adscritos, habría que seguir tanto la línea de la reflexión filosófico-política del contrato social, cuanto la versión de la economía

<sup>12</sup> Para un desarrollo histórico de este proceso, véase ORESTANO, Riccardo. *Introducción al estudio del derecho romano*. trad. y notas de Manuel Abellán Velasco. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 1997.

<sup>13</sup> Una sugestiva línea de investigación respecto de esta tendencia es la iniciada por Michel FOUCAULT, particularmente a partir de "La volonté de savoir". (*Historia de la sexualidad i. La voluntad de saber*. Madrid: Siglo XXI), con su propuesta sobre la *biopolítica*; asimismo, véase AGAMBEN, *Op. cit.* Este prejuicio (¿mito?) de la *totalización del derecho legislado* es correlativo a la pretensión de *juridificar* todos los aspectos de la realidad inscrita en el *poder de construcción de realidad* que tiene el derecho. Una vía para desmontar este prejuicio está en elucidar su (*im*)posibilidad, lógica y fáctica, a partir de la expresión "todo lo que no esté prohibido está permitido", que es su fórmula paradigmática.

<sup>14</sup> Véase CLAVERO. *Op. cit.*

<sup>15</sup> El "*Escrito viviente*" del que habla Pierre LEGENDRE ("Los amos de la Ley. Estudio sobre la formación dogmática en el régimen industrial", en MARÍ, E. E. (et al.), *Derecho y psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*. 2ª ed. Buenos Aires: Edicial, 1994, pp. 129-168).

<sup>16</sup> Para una discusión sobre los derechos de ciudadanía y derechos de las personas, véase FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías* ..., espec. el cap. 4: "De los derechos del ciudadano a los derechos de las personas", pp. 97-123. Asimismo, ha sido la crítica feminista una de las punteras en el desmontaje de estas ficciones y desplazamientos: para una bibliografía amplia sobre los aportes de la crítica feminista, véanse los materiales de las XVIII JORNADAS DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA, realizadas en la Universidad de Granada, los días 5 y 6 de abril de 2001, particularmente las ponencias de RUBIO, Ana. "Aportaciones del feminismo al principio de igualdad", BODELÓN, Encarna. "Dos metáforas para la libertad: igualdad y diferencia" y HERRERA FLORES, Joaquín. "Feminismo y materialismo: hacia la construcción de un espacio social ampliado" (en espera de publicación).

clásica y neoclásica sobre el contrato como mecanismo para el intercambio de bienes en el mercado, y elucidar las formas en que se entrecruzan ambas líneas. Esta es una tarea que no será desarrollada en esta ocasión, lo cual no es óbice para formular estas sugerencias. Para la primera línea, dada la supuesta igual libertad de los individuos del contrato social (más Locke que Rousseau), éstos eran *soberanos* – ¿génesis de la ficción voluntarista-idealista de la autonomía individual?– y no podía imponérseles ningún poder (despótico); ya la tradición escolástica había afirmado la legitimidad de la sublevación frente a los poderes despóticos, que son contrarios a la ley natural. Tales individuos también eran libres para delegar/depositar el ejercicio de esa libertad en un príncipe o representante, que estaba obligado por el mandato de los propios súbditos (ciudadanos) expresado en el contrato mismo. Ese contrato se erigía, entonces, como el límite para el ejercicio del poder a favor de los ciudadanos, que así se aseguraban no ser sometidos a (más) despotismo (que el de su propia ley). Para la segunda, la ciudadanía que produce el contrato es un derecho derivado del de propiedad, que está determinado por la individual posibilidad/capacidad de apropiación de los bienes; se trata, en definitiva, de una ciudadanía de/para propietarios. Al fin y al cabo, son los *tiempos del capitalismo concurrential*<sup>17</sup>.

De esta manera, el principio de legalidad, que en su diseño original pretendía imponer un freno a la arbitrariedad en defensa de los intereses de *los ciudadanos*<sup>18</sup>, fue el estandarte que los teóricos ilustrados levantaron para asegurar las reivindicaciones revolucionarias, incluida la de la división de poderes. Pero, por otra parte, con el ascenso e implantación del *bonapartismo* como forma y estructura del poder<sup>19</sup>, el principio de legalidad se verá unido a la tendencia *burocratizante* y *centralista* de los aparatos estatales propios de ese estilo de ejercicio del poder. De esta forma, la implementación del principio de legalidad terminó reducida al aspecto procedimentalista<sup>20</sup>, tal y como la vivimos/conocemos hasta nuestros días.

Sintetizando, en la conformación de los estados de derecho (S. XIX) convergen varios aspectos:

1. La pretensión de establecer un sistema de control del ejercicio del poder<sup>21</sup>, de donde deriva, como una expresión jurídica, el principio de legalidad.

<sup>17</sup> Cfr. CAPELLA. *Op.cit.*

<sup>18</sup> *Los ciudadanos* ..., pues sí el sujeto político era, por excelencia, el propietario, de suyo que es una categoría excluyente y exclusiva, que deja por fuera a mujeres, extranjeros/as, etc. Este es uno de los enigmas de la razón patriarcal, donde reside su poder, pero, a la vez, su vergüenza.

<sup>19</sup> El *bonapartismo* como modelo de gestión burocrática encarnó, de manera desmesurada, en las estructuras del poder judicial, llamado a imponer/realizar el propio Código napoleónico. Desgraciadamente este fue el modelo que se implantó y está vigente en la mayoría de los países latinoamericanos.

<sup>20</sup> Haciéndonos eco de las palabras de Salvatore SATTA, ("El misterio del proceso", en *Soliloquios y coloquios de un jurista*. Buenos Aires: Ejea, 1971) este procedimentalismo es la marca de la abdicación de una sociedad que se niega al proceso.

<sup>21</sup> "La primacía de la ley señalaba así la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del *Ancien Régime*. El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho" (ZAGREBELSKY. *Op.cit.* p. 24 – la cursiva es del original).

2. La tendencia burocratizante y centralista que adquiere la organización y gestión de tales estados, de conformidad con el modelo napoleónico.
3. La consolidación de una racionalidad instrumental, eficientista y fragmentaria, impulsada por el cientificismo positivista en un ambiente de contrarrevolución e idealismo.

Estos aspectos no son genéticamente asimilables, pero son algunas de las tendencias básicas en la conformación de los estados modernos, que deben ser tomadas en consideración para entender como, históricamente, el clásico principio de legalidad, nacido para subordinar el poder a la prefiguración de *una voluntad* – ¿popular, democrática? – (originalmente se trataba de la *voluntad individual* – Locke-, más tarde de la *voluntad general* – Rousseau-, finalmente... ¿la *voluntad de [P]oder* – Nietzsche?), sucumbió a los dictados de un proceso de *racionalización/burocratización/centralización* de las funciones públicas y administrativas. Asimismo, desde una perspectiva de la *realidad histórica*, y cuidándonos de no caer en una pseudo-disputa entre formalismo y antiformalismo, tendencias rebatidas por L. FERRAJOLI (véase *DERECHO Y RAZÓN...*, pp. 162-164), no podemos obviar el problema con solo afirmar que el principio de legalidad no tiene nada que ver con la forma burocrática y centralista de los estados, o, en todo caso, que se trata de una aplicación errónea o inacabada de dicho principio en esos estados burocráticos, sino que debemos enfrentar el problema, para intentar alguna solución.

El centralismo burocrático de los estados modernos es una evidencia de lo que podemos llamar *secularización epidérmica*; es decir, la modernidad – y en esto simplificamos la exposición, pero dejamos constancia de que es uno de los *nudos duros* más importantes por elucidar en nuestro universo cultural- pretendía haber superado (en las posiciones más extremas: vencido y desechado) todo vestigio de las visiones dogmáticas, mítico-religiosas, por (el) imperio de la Razón, pues “(...) lo que es dogmático no tiene buena prensa, porque no es muy razonable, es contrario a la idea que nos hacemos de la Razón, del principio de Razón que no es otra cosa que el anverso del principio de autoridad, o, si lo prefiere, su lugar”<sup>22</sup>, aunque esto último haya sido invisibilizado por el objetivismo de la jerga cientificista y la gestión burocrática. En el ámbito del derecho esta pretensión pasa por muchos lugares, pero nos interesa resaltar dos de esas vertientes, muchas veces contradictorias, a saber: la *crítica al principio de autoridad* y la *pretensión de autonomía* del derecho.

<sup>22</sup>Cfr. LEGENDRE, Pierre. “La crisis del juridismo” (entrevista y versión castellana de Enrique A. Kozicki) en *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*. Buenos Aires: Hachette, 1982, p. 44.



De otro modo,

“[p]ara comprender el sistema centralista hay que volver a la cuestión jurídica en su conjunto, tal como la recibimos de Justiniano y del derecho romano, destilado primero en Europa, después en todo el universo industrial, sobre la base de las interpretaciones escolásticas de la Edad Media. El centralismo es ante todo eso: la operación histórico-política que ha instalado nuestra idea de lo que de buen grado yo llamaría religión del poder, una religión perfectamente definida en el título primero del Código de Justiniano, cuando el emperador teócrata define la Razón, es decir el dogma trinitario. Esto es fundamental. El centralismo es algo que pone en escena el lugar de Dios, digo bien: *poner en escena un lugar*”.<sup>23</sup>

Y ningún escenario más apropiado para ver esa puesta en escena de la *teatralidad* de la autoridad que el poder judicial, como *martillo* del poder estatal que monopoliza la fuerza social. Así,

“[e]l proceso, confrontación de puntos de vista singulares, inseparablemente cognitivos y evaluativos, que es zanjada por el veredicto solemnemente pronunciado por una autoridad socialmente autorizada, representa una puesta en escena paradigmática de la lucha simbólica que tiene lugar en el mundo social. Esta lucha en la que se enfrentan visiones del mundo diferentes, es decir antagonicas [*sic.*; *de las tres primeras acepciones generales que aporta el DRAE al vocablo ‘diferencia’ sólo el tercero hace referencia a oposición; luego, no es de suyo que lo ‘diferente’ siempre sea ‘antagónico’ – N.J.S.A.*], que, en la medida de su autoridad, pretenden imponerse al reconocimiento y, mediante eso, realizarse, tiene por objeto el monopolio del poder de imponer el principio universalmente reconocido [*sic.*; *más propiamente con pretensiones de reconocimiento universal – N.J.S.A.*] del conocimiento del mundo social, el *nomos* como principio universal de visión y división (*nemo* significa separar, dividir, distribuir), principio pues de *distribución* legítima. En esa lucha, el poder judicial, a través de veredictos acompañados de sanciones que pueden consistir en actos de coacción física como la privación de la vida, de la libertad o de la propiedad, manifiesta este punto de vista, que trasciende las perspectivas particulares, como es la visión soberana del Estado, detentador del monopolio de la violencia simbólica legítima”.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Cfr. LEGENDRE. “La crisis del jurisdismo”..., p. 47 – las cursivas son del original.

<sup>24</sup> Cfr. BOURDIEU, Pierre. “La fuerza del Derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico”, en *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Desclée, 2000, pp. 200-201 – las cursivas son del original.



En ese sentido, “[e]l centralismo no quiere decir que el centro está aquí más que en otra parte; sino que el centro está allí donde se halla la autoridad, allí donde el principio de autoridad funciona”<sup>25</sup>, aunque su lugar pueda desplazarse en el campo, por cuanto se trata de una puesta en escena que *dispone* el lugar desde donde se dice la verdad sobre el mundo social (narratividad) y se *nominan* los elementos de la realidad (cosas, acciones, etc.), por ejemplo, “(...) el veredicto del juez, que pone fin a los conflictos o negociaciones a propósito de cosas o personas proclamando públicamente lo que son realmente, en última instancia, pertenece a la categoría *de actos de nominación o de institución* y representa la forma por excelencia de la palabra autorizada, palabra pública, oficial, que se enuncia en nombre de todos y en presencia de todos”.<sup>26</sup>

En esa puesta en escena, aunque todo parece cambiar, hay algo que debe permanecer fijo (*función dogmática*), y es el lugar de la autoridad, que sin embargo se puede desplazar, pues esta se instituye en el lugar donde *se pronuncia*. “El derecho consagra el orden establecido consagrando una visión de ese orden que es una visión del Estado, garantizada por el Estado”<sup>27</sup>. Esto nos obliga a elucidar, momento a momento, cual es el lugar donde funciona el principio de autoridad (en tiempos de la globalización y de la implantación de las estrategias neoliberales, funciona privilegiadamente en el lugar de las burocracias privadas). “Es por ello que inevitablemente hay religiosidad, y aun los centralismos oficialmente ateos (esos centralismos constituidos enfrentando al centralismo cristiano y contra la divinidad cristiana) están obligados a pasar por allí: por todo un teatro sobre el Saber absoluto de un gran Otro irreal en el que nosotros creemos porque estamos remachados a la condición humana y ésta supone, ante todo, una entrada imaginaria en la vida”<sup>28</sup>.

Lo dicho no es óbice para reconocer las virtudes (positivas) del principio de legalidad, ni lo que Occidente le debe en términos de un control racional del poder, así como nuestra misma adscripción a una tendencia que lo supone con *radicalidad* (pero en los términos en que se verá más adelante). Mas lo que aquí nos interesa es establecer la *genealogía de su inversión*, que no está separada de esa cara virtuosa, sino que es su correlato *inevitable*. Nos interesa, entonces, escrutar la *zona de negatividad* que abre el principio de legalidad, en la acepción paleopositivista, decimonónica, todavía vigente en el siglo XX y que parece querer hacer su entrada al siglo XXI sin mayores trabas, de derecho como ley y ésta como ley legislada, autónoma, pretendidamente sistemática, desentendida de la tensión constitucional

<sup>25</sup> Cfr. LEGENDRE. “La crisis del jurisdismo”, p. 47.

<sup>26</sup> Cfr. BOURDIEU. *Op. cit.* p. 201 – las cursivas son del original.

<sup>27</sup> Cfr. BOURDIEU. *Ibid.*

<sup>28</sup> Cfr. LEGENDRE. “La crisis del jurisdismo” ..., p. 48.

y, lo que no es menos grave, abstraída de la funcionalidad respecto a los sujetos concretos sobre los que emite su dictado y ejerce su soberanía<sup>29</sup>.

## 2. De la *Inversión Ideológica* de las Normas Jurídicas Particulares

Es punto de acuerdo más o menos generalizado en el ámbito de la teoría jurídica moderna la consideración del derecho como *técnica de control social* de un poder políticamente instituido. Tal técnica se dice de *tipo indirecto*, pues no está librada a un seguimiento voluntario de sus cánones por parte de los sujetos a los que está dirigida y cuya vida social pretende *ordenar*, sino que esta obediencia, en *última instancia*<sup>30</sup>, se hace descansar en la amenaza de una consecuencia (la interferencia en los propios intereses por medio de la fuerza) para quien desobedezca el canon adoptado/establecido.

El *canon*, impuesto por el poder político, adquiere la forma de *norma*, las cuales aparecen dispuestas en un *orden* específico. Luego se trata de un *orden normativo*. Todavía más, en la medida que el mecanismo para asegurar la obediencia a ese orden normativo es del tipo descrito: promesa de recompensa para la obediencia y amenaza de castigo para la desobediencia, decimos que se trata de un *orden normativo coercitivo*. A esto, en fin, es lo que denominamos derecho<sup>31</sup>. Asimismo, en la medida que el poder político “es originariamente la institucionalización de la fuerza cultural-militar de una forma de organización social incapaz de reproducirse por el mero despliegue de su lógica económica ... [, *tiene como una de sus funciones la de – N.J.S.A.] generar ideología de aceptación, fundamental para reducir la visibilidad de la actividad coercitiva*”.<sup>32</sup>

En las *sociedades arcaicas* esa ideología de aceptación se instalaba mediante las formas *míticas* (religiosas o morales). El *mito*, a su vez, es la matriz en la cual se generó el esquema *crimen – castigo*, que posteriormente articularía las formas de respuesta del poder político jurídico al imponer su orden coercitivo. Este esquema

<sup>29</sup> Este es el objetivo de nuestras investigaciones y reflexiones actuales, siendo lo dicho en este escrito tan sólo unos avances preliminares que intentan marcar las rutas por las que éstas puedan discurrir. Luego, asumo el carácter de *diseño*, todavía preliminares, más que un desarrollo ampliamente elaborado de los aspectos aquí abordados y de las sugerencias investigativas formuladas.

<sup>30</sup> Este carácter coercitivo lo es en *última instancia*, pues no se desconoce la gama de situaciones de adhesión voluntaria a las orientaciones jurídicas; adhesión que viene dada ya sea por un convencimiento personal, o bien, por la instalación de esos dispositivos en el inconsciente individual y el imaginario social, pero que siempre aparecen *reforzadas* por la amenaza de una reacción frente a su desobediencia.

<sup>31</sup> En ese sentido, véase CAPELLA. *Op. cit.* pp. 43-50; asimismo, el texto de KELSEN, Hans. *¿Qué es justicia?* Título del original WHAT IS JUSTICE? Justice, Law and Politics in the mirror of Science. Edición española a cargo de Albert Calsamiglia. Barcelona: Ariel, 1991, espec. “El derecho como técnica social específica”, pp. 152-182, a partir del cual intentaremos mostrar como se opera la inversión ideológica de las normas particulares y, por ende, del principio de legalidad.

<sup>32</sup> Cfr. CAPELLA. *Op. cit.* pp. 46 e 47 – las cursivas son del original.

demostrará, en la historia posterior y hasta nuestros días, tener una vigencia aún no superada por la teoría y las formas jurídicas<sup>33</sup>. Esto lo podemos ver, por ejemplo, en el análisis kelseniano sobre el Derecho como orden coercitivo. Al respecto, Kelsen apunta lo siguiente: “La Jurisprudencia describe la misma situación [*La prescripción de una conducta humana – N.J.S.A.*] desde el punto de vista de las normas legales: el que comete un crimen debe ser castigado”.<sup>34</sup>

Los primeros grupos humanos, indistintamente de las formas de su *socialización*, organizaban su vida comunitaria mediante unas *normas de uso social*, cuya imposición era fundamentalmente ideológica. Las normas de esta *moralidad positiva* (Capella) podían ser más o menos complejas, pero su esquema funcional básico exigía frente a la *transgresión* de una de sus normas (*tabú*) una *expiación* “... algo así como la reparación o la descausación de las consecuencias del acto – consecuencias a menudo míticas e incontrolables, pero representadas como reales en la imaginación colectiva”.<sup>35</sup>

Ese esquema básico (*crimen – castigo*) será asumido, posteriormente y hasta nuestros días, por las formas organizativas del poder político jurídico, como bien da cuenta un material tan reciente como el texto citado de Kelsen. En este autor, paradigmático en el pensamiento jurídico moderno, a partir de la asunción de ese esquema básico, la argumentación desarrollada buscará revestirlo con los ropajes más asépticos de la racionalidad positivista<sup>36</sup>. Así, apunta:

“La técnica social que llamamos ‘Derecho’ consiste en hacer que el individuo, utilizando unos medios específicos, se abstenga de interferir mediante la fuerza en los intereses de los demás. En caso de que se dé esta interferencia, la comunidad legal misma reacciona con una interferencia semejante en los intereses del individuo responsable de la interferencia anterior. La interferencia mediante la fuerza en los intereses de los demás, es decir *la medida coercitiva, funciona como delito y como sanción*. El Derecho es un orden según el cual el

<sup>33</sup> Pareciera que las *voces de la caverna* no han sido acalladas aún. Ante este hecho, los esfuerzos secularizadores en la tradición jurídica moderna podrían quedar al menos bajo sospecha de que hayan obtenido el efecto deseado. Por ejemplo, la polémica del Positivismo jurídico contra la Doctrina del Derecho natural heredó y consolidó la separación entre Derecho y Moral promovida desde algunas de las principales tendencias de la Ilustración. Sin embargo, no parece que se haya reparado en el hecho de que el esquema básico a partir del cual se ha concebido/ construido (*imaginado*) el derecho fuera un esquema generado en la *mentalidad mítica*; de ahí que, no obstante la sofisticación de que podemos hacer gala en la moderna Ciencia jurídica y muy a pesar de los cientificismos exacerbados, parece que no logramos deshacernos de la tan defenestrada *imaginación mítica*, o bien, como discontinuidad de la historia, una y otra vez el mito asoma su paradójica faz.

<sup>34</sup> Cfr. *Op. cit.* p. 67.

<sup>35</sup> Cfr. *Op. cit.* p. 41.

<sup>36</sup> A esa racionalidad positivista ciertamente no poca cosa le debemos, particularmente el tomar partido por una concepción *convencionalista* del derecho, aunque ello resultara en no pocos casos un tanto ambiguo, dado que no se terminó por asumir el carácter eminentemente histórico del derecho. En ese sentido, véase CAPELLA. *Op. cit.* pp. 18-25; para un abordaje amplio de los problemas de la *historicidad* del derecho la citada *Introducción al estudio del derecho romano* de R. ORESTANO, así como para una exposición sobre la *convencionalidad o artificialidad* del derecho, las obras de FERRAJOLI. *Derecho y razón...* y *Derechos y garantías... supra cit.*

uso de la fuerza queda prohibido únicamente como delito, es decir, como condición, pero está permitido como sanción, es decir, como consecuencia”.<sup>37</sup>

Fenomenológica y funcionalmente hablando, está la acción (una “interferencia mediante la fuerza en los intereses” de un sujeto), y, mediante otra acción se determina (el poder de la *nominación* – Bourdieu) el carácter de la primera como *delito* o como *sanción* (según esa “interferencia mediante la fuerza” venga ejercida por el poder político jurídico o por el sujeto particular). Esto reafirma el hecho de que tanto el delito como la sanción son resultado de una *definición*<sup>38</sup>. Sobre este punto parece que hoy día sólo pueden tener objeciones algunas tendencias esencialistas u ontologistas ya anticuadas; todavía más, es del bagaje de la reflexión jurídica moderna este *carácter convencional del derecho*, aunque en el imaginario, tanto de la *gente de la calle* como de muchos operadores jurídicos, siga operando una visión esencialista y arcaica.

De esta manera, “[e]l Derecho es un orden según el cual el uso de la fuerza queda prohibido únicamente como delito, es decir, como condición, pero está permitido como sanción, es decir, como consecuencia”.<sup>39</sup>

En ese sentido, la relación entre la condición (*delito*) y la consecuencia (*sanción*) – dirá en otra parte el mismo Kelsen- es de *imputación*<sup>40</sup>, desechando cualquier vínculo causal o natural entre uno y otro extremo<sup>41</sup>. Es decir, el discurso jurídico al uso por el poder político jurídico recubre un mismo tipo de acción sea como delito o sea como

<sup>37</sup>Cfr. KELSEN. *Op. cit.* pp. 160-161 – las cursivas no son del original.

<sup>38</sup>“El derecho es, sin duda, la forma por excelencia del poder simbólico de nominación que crea las cosas nombradas y, en particular los grupos; el derecho confiere a esas realidades surgidas de sus operaciones de clasificación toda la permanencia, la de las cosas, que una institución histórica es capaz de conferir a instituciones históricas./ El derecho es la forma por excelencia del discurso activo, capaz, por su propia virtud, de producir efectos. No es exagerado decir que el derecho *hace* el mundo social, pero con la condición de no olvidar que él es hecho por ese mundo” (cfr. BOURDIEU. *Op. cit.* p. 202 – la cursiva es del original). Pero, ¡hay!, esa condición es raramente observada por los operadores (teóricos y prácticos) del derecho.

<sup>39</sup>Cfr. KELSEN. *Op. cit.* p. 161.

<sup>40</sup>“Dado que la conexión entre delito y sanción queda establecida por una prescripción o una autorización, es decir, por una “norma”, la ciencia jurídica describe su objeto mediante proposiciones en las cuales el delito está relacionado con la sanción mediante la cópula “debe”. Yo mismo he sugerido llamar “imputación” a esta conexión. Este término traduce el término alemán *Zurechnung*. Decir que un individuo es *zurechnungsfähig* (“responsable”) significa que puede aplicársele una sanción en el caso de que cometa un delito. Decir que un individuo es *unzurechnungsfähig* (“irresponsable”) – por ser niño, por ejemplo, o enfermo mental- significa que no puede aplicársele sanción alguna si comete un delito. Con más precisión, podemos afirmar que en el primer caso la sanción está relacionada con una conducta determinada considerada delictiva, mientras que en el segundo caso la sanción no está relacionada con una conducta de este tipo. La idea de imputación (*Zurechnung*) como conexión específica del delito con la sanción está implícita en el juicio jurídico que afirma que un individuo es o no es legalmente responsable (*zurechnungsfähig*) de su conducta. Por tanto, podemos decir que la sanción viene imputada por el delito, no que tiene por causa el delito” (KELSEN. *Op. cit.* pp. 224-225 – los entrecomillados y las cursivas son del original).

<sup>41</sup>“Resulta evidente que tanto la regla moral como la jurídica relacionan condición y consecuencia según un principio totalmente ajeno al de la causalidad. La ley de la naturaleza es una afirmación del tipo “si se da A, entonces *se dará* B”, mientras que la regla moral o jurídica dice que “si se da A, entonces *debe darse* B”. En ello radica la diferencia entre “es” y “debe”, es decir, la diferencia entre causalidad y normatividad (o imputación)” (KELSEN. *Op. cit.* p. 67 – las cursivas y entrecomillados son del original).

sanción. De otro modo, para responder a una "... interferencia, la comunidad legal misma reacciona con una interferencia semejante"; pero esto, si se mira con perspectiva histórica, no hace más que dejarnos anclados en un atávico *lex talionis*.

Ahora bien, lo que se quiere poner de relieve es como, aún cuando se haya logrado un avance en la concepción moderna, particularmente en lo que se refiere al *carácter convencional* – digo más: *histórico*- del Derecho, el esquema que sigue vigente solapadamente es el viejo esquema de *crimen – castigo*<sup>42</sup>. Para Kelsen, por ejemplo, como hemos visto, no hay ningún problema en ello, pues en su polémica contra la Doctrina del Derecho natural, él está interesado únicamente en mostrar la *falacia naturalista* en la que ésta última incurre y en sostener la separación entre el "es" y el "debe".

Por lo demás, cierto es que todavía, en los albores del siglo XXI, posiblemente no hayamos generado un esquema diferente para el diseño del derecho, aunque para la *imaginación jurídica* – quizá de manera escandalosamente minoritaria- hoy es posible superar el "horror al vacío del derecho" (Capella), al reubicar este saber/poder jurídico como *uno más* (performativo de *nuestro* estilo de vida, pero no necesario para *todo* estilo de vida) de los elementos que configuran la convivencia socialmente organizada. Pero, en la línea de la secularización, y como otra faceta de esta, cuando se utiliza un esquema arcaico, de reminiscencias míticas, como este de *crimen – castigo*, al menos debemos *hacernos cargo* de los efectos, directos e indirectos, de tal acción, y mantener activa la duda para enfrentar cualquier exceso sacrificial. Pero esto es, según parece, de lo que se abstiene Kelsen – y con él la mayor parte de la reflexión jurídica moderna- al suspender su análisis en ese punto<sup>43</sup>.

En virtud de ese esquema de fondo, del cual no puede salir la comprensión/ construcción del derecho (*imaginación jurídica*) mayoritaria, incluido Kelsen, nos encontramos con lo que Franz Hinkelammert apunta como *inversión* de las normas particulares, y que por un despliegue ideológico se extiende a todo el discurso jurídico en tanto el derecho es un *orden normativo coercitivo*. Luego, tenemos que

"[I]a norma legal puede decir: *la vida humana es inviolable*, o, *no matarás*. Siendo esto una norma legal, el violarla tiene su sanción. Por lo tanto, frente al asesino que viola este derecho establecido por la norma, aparece ahora la violación legítima de ella. En caso extremo le es aplicada legítimamente la

<sup>42</sup> Esto podría explicar, en parte, los niveles de intolerancia y represividad que tienden a mostrar no sólo muchos operadores jurídicos, sino también gran parte de la *gente de la calle*, en la forma de una propensión hacia las medidas de intervención penal como manera de encausar los conflictos. Como intentaremos postular, en realidad se trata de un dispositivo discursivo que está instalado en el imaginario de las sociedades occidentales.

<sup>43</sup> En puridad, esto no es un asunto que sea achacable exclusivamente a Kelsen, sino que él actúa dentro de una "*experiencia jurídica*" (véase ORESTANO. *Op. cit.* pp. 371-414, quien resulta particularmente enfático en lo de *nuestra experiencia jurídica*, en la línea de G. Capograssi) determinada, con unos marcos categoriales igualmente determinados, comunes a todos quienes participamos de esa misma "experiencia jurídica", y que (de)limitan la forma de imaginar el derecho.

pena capital, es decir, él mismo es asesinado. De la norma: *no matarás*, ahora sigue: *mata a aquel que mató*. La norma es invertida por la relación crimen y castigo. La norma es asegurada por su violación en relación con aquel que la violó. Que la norma sea violada frente a aquél que la viola, es consustancial a la existencia de cualquier norma”.<sup>44</sup>

Según la técnica jurídica imperante, se podría objetar que las expresiones “la vida humana es inviolable” y “no matarás” son, la primera, un principio – que bien puede ser un *principio jurídico*, así recogido en algunas constituciones, como la de Costa Rica- y, la segunda, una norma moral. Pero, en todo caso, los aspectos de incondicionalidad fáctica (es decir, que no hacen referencia a un supuesto de hecho al que atribuirle una consecuencia) e indeterminación de las eventuales consecuencias muestran su carácter prenortativo o extranortativo. En definitiva, aparece aquí una vieja polémica que el positivismo no logró resolver adecuadamente, y en la historia constitucional moderna ha tenido respuestas disímiles: sobre los contenidos materiales del derecho; el carácter y función de los principios generales, etc.

La teoría normativista legalista del derecho que hemos heredado del siglo XIX ha construido la norma jurídica, en general, según el modelo arrastrado en las normas penales; de ahí que luego no haya sido mayormente problematizado el hecho de que se asuma el derecho, en general, como orden coercitivo. Es decir, cualquier situación que cayera en la esfera del derecho se hace depender, en última instancia, de la amenaza de “una interferencia por la fuerza”, que es instrumentada por el derecho penal.

Esto bien puede dar lugar a algunas interrogantes. El esfuerzo, indudablemente emancipador, por una racionalización de la intervención penal (desde C. Beccaria hasta nuestros días), hizo que la norma punitiva se ajustara a un esquema racional, para cuyos efectos se diseñó el principio de legalidad; éste, posteriormente, fue adoptado como canon de racionalidad para el derecho en general. Entonces, ¿será, acaso, esta la única *razón* que ha alcanzado el derecho?

Asimismo, con más o con menos, la teoría de la norma al uso dice que esta tiene una estructura así:

*Si dado H, entonces debe ser E;*

*si no es E, entonces debe ser S.*

Donde “H” es el hecho jurídico (propriadamente calificado como jurídico por la imputación de unos efectos jurídicos típicos), “E” es el efecto jurídico (que en la perspectiva de Angelo Falzea, por ejemplo, comprende un componente de hecho y un componente de valor), “S” es la sanción, y la relación de imputación está dada por la expresión “*entonces ...*”.

<sup>44</sup>Cfr. HINKELAMMERT. Franz J. “Democracia, Estructura Económico-Social y Formación de un sentido común legitimador”, en *Democracia y totalitarismo*. 2º ed. San José: DEI, 1990, p. 135 – las cursivas son del original.

Si hoy día se ha aceptado el carácter convencional de la ligazón de imputación, ¿qué le impediría a la *imaginación jurídica* aceptar que “*si no es E, entonces ...*” no necesariamente “*debe ser S*”? ¿no abriría esto una gama de alternativas de respuesta, todavía jurídicas, a conflictividades en la convivencia social? O acaso es que ¿no es posible superar el esquema *crimen – castigo*?

Lo que se quiere resaltar es que no se ha reparado en que la *reduplicación* de la norma efectuada por la técnica jurídica *invierte* el principio jurídico. Luego, todo lo más que se pueda argumentar no puede negar ese hecho, aunque haya sido invisibilizado; así, el mismo Kelsen arguye:

“Entre las paradojas de la técnica social que aquí hemos caracterizado como orden coercitivo [el Derecho – *N.J.S.A.*], podemos señalar el hecho de que su instrumento específico, el acto coercitivo, es del mismo tipo que el acto que intenta prevenir en las relaciones interindividuales; que la sanción contra la conducta socialmente perjudicial es también una conducta de este tipo. Ya que lo que se persigue mediante la amenaza de privación por la fuerza de la vida, la salud, la libertad o la propiedad es justamente que los hombres en su conducta social se abstengan de privarse entre sí de la vida, la salud, la libertad o la propiedad. Se emplea la fuerza para evitar el uso de la fuerza./ Sin embargo, esta contradicción no es más que aparente”.<sup>45</sup>

Sostener que emplear “... la fuerza para evitar el uso de la fuerza ...” es sólo una contradicción aparente, por más esfuerzo que se haga, no deja de ser ideológico (aquí en sentido de *falseamiento de la realidad*). Esto es lo que puede invalidar el argumento justificativo que esgrime el propio Kelsen, cuando afirma:

“Sin embargo, esta contradicción no es más que aparente. Es cierto que el Derecho es un orden que promueve la paz, en el sentido de que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones entre los miembros de una comunidad. Y, sin embargo, no excluye completamente el uso de la fuerza. No debe entenderse que el Derecho y la fuerza son completamente incompatibles entre sí. El Derecho es la organización de la fuerza. El Derecho pone ciertas condiciones al uso de la fuerza en las relaciones entre los hombres y autoriza el uso de la fuerza sólo a unos individuos determinados en unas circunstancias determinadas. El Derecho autoriza una conducta que debe considerarse prohibida en las demás circunstancias. La prohibición es la condición misma de la sanción coercitiva. El individuo que, habilitado por el orden jurídico, aplica una medida coercitiva (la sanción) está actuando como un órgano de este orden o de la comunidad constituida a través del orden. Por tanto, cabe decir que el Derecho monopoliza el uso de la fuerza para la comunidad. Y es precisamente de este modo como el Derecho pacifica la comunidad”.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Cfr. *Op. cit.* pp. 159-160.

<sup>46</sup> Cfr. *Op. cit.* p. 160.



Por el contrario, si la *imaginación jurídica* se hiciera cargo<sup>47</sup> de sí misma<sup>48</sup> y sus efectos, bien podría sostenerse la pertinencia del Derecho como *forma de vida en común*. Esta posibilidad todavía la vislumbramos, aunque de manera contradictoria, cuando Kelsen dice:

“La paz es una situación en la que no se usa la fuerza. En ese sentido del término, el Derecho sólo proporciona una paz relativa, no absoluta, ya que priva al individuo del derecho de utilizar la fuerza pero reserva este derecho a la comunidad. La paz del Derecho no es una situación en la que la fuerza falta por completo; no es un estado de anarquía, sino un estado en el que la comunidad tiene el monopolio de la fuerza”.<sup>49</sup>

Kelsen es realista y ve las posibilidades reales del Derecho: no promete una paz absoluta, sino sólo la limitación en el uso de la fuerza por parte de los sujetos<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Este “*hacerse cargo*” en el sentido de Ignacio ELLACURÍA, *Filosofía de la realidad histórica*. San Salvador: UCA Editores, 1990, 606 pp.); así, por ejemplo, cuando apunta: “La técnica, como todas las demás actividades del animal de realidades que es el hombre [*sic.*, léase “*ser humano*” – *N.J.S.A.*], surge de la necesidad de hacerse cargo de la situación para poder seguir viviendo. De este hacerse cargo surge inevitablemente el hacer real del hombre [*sic.*, léase “*ser humano*” – *N.J.S.A.*], como contrapuesto al hacer puramente estímulo de los animales. En el caso del hombre [*sic.*, léase “*ser humano*” – *N.J.S.A.*] no se trata únicamente de una acción física que transforma físicamente la realidad, sino de una acción en que el hombre [*sic.*, léase “*ser humano*” – *N.J.S.A.*] transforma la realidad aprehendida como real y la transforma en tanto que realidad” (p. 162). O bien, cuando dice: “El hacerse cargo real de la situación es por parte del hombre [*sic.*, léase “*ser humano*” – *N.J.S.A.*] un sentir la realidad o lo que es lo mismo un intuir sentientemente lo real” (pp. 322).

<sup>48</sup> No en el sentido de autocomprenderse, que es la vía fácil para el dogmatismo, sino en el sentido de la vigilia permanente y la duda frente a sus propios marcos categoriales y expresiones.

<sup>49</sup> Cfr. *Op. cit.* p. 160. Las referencias a “la comunidad”, en esta y la anterior cita de Kelsen, adquieren diversos significados, pues en un caso parece referirse al Estado, pero en otros más parece tener en cuenta el concepto weberiano de comunidad. Actualmente tales referencias pueden resultar mucho más equívocas, sobre todo en tiempos de nebulosos discursos sobre la “sociedad civil”. En fin, para el primer caso, con un concepto amplio y flexible, asumimos que alude al *poder político jurídico* del que habla CAPELLA (*Op. cit.* pp. 43-50). Esta cuestión no resulta nada baladí, pues, por ejemplo, cuando sostiene que “... la comunidad tiene el monopolio de la fuerza”, si aceptamos que se trata de la “comunidad constituida a través del orden”, diríamos que se refiere al Estado, luego, como modelo político Kelsen tendría implícita la concepción espartana de “república”; pero si la referencia es al pueblo o pueblos que conviven en un mismo Estado, estaríamos en presencia del ideal político ateniense de “democracia” (esta distinción entre modelo republicano y democrático es debida a Eduardo Saxe Fernández). Por otra parte, sucede lo mismo cuando utiliza los términos “Estado” y “Derecho”, pues Kelsen identifica ambos fenómenos; sólo así puede entenderse la expresión “... el Derecho pacifica la comunidad”. Vemos, así, como se va articulando una “*ideología de aceptación*” (Capella) a través del recurso al *discurso de la pacificación*. La aspiración a los fines últimos, como la paz, por parte de la comunidad es instrumentalizada a los fines del poder político jurídico (el Estado). Hoy día, esa ideología de aceptación es generada por otras formas creadoras de legalidad, paralelas al Estado, como los organismos financieros internacionales y las empresas transnacionales en el mundo de la economía neoliberal y las estrategias de globalización. Por consiguiente, si se acepta la legalidad del mercado absoluto, éste proveerá de una paz perdurable (nueva versión del milenio). En este respecto, Kelsen vuelve a Locke y Hayek no dice nada original.

<sup>50</sup> Es esclarecedor de lo que aquí apuntamos otro hecho importante, a saber, que Kelsen pone en la base de la convivencia de esa “comunidad” la *ética de la banda de ladrones*, remitiendo con ello a Platón y toda una larga tradición en ese sentido. Esto lo vemos cuando afirma: “A largo plazo, una comunidad sólo es posible si cada individuo respeta determinados intereses – la vida, la salud, la libertad y la propiedad de los demás – es decir, si cada cual se abstiene de interferir por la fuerza en estas esferas de interés de los demás” (cfr. *Op. cit.* p. 160). Pero deja muy en claro que esa abstención de “interferir por la fuerza en estas esferas de interés de los demás” está presidida por la amenaza de un *castigo*. “En caso de que se dé esta interferencia, la comunidad legal misma reacciona con una interferencia semejante en los intereses del individuo responsable de la interferencia anterior” (cfr. *Ibid.* pp. 160-161).

Pero, como no es cínico<sup>51</sup>, tampoco renuncia a la postulación del Derecho. Sin embargo, suspende su análisis en este punto porque, de continuar, tendría que violentar el credo cientificista del *estricto positivismo legal* y tendría que asumir, como consustancial al derecho, la *duda* y la *crítica*, incluso la postulación de una *ética necesaria* como performativa del derecho; es decir, tendría que dar cabida en el análisis jurídico a los valores sobre la Justicia, pero en tanto que *ética necesaria*, que según el paleopositivismo corresponden a esferas prejurídicas o extrajurídicas.

Una *ética necesaria*, en la línea de la *racionalidad reproductiva*<sup>52</sup>, disuelve el abismo entre *ser* y *deber ser*, pues su postulación es a partir de un *juicio de existencia*, por ejemplo, para poder postular cualquier ética el sujeto que lo haga debe, en primera instancia, vivir; luego, la postulación de la vida aparece como el juicio básico necesario – su *condición de posibilidad*– que sustenta cualquier ética. De ahí un aspecto sumamente relevante es que el enunciador de ese juicio de existencia es el sujeto humano vivo mismo, desde su contingencia, con lo cual esa racionalidad reproductiva, y la ética conexas, no derivan de ninguna instancia trascendental o enunciador absoluto; por ello no se cierran, no tienen ninguna suerte de *dispositivo de clausura* que las lleve a desembocar en absolutizaciones dogmáticas.

En el ámbito de la filosofía jurídica, L. Ferrajoli, aún cuando se mantiene en la fractura entre *ser* y *deber ser*, articula una vía factible para superar las limitaciones del – por él mismo denominado– paleopositivismo, a través de la *función de garantía del derecho*. Cito en extenso:

“Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del *Estado constitucional de derecho*, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo. Si en virtud de la primera característica, el ‘ser’ o la ‘existencia’ del derecho no puede derivarse de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es, precisamente,

<sup>51</sup> Vía seguida por Carl Schmit y los actuales discursos “neoliberales” respecto a los Derechos humanos; en ese sentido, véase HINKELAMMERT, F. J. “El concepto de lo político según Carl Schmitt”, en *Democracia y Totalitarismo*. pp. 113-131; “El capitalismo cínico y su crítica: la crítica de la ideología y la crítica del nihilismo”, en *El Grito del Sujeto ...*, pp. 227-245.

<sup>52</sup> Para un desarrollo lúcido sobre la crítica de la *racionalidad instrumental* y la epistemología conexas, véase HINKELAMMERT, Franz J., *Crítica a la razón utópica*. 2ª ed. San José: DEI, 1990, 275 pp. Asimismo, respecto a las posibilidades de una *racionalidad reproductiva* y las exigencias de una *ética necesaria* para enfrentar los efectos, directos e indirectos, de la acción, véanse del mismo autor: *Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión*. San José: DEI, 1995, 387 pp.; *El mapa del emperador*. San José: DEI, 1996, 277 pp.; *El grito del sujeto. Del teatro-mundo del evangelio de Juan al perro mundo de la globalización*. San José: DEI, 1998, 286 pp.

‘puesto’ o ‘hecho’ por los hombres y es como los hombres lo quieren y, antes aún, lo piensan; en virtud de la segunda característica también el ‘deber ser’ del derecho positivo, o sea, sus condiciones de ‘validez’, resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento de los valores ético-políticos – igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales- por los que se acuerda que aquéllas deben ser informadas. En suma, son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no sólo sus contenidos contingentes – su ‘deber ser’, y no sólo su ‘ser’- los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado constitucional de derecho, como *derecho sobre el derecho*, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos./ Gracias a esta doble artificialidad – de su ‘ser’ y de su ‘deber ser’- la legalidad positiva o formal en el Estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no es sólo condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales”.<sup>53</sup>

Llegados a este punto – repetimos- Kelsen, y como él toda la tradición paleopositivista, suspende el análisis y no sigue hacia la comprensión de los aspectos sustanciales (menos se detendrá en los efectos materiales) del instrumento del poder político, el derecho, y es en ese vacío donde se quiebra el clásico principio de legalidad.

### 3. Crítica al *Rigorismo* (Legalismo) de la Ley

Nos encontramos con la *paradoja* del principio de legalidad en su forma clásica. Para sostenerse, en el nivel *semántico* la ley debe revestir la forma de la norma general y abstracta (véase Zagreblesky, *Op. cit.*, pp. 29-30); pero, en el nivel *pragmático*, para devenir eficaz, debe hacerse específica y concreta (en la sentencia judicial, el acto administrativo, el negocio jurídico). Visto así, parece que la paradoja se disuelve con la distinción de niveles (semántico y pragmático); pero lo cierto es que ambos niveles se despliegan en un “campo”

<sup>53</sup>*Derechos y garantías* ..., p. 19 – las cursivas y los entrecorchetos son del original.

(BOURDIEU<sup>54</sup>), dispuesto y monopolizado por el poder político jurídico<sup>55</sup>. Y si este poder político jurídico ha adquirido la forma de la burocracia gestonaria (la burocracia estatal, pero también las burocracias privadas del poder económico), la cual en su gestión tiende a hacer abstracción de los sujetos y procesos para maximizar el rendimiento de sus funciones, según una lógica de *medio – fin* (racionalidad instrumental); entonces, tenemos así los elementos (“tautología constitutiva” – Bourdieu) que conforman la interpretación/aplicación *legalista* de la ley que es la generadora de la inversión del principio de legalidad:

1. El principio de legalidad clásico (no sólo en su corrección semántica o validez, sino en su efectividad pragmática también) ha sido implementado según los criterios de *generalidad* y *abstracción* de la burocracia encargada de gestionarlo.
2. La burocracia en la que encarna el poder político (y actualmente el poder económico, que tiene la pretensión de sustituirlo), en virtud de su propia racionalidad instrumental (*medio – fin*), sólo es capaz de percibir la acción en tanto acción fragmentaria.
3. El principio de legalidad clásico limita al poder político jurídico; pero, en tanto este mismo poder político es el generador/monopolizador de la legalidad, la limitación es en su formalidad.
4. Las burocracias encargadas de gestionar la legalidad, de cara al sujeto concreto, operan según el esquema *crimen – castigo* y hacen abstracción de la complejidad de la acción y sus efectos.

<sup>54</sup>“La entrada en el universo jurídico va acompañada de una redefinición completa de la experiencia ordinaria y de la situación misma que es el objeto en litigio, debido a que dicha entrada implica la aceptación tácita de la ley fundamental del campo jurídico, tautología constitutiva que pretende que los conflictos sólo pueden ser regulados jurídicamente, esto es, según las reglas y las convenciones del campo jurídico. La constitución del campo jurídico es un principio de constitución de la realidad (lo cual es válido para todo campo). Entrar en el juego, aceptar jugar el juego, de remitirse al derecho para solucionar el conflicto, es aceptar tácitamente la adopción de un modo de expresión y de discusión que implica la renuncia a la violencia física y a las formas elementales de la violencia simbólica, como la injuria. También, y sobre todo, significa reconocer las exigencias específicas de la construcción jurídica del objeto: habida cuenta que los hechos jurídicos son el producto de la construcción jurídica (y no a la inversa), una auténtica traducción de todos los aspectos del “asunto” es precisa para *ponere causam*, como decían los Romanos, para constituir el objeto de controversia en tanto que *causa*, es decir, en tanto que problema jurídico apto para convertirse en el objeto de debates jurídicamente reglados y para retener todo lo que, desde el punto de vista de un principio de pertinencia jurídica, merezca ser enunciado; y de eso sólo lo que pueda valer como hecho, como argumento favorable o desfavorable, etc.” (cfr. *Op., cit.* pp. 191-192 – las cursivas y el entrecomillados son del original).

<sup>55</sup>En la modernidad, el poder político jurídico típicamente ha sido monopolizado por el Estado; más hoy, en *tiempos* de la globalización, el lugar donde funciona el principio de autoridad y hace su “puesta en escena” (Legendre), donde se constituye el monopolio del poder de nominación (Bourdieu), aparece desplazándose hacia las empresas transnacionales. Sobre la globalización y sus formas y estrategias, véanse DIERCKXSENS, Wim. *Los límites de un capitalismo sin ciudadanía*. 4ª San José DEI, 1999, 4º ed., 186 pp.; *Del neoliberalismo al poscapitalismo*. San José: DEI, 2000, 184 pp.; HINKELAMMERT, Franz J. (comp.). *El huracán de la globalización*. San José: DEI, 1999, 249 pp., espec. el trabajo de Maryse BRISSON, “La globalización capitalista ... una exigencia de las ganancias”, pp. 55-104.

Por consiguiente, las burocracias gestonarias, sean estatales o privadas, en la erección del principio de legalidad, se desentienden de los efectos materiales que esa aplicación *rigorista* o *legalista* produce. Lo que es peor, esta actitud ha alcanzado, por lo visto, también a la teoría jurídica.

La forma en la cual se articulan los discursos en Occidente ha estado signada por el dualismo, y éste *oposicional*. En la perspectiva de M. Foucault (*El orden del discurso*), la modernidad ha instaurado una serie de procedimientos de control y delimitación del discurso, algunos externos (como la exclusión) y otros internos (como las reglas). De esta forma aparecen *lo prohibido* (ej., la veda de la sexualidad y de la palabra en la política; el poder *decir* no es sólo la narración de las luchas o los sistemas de dominación, sino el medio y la finalidad de esa lucha), *lo separado* (ej., la diferencia y oposición entre la razón y la locura, con el consiguiente rechazo de esta última) y *lo opuesto* (ej., entre lo verdadero y lo falso; se establece una nueva voluntad de saber en cuanto voluntad de verdad, que se aleja – ¿trasciende?- del ejercicio del poder y deviene discurso científico), entre los primeros. Luego, vemos que no hay una gratuidad en el carácter oposicional de los discursos de la modernidad. Más adelante discierne las nociones reguladoras de/en la formación del discurso: el acontecimiento; la serie; la regularidad, y la condición de posibilidad. Basten, por ahora, estas breves referencias.

Por otra parte, hemos venido hablando de la inversión ideológica. Esta es la perspectiva debida a Franz J. Hinkelammert quien, desde sus análisis de la teoría económica, los diálogos economía – teología, y la reflexión filosófica en la más genuina línea de la razón crítica, ha puesto en evidencia la inversión ideológica operada al interior del discurso de los derechos humanos. Hinkelammert ha señalado como el poder, a través de la recuperación del discurso de los derechos humanos, que en principio son postulados/reclamados por los movimientos de emancipación, ha desplegado un potencial de muerte nunca antes alcanzado. Diciendo vida, democracia, libertad, etc., el poder (hoy de carácter imperial) produce muerte, exclusión y dominación. Esta inversión se hace a través de la *abstracción trascendental* de las demandas de los sujetos concretos que las postulan/reclaman, y la *absolutización* de las concreciones históricas en que encarnan esos reclamos.

Ahora bien, teóricamente hablando, en la medida que la inversión ideológica es un hecho (con el sintagma “*inversión ideológica*” describimos los efectos de una forma de ejercicio del poder), esta debe ser explicada. Siguiendo una metáfora cibernética, ella es el efecto o la expresión de unos *dispositivos discursivos* o claves de lectura (hermenéutica), que están instalados en el imaginario y son operativos en contextos de absolutización ideológica. En la línea de Foucault, podríamos decir que se trata de unas *nociones reguladoras* del discurso y, por ende, de las prácticas que promueven esos discursos que, a la vez, lo sostienen; específicamente se trataría de las *series* (en Foucault se trata de la enunciación y enumeración de secuencias, como la temporal de los días de la semana o los meses del año, etc.). Las que participan o intervienen en la inversión son – volvemos a Hinkelammert- los esquemas o secuencias

tales como, por ejemplo: *crimen – castigo* (que interfiere en la interpretación/despliegue de las normas particulares); *amigo – enemigo* (clave de lectura de los derechos humanos por parte de los poderes que enuncian derechos); *vida – muerte* (ambos extremos son sacados del círculo natural de la vida, y se reprocha como fatalidad de la dinámica de las emancipaciones). Que esas series sean binarias responde a la racionalidad instaurada en la modernidad<sup>56</sup>, particularmente a partir de Bacon y Descartes, con la instauración de una racionalidad mecanicista, y ya en el siglo XIX con el instrumentalismo del cientificismo en auge, que tendió a reducir la realidad y la complejidad de la acción a términos de *medio – fin*.

#### 4. Diversas expresiones del principio de legalidad

*... y de cómo se invierten en tiempos de la absolutización del mercado*

El pensamiento jurídico decimonónico se hizo eco de la escisión de lo jurídico en público y privado<sup>57</sup>. Por consiguiente, proyectó el principio de legalidad sobre una realidad fragmentada. Asimismo, se impuso, como parte del cientificismo en boga, una racionalidad instrumental, igualmente fragmentaria, que solo atendía las relaciones medio – fin. No es de olvidar que es el tiempo en que también se impone la economía neoclásica, que poco menos que proscribió una comprensión del sujeto como sujeto necesitado, y se inscribe en la lógica del “fetichismo de la mercancía” (Marx), desentendiéndose de los efectos indirectos de la acción. En ese contexto, el principio de legalidad adquiere diversas expresiones según la materia, “derecho público” o “derecho privado”, de la que se trate.

*... en el derecho privado “todo aquello que no esté prohibido está permitido”*

<sup>56</sup> Para una discusión amplia de las transformaciones en los saberes y las racionalidades en juego en el tránsito a la modernidad, véase FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas*. 24ª ed. en español. México: Siglo XXI, 1996, 375 pp.

<sup>57</sup> Efectivamente hay una larga tradición que señala la existencia de esferas públicas y privadas; a partir de este punto, la polémica se ha establecido en función de la forma de las eventuales relaciones entre esas esferas, pero ese es un asunto que no discutiremos aquí. Nuestra crítica va en el sentido de que el derecho se haya hecho eco de esa distinción, siendo como es “genéticamente” público (que es otra forma de decir político). Así, por ejemplo, aún el acuerdo (contrato) entre sujetos de “derecho privado”, en *última instancia*, depende para su realización de la intervención de un *tercero* que encarna el poder legalmente constituido (sea el juez, el “amable componedor”, el árbitro o cualquier otra figura) el cual, para actuar legítimamente, debe estar reconocido jurídicamente como instancia a la que se puede recurrir legítimamente en caso de incumplimiento, sea total o parcial. Son en definitiva, las reglas básicas de la constitución del campo jurídico, según lo ha señalado P. Bourdieu (véase *supra* nota 54).

En el ámbito de la acción de los sujetos de “derecho privado”<sup>58</sup>, con el predominio del principio de la autonomía individual, el principio de legalidad clásico se expresaba como la licitud de todo aquello que no esté expresamente prohibido. Que esto ha supuesto, y todavía hoy supone, para los sujetos humanos concretos, una garantía en su libre accionar no cabe duda. Pero no debemos olvidar dos cuestiones de no poca importancia:

1. El contexto en el que el principio de legalidad ha sido implementado es el de – el mismo diseño original estaba orientado hacia- una política de “ciudadanía”, lo cual ya significa un estrechamiento de su ámbito de significación.
2. El sujeto no limitado por prohibiciones expresas de que trata el principio es, en última instancia,<sup>59</sup> el sujeto abstracto; ese sujeto abstracto es, por antonomasia, la empresa .

Entonces, en tiempos de la absolutización de los mercados, la limitación que supone el principio de legalidad será, sobre todo, limitación del Estado para que no ponga cortapisas a estas empresas en su accionar, el cual a priori es considerado lícito. Es decir, todo el tinglado sólo da para un poco más que la versión jurídica del viejo “laissez faire”.

Esto puede arrojar alguna luz al hecho de que actualmente los sujetos humanos concretos no puedan plantear reclamos contra la acción legal de las empresas, pues el Estado, que sería el destinatario y componedor de tales reclamos, se encuentra de esta manera atado. Decimos acción legal, pues en la visión del paleopositivista principio de legalidad, éste sólo hace referencia a la formalidad de tal acción, es decir, que no esté expresamente prohibida en una ley, formalmente promulgada y vigente. Luego, no importa si se trata de una acción cuyos efectos indirectos sean lesivos (por ejemplo: el impacto que produce en la niñez y la juventud el libre trasiego/transmisión de pornografía a través de los mass media mientras no haya una legislación específica que las constriña a controlarlo; el impacto en términos de deterioro ambiental que genera la producción masiva de artefactos contaminantes, mientras se “discuten” los problemas de costes y rentabilidad de una conversión industrial sustentable, o la utilización de pesticidas en la agricultura a gran escala para aumentar la eficiencia productiva, etc.).

<sup>58</sup> Sujetos de “derecho privado” son tanto los sujetos humanos, cuerpos hablantes concretos, cuanto las empresas, aún las multinacionales. Esto resulta del todo sospechoso, habida cuenta de que el centralismo se constituye ahí donde el principio de autoridad funciona, y actualmente es innegable que éste no reside precisamente en los sujetos humanos concretos. Luego, no es de extrañar que actualmente todo el derecho privado esté siendo barrido por los intereses de las empresas.

<sup>59</sup> Toda la ideología del *homo oeconomicus* no puede ocultar el hecho de que es una ficción, y lo que realmente está detrás es la empresa.



En fin, el principio que surgió en la imaginación ilustrada como defensa frente al poder regio, el poder absoluto, está siendo escamoteado a los sujetos humanos concretos por un poder que no es regio, pero si se pretende absoluto: el poder de las burocracias privadas<sup>60</sup>, contra el cual el clásico principio de legalidad no se puede oponer, pues éstas lo reclaman/postulan como propio.

*... en el derecho público*

En el ámbito de la acción de los sujetos de “derecho público” (típicamente el Estado y sus órganos), puesto que el principio de legalidad estaba diseñado para frenar las tendencias despóticas del poder, es donde éste adquiere sus mayores variantes.

*... como legalidad administrativa, “el ente público sólo puede hacer aquello que le esté expresamente ordenado”*

Con la implementación del denominado “Estado de derecho” el principio de legalidad va a ser postulado en forma irrestricta como el paradigma del control y conocimiento de las actuaciones y definiciones de los aparatos del poder<sup>61</sup>; además, como la base que generaba una legitimación<sup>62</sup> a la existencia de esos mismos aparatos.

Como hemos señalado atrás, el diseño clásico del principio de legalidad era operativo en la esfera de lo público (control de los órganos estatales). Por esto ha resultado insuficiente para evitar – en lenguaje kelseniano- las interferencias (en muchos casos, verdaderos despliegues de fuerza) en los intereses de los sujetos humanos concretos (ya no propietarios abstractos, sino cuerpos hablantes) no expresamente prohibidas por parte de los poderes de las burocracias privadas (empresas), pues, en virtud de la racionalidad económica imperante (la lógica del mercado capitalista), éstas diluyen su responsabilidad hasta el punto de no comprender los efectos indirectos de su acción.

Por otra parte, frente a las mismas instancias de las burocracias estatales, todo aquello que se salga de los estrictos términos de una interpretación/aplicación legalista

<sup>60</sup> Sobre el desplazamiento de la burocracia estatal por las burocracias privadas, véase HIMKELAMMERT, Franz J. “La economía en el proceso actual de globalización y los derechos humanos” en *El Huracán...*, pp. 239-249.

<sup>61</sup> “Todo esto se vincula con la forma de «racionalidad» incluida en el proyecto jurídico moderno, en el cual es la fuerza de la legalidad la que enmarca y determina cada mecanismo de legitimación: la Positivierung, se describía a sí misma como limitación del poder soberano y ampliaba al mismo tiempo de manera desmesurada la posibilidad de decidir leyes” (cfr. RESTA, Eligio. “La desmesura de los sistemas penales”, en *Poder y Control*. Barcelona, Número 0, 1986, p. 141 – los énfasis son del original).

<sup>62</sup> “No obstante ... [los] signos de debilidad de la legalidad respecto de las exigencias del poder, en el moderno Estado de derecho dicho poder sigue encontrando en el principio de legalidad el fundamento ideológico de su propia legitimación .../ El principio de legalidad ... se manifiesta especialmente como una instancia ideológica de legitimación y no siempre como un principio real de funcionamiento efectivo del sistema ...” (cfr. BARATTA, Alessandro. “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal”, en *Poder y Control*. Barcelona, Número 0, 1986, p. 81).

de su mandato, aún a costa de no cumplirlo, deja de ser realizado<sup>63</sup>. Entonces, por el rigorismo solo obtenemos la negación de la acción estatal. Esto explica en parte por qué el clásico principio de legalidad no ha podido garantizar ni posibilitar un cause para la reclamación/realización de los derechos humanos (principalmente los de carácter colectivo) y las garantías fundamentales como un todo complementario, salvo en lo que hace a las garantías civiles y políticas lo cual, en contextos de injusticia social, puede resultar precario y groseramente insuficiente. De ahí que esa legalidad de la tradición liberal debe ser reformulada o, de lo contrario, pervivirá simplemente como otra forma de opresión<sup>64</sup>.

... como legalidad penal “ *nullum crimen sine lege*”

y procesal penal “ *nulla poena sine iudicio*”

Del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* (principio de legalidad en materia penal), se ha derivado aquel otro que afirma *nulla poena, sine iudicio* (principio del debido proceso); éste último asegura que el poder represivo sólo podrá ser aplicado si media un proceso debidamente regulado de antemano y, en el mejor de los casos, con plenas garantías para el ejercicio de la defensa del imputado, por una parte, y de la consecución de la verdad, por otra, todo acorde con la pretensión reguladora del Estado de derecho.

La pena es la manifestación del poder político jurídico centralizado (el Estado)<sup>65</sup> el cual, por una parte se entiende agredido o lesionado y, por otra parte, está condicionado por una exigencia de racionalización<sup>66</sup> de sus mecanismos. En ese sentido, la pena no puede ser más que el resultado de una serie de procedimientos

<sup>63</sup>Una forma realmente aberrante de esta situación fueron las “*leyes de obediencia debida*”, que en sus diversas variantes, se produjeron en las así llamadas transiciones a la democracia, en los países latinoamericanos.

<sup>64</sup>Para una síntesis de los aspectos de la denominada *crisis del derecho* y la quiebra del clásico principio de legalidad, véase FERRAJOLI. *Derecho y garantías ...*, pp. 15-35.

<sup>65</sup>“En efecto, Derecho penal como forma de control social directo, mediante amenazas y ejecución de violencia extrema (muerte, penas corporales, encierro) contra la libertad natural de disposición del ser humano, por parte de la organización social (poder político), sin necesidad de excitación extraña a ella (de oficio), sólo existe desde la creación del Estado, esto es, desde el reemplazo de las organizaciones políticas locales y participativas por un poder político central, respecto del cual los habitantes se hallan en una relación de subordinación” (cfr. MAIER, Julio. “El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición”, en *Derechos fundamentales y justicia penal* (Liber amicorum). San José: Juricentro, 1992, p. 131).

<sup>66</sup>“El principio fundamental del sistema teórico de la ley penal definido por estos autores [Beccaria, Bentham, Brissot – N.J.S.A.] es que el crimen, en el sentido penal del término o, más técnicamente, la infracción, no ha de tener en adelante relación alguna con la falta moral o religiosa. La falta es una infracción a la ley natural, a la ley religiosa, a la ley moral; por el contrario, el crimen o la infracción penal es la ruptura con la ley, ley civil explícitamente establecida en el seno de una sociedad por el lado legislativo del poder político. Para que haya infracción es preciso que haya también un poder político, una ley, y que esa ley haya sido efectivamente formulada. Antes de la existencia de la ley no puede haber infracción. Según estos teóricos, sólo pueden sufrir penalidades las conductas efectivamente definidas como reprimibles por la ley” (cfr. FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. México: Gedisa, pp. 92-93).

previamente establecidos. Entonces, la pena es la forma moderna y racional del ejercicio del poder. De ahí que en la práctica de muchos operadores jurídicos se provoque la inversión del principio en cuestión, de manera que podría decirse *nullus iudicio, sine poena*. Esto es: si desde una racionalidad eficientista la legitimidad de un procedimiento se mide por la obtención de sus propósitos, entonces, sólo se explica y legitima en la medida que lleve a la pena como su resultado inevitable (esta inevitabilidad no es, por supuesto, natural, sino que deriva de la aplicación rigorista del esquema crimen – castigo, tal como se ha dejado señalado más atrás). Si es lo contrario, y no se llega a la pena, el proceso viene considerado como defectuoso, ya que no llevó a su resultado típico, y, por ende, no muestra la cara racionalizada del ejercicio de este poder. Todavía más, en una perspectiva casi ingenua, podríamos considerar que, si no ha habido imposición de una pena habrá sido porque hay un espacio de actividades fuera del control inmediato del poder punitivo, lo cual parecería que deja abierto el sistema; pero, lo cierto es que con el procesamiento mismo ya se ha provocado un grado de criminalización suficiente para controlar al imputado(a) de por vida.

*...sobre la hiperinflación legislativa*

Otra expresión de la quiebra del principio de legalidad clásico, aunque no sea una forma de inversión ideológica en estricto sentido, pero que da cuenta del contexto en que esta se genera, resulta del hecho de que, si el poder debía subordinar su actuación al dictado de la disposición legislativa, pero a la vez monopolizaba la función legisladora, entonces, su reacción fue la de aumentar el número de instrumentos normativos (leyes, decretos, directrices administrativas, etc.), ampliando así los ámbitos de regulación normativa, hasta casi asfixiar todo posible espacio de la vida, pública y privada. Es decir, como la otra cara de la formulación del principio en el derecho privado, “todo lo que no esté prohibido está permitido”, dado el carácter convencional del derecho, que en la óptica de los poderes de excepción (soberanos – Agamben) se entiende como la absoluta disponibilidad de todos los espacios de la vida para su ejercicio, se desató una tendencia hacia la hiperinflación normativa.

El sello de la aberración está en que esto ha sucedido, normalmente, en tiempos de discursos minimalistas o antiestatistas. Así, por ejemplo, en América Latina se han vivido cíclicamente procesos de decretalización, como los llamaría el profesor Raúl ZAFFARONI, quien ha dicho:

“Por efecto de las leyes delegadas en los estados de excepción y también por el constante avance de los poderes administradores que, incluso fuera de esos estados de emergencia, tienden a legislar por decreto cuestiones de clara competencia parlamentaria, aunado a la endeblesz política de la jurisdicción y a su dependencia y pauperismo, puede afirmarse que en América Latina el estado de derecho ‘legal’ tiende a degradarse en estado de derecho ‘decretal’ o de ‘bandos’, con algunas aisladas excepciones, como Costa Rica. Sea esto dicho

con la salvedad de que no estamos muy seguros acerca de si un Estado ‘decretal’ o de ‘bandos’ puede ser muy Estado de ‘derecho’.”<sup>67</sup>

O como lo describe el mismo L. FERRAJOLI: “Tal crisis [del derecho – N.J.S.A.] se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de una legislación fragmentaria, incluso en materia penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción”.<sup>68</sup>

En general, en tiempos de imposición de las estrategias neoliberales, del “estado mínimo” (que en realidad es mínimo como estado social, pero máximo como estado policial), aparentemente superados los períodos de excepción, etc., la hiperinflación legislativa, particularmente en lo que se refiere a regulaciones penales, es una cuestión a la orden del día.

En ese sentido, por ejemplo, las amenazas globales que han emergido a la conciencia mundial (crisis de la exclusión de la población, socavamiento de las relaciones sociales y deterioro del medio ambiente – Hinkelammert) son, en la mayoría de los casos, falsamente enfrentadas con medidas de tipo penal (leyes de extranjería, delitos ecológicos, etc.), que dejan ocultas sus causas reales. Ergo, lo único que se muestra con esto es como, sin necesidad de variar los postulados del simple Estado de derecho liberal, el poder puede servirse de ellos, y en efecto lo hace, constituyéndose, con no poco interés y esfuerzo, en su defensor exclusivista, procurando que nada cambie (función dogmática – Legendre).

### **5. Algunas Alternativas para Enfrentar la Inversión del Principio de Legalidad**

En lo expuesto hemos intentado sacar a la luz algunas de las rutas por las que se opera la inversión del clásico principio de legalidad, y las particularidades que adquiere en el contexto de la absolutización de los mercados de las economías capitalistas globalizadas, esbozando unas claves para la crítica. Asimismo, hemos hecho salvedad de cómo, al menos en la parte que éste principio no colisiona con los intereses del estado burgués y las economías de mercado capitalistas, su postulación, particularmente en lo que ha significado el avance del Estado de derecho, ha servido para limitar las arbitrariedades del poder. Por esto, intentaremos ahora esbozar algunas vías para enfrentar esa inversión y recuperar el principio de legalidad.

<sup>67</sup> Cfr. ZAFFARONI, Raúl. “Dimensión política de un poder judicial democrático”. Conferencia leída en el Seminario de Justicia Constitucional. San José, el 23 de setiembre de 1992, p. 11 – las cursivas son del original.

<sup>68</sup> Cfr. FERRAJOLI. Derechos y garantías ..., p. 16.

La *duda* y la *crítica* son formas de enfrentar el problema de la inversión ideológica de las normas particulares, también de los discursos generales, como el de los derechos humanos. Hasta el momento hemos dicho, por una parte, que el carácter coercitivo del derecho se expresa a través de la reduplicación normativa y, por otra parte, que todavía confiamos en que el derecho puede ser una técnica pertinente a los fines de encontrar soluciones a algunos de los problemas que la conflictividad en la convivencia social provoca. Sin embargo, tenemos que *hacernos cargo* (Ellacuría) y enfrentar la inversión que conlleva esta técnica social.

En ese sentido, vemos que el problema no estriba esencialmente en la reduplicación normativa, sino en la *clave de lectura* de ésta. El esquema *crimen-castigo* opera como un *dispositivo discursivo* que interfiere y condiciona la lectura (interpretación) de la reduplicación normativa. Más atrás hemos descrito el esquema de la estructura de la norma; en ese punto cuestionamos el hecho de que “S” sea siempre leído/interpretado como *castigo*. Mas esto no puede no ser así si ese dispositivo está instalado, como clave de lectura, en el imaginario de los operadores jurídicos, cuya formación (por señalar sólo uno de los factores intervinientes), desarrollada en un contexto hermenéutico todavía anclado en una visión atávica, ha estado marcada por el dogmatismo y la ilusión de la neutralidad de la técnica que operan y la autonomía del derecho o, de otro modo, la convicción sin fisuras en la supremacía del *texto viviente* (la *Ley*) “... como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento ...”.<sup>69</sup>

En la línea de la *secularización*<sup>70</sup> no basta con llegar a una concepción *convencional* del derecho (la *artificialidad del derecho* de la que habla Ferrajoli), también es necesario transformar y superar sus *claves de lectura* (hermenéutica). Para ser consecuente, entonces, tales claves de lectura deberían ser discutidas, pero es lo cierto que han estado invisibilizadas y se han resistido a la reflexión jurídica mayoritaria. Es decir, no basta sólo la reflexión sobre el objeto jurídico y su *carácter* (que ha sido el aporte del positivismo legal), sino sobre las formas de comprender ese objeto o los marcos categoriales desde los cuales se comprende, las claves de lectura operantes y la forma en que éstas afectan la experiencia, ya sea del mismo operador cuanto del sujeto del cual es interlocutor, todo lo cual, en definitiva, conforma el mismo objeto jurídico. De esta manera, el operador jurídico verá su subjetividad concreta (históricamente situada, que desvela el hecho de su propia exclusión/anulación, de su subjetividad negada) incorporada como la medida de la reflexividad sobre lo jurídico.

<sup>69</sup> Cfr. ZAGREBELSKY. *Op. cit.* p. 24.

<sup>70</sup> Adhiriendo al garantismo penal, Salo de Carvalho pasa revista a los efectos del “principio de secularización” en la aplicación de la pena (cfr. BUENO DE CARVALHO, Amilton y DE CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, 161 pp.), con lo cual “compartimos un mismo borde de aspiraciones” (Foucault). Sin embargo, no soy tan optimista respecto a que, en el contexto actual, de suyo, ese mismo principio esté teniendo eco, al menos en las esferas de decisión reales y más allá del problema de la pena. Al contrario, considero que debemos radicalizar (ir a la raíz) el proceso para converger con la línea de la secularización, que ha sido hartamente extrañada de la cultura jurídica actual.

En este punto hacen su aparición la *duda* y la *crítica* de la ley: la *duda*, porque el operador jurídico se sabe sujeto contingente, cuya acción es falible y, por tanto, cualquier predicación sobre la realidad que efectúe no podrá hacerla de manera absoluta; la *crítica*, porque desde el desvelamiento de la negación de su propia subjetividad, y de cualquier subjetividad concreta, por las exigencias sacrificiales del *texto viviente* (la ley), la interpelará como forma de enfrentar su sacrificialidad intrínseca. Será esta la única manera de realizar *los derechos* como *modos de vida* que entren a constituir un *proyecto de vida*. Además, el enfrentamiento de la inversión del *principio de legalidad* radica en el intento de *apertura* (esta *apertura* concierne a los niveles epistemológico, metodológico y axiológico) del propio principio, lo cual puede ensayarse desde las perspectivas de la *democracia* y la *justicia*.

*La duda de la ley ... en la democracia ateniense* (esta idea ha sido expuesta por Juan Ramón CAPELLA<sup>71</sup>). En la democracia, idea-fuerza de la configuración socio-política ateniense, estaba presente más que un correctivo de la ley, una *condición de posibilidad* de ésta. En la democracia, el *demos* es el que produce la ley, la cual resulta de la composición de inúmeros intereses, sobre la base de que *todos* son igualmente susceptibles de ser tutelados, dada la fundamental igualdad de los ciudadanos portadores de esos intereses. Asimismo, en la medida que *uno* puede fallar o incurrir en la arbitrariedad, la *mayoría*, incluso la *totalidad* de los ciudadanos que deciden la ley, igualmente pueden fallar e incurrir en tiranía. El juicio de la mayoría, ni siquiera la unanimidad de éste, lo inmuniza del error y la arbitrariedad, en cuyo caso solo pasa por ser error y arbitrariedad de *muchos* y no de *uno*. Luego, la validez/eficacia reconocida a la ley del *demos* descansa en su apertura, en la posibilidad de ser contestada (*duda*) por cualquier miembro de ese *demos*.

Desde esa perspectiva, la *estricta legalidad* (para converger con la propuesta garantista) no es un dispositivo de *cerrazón* del sistema, sino que evidencia la fundamental *apertura* a su contestación/corrección. La misma fuerza que la legitima para exigir la obediencia, asegura la posibilidad/potestad de los ciudadanos y ciudadanas –todavía más, de los sujetos humanos concretos–, a cuestionar y reclamar una ilegitimidad frente a la aplicación de la *mera legalidad* (el paleopositivista principio de legalidad).

*La crítica de la ley ... cuando ésta no realiza la justicia e impone un orden que surge del desorden* [específicamente esta es la vía sugerida por Franz J. HINKELAMMERT, inscrita en las tradiciones paulina y joánica de la *crítica de la ley*]. Desde la óptica de la justicia (como *justicia material*) y una *ética necesaria*, que tienden a posibilitar las condiciones para la producción y reproducción de la vida (humana y no humana), se abre otro frente de contestación y eventual suspensión de la *mera legalidad*, como exigencia para alcanzar legitimidad (es lo que podríamos llamar *vías a-legales en clave de juridicidad*). Téngase en cuenta que la lógica en la

<sup>71</sup>Cfr. Op. cit. pp. 57-60.

que se inscribe la propuesta de Hinkelammert es histórica y, por ende, procesal. En ese sentido, el juicio de legitimidad de la ley no es un dato *a priori*, sino que surge a partir de la confrontación/correspondencia con el parámetro ético-jurídico fundamental: la vida (humana y no humana).

Se trata, pues, de *hacerse cargo* (Ellacuría) del *juicio* (el proceso, puesta en escena del poder político jurídico) cuando evidentemente nos encontramos ante una situación de sacrificio o discriminación; esto supone otro concepto de *la ley* que no es reconducible a la legalidad burguesa, puesta para la defensa de la propiedad individual y la libertad de contrato. En ese sentido, sólo a cuenta de que se enfrente el *rigorismo de la ley*, ésta podrá recobrar su carácter de defensa frente a la arbitrariedad, aún y particularmente la propia. *Imaginado* en la perspectiva del *proceso jurisdiccional* tenemos que, frente a la reduplicación de la norma, en realidad se deben realizar dos juicios; es respecto del segundo juicio – donde opera la inversión de la norma- que se vuelve exigente para mantener la juridicidad del proceso la *interpelación* de la norma. Por ejemplo, en un proceso penal, el primer juicio debe establecer la responsabilidad del sujeto al que se le imputa la comisión de la acción típica, antijurídica y culpable (*si es H, entonces E debe ser*); pero el segundo juicio, que impondría la pena en concreto una vez establecida la responsabilidad (*si no es E, entonces debe ser S*), es el que debe someterse a la crítica, para enfrentar el rigorismo y buscar las diversas alternativas que, conforme a las condiciones de posibilidad del *justo proceso* (criterio formal/sustancial), tiendan a disminuir y desactivar esa tendencia sacrificial. Lo dicho puede ser reconducido a una lectura *principal* de la norma (Salo de Carvalho) y en general del Ordenamiento jurídico; también responde a las sugerencias del profesor Zaffaroni a los jueces para enfrentar, en clave de derechos humanos, situaciones o contextos de discriminación.

En cualquier caso, nos encontramos con una doble situación que fuerza la apertura del principio, aún contra la empiría impuesta:

1. Si la legalidad es la expresión jurídica de un orden que se impone por la acción concertada de los sujetos de tal orden (*convencionalidad* o *artificialidad*), éstos mismos sujetos pueden contestarla, y la propia legalidad debe admitir/posibilitar tal conflictuación como parte de la lógica que la legitima. En este caso, la forma más común de la inconsistencia es la *naturalización* de lo convenido o artificial.
2. Si la legalidad es la expresión jurídica de un *orden que surge del desorden* (Hinkelammert) y se impone a espaldas de los sujetos que lo sustentan, tal como propone el pensamiento *neoconservador* a partir de una *revisión* de los postulados de la economía clásica (*la mano invisible*), entonces, no puede haber crítica posible. Desde el pensamiento *neoconservador*, soporte ideológico de las estrategias neoliberales, la lógica del mercado (*absolutización del mercado*) se impone como eje de toda construcción jurídica válidamente admitida; esto introduce el problema de si el mercado y sus leyes se instituyen como la mediación socio-política legítima porque respeta los dictados de una legalidad política (la



voluntad de la *polis*, del *demos* de la *polis*), o si la legalidad es legítima porque respeta al mercado y sus reglas. No obstante, en la medida que para realizar la legalidad los mismos operadores jurídicos deben acudir a la *interpretación* (aquí está una de las claves para aprehender la inversión: cualquier legalidad, para imponerse, requiere una interpretación; y es interpretación tanto la que afirma esa condición, como aquella que la niega en nombre de una literalidad imposible y ficticia), con lo cual se abre la posibilidad de enfrentar el rigorismo del orden impuesto; es decir, *no más leyes de obediencia debida* que amparen/promuevan la impunidad y la violencia del derecho (en un doble sentido: como violencia *por* el derecho, y violencia *del* derecho al derecho).

*Derecho no es igual a ley: el derecho como campo* [para un desarrollo de esta vía, una referencia ineludible es la obra del sociólogo francés Pierre Bourdieu]. En la historia de las sociedades del derecho europeo continental se ha operado una asimilación del derecho a ley. Es un proceso de reducción del derecho a una de sus formas: la ley, lo cual en el Estado moderno ha sido promovido por esa especial y casi absoluta gravitación del derecho legislado sobre cualquier otra manifestación jurídica, aún de aquellas otras fuentes reconocidas, pero subordinadas a ésta en virtud del proclamado principio de legalidad.

En una perspectiva diversa, surge la tesis (de origen sociológico) del derecho *como campo*:

“Así, desde un punto de vista social, el derecho, o el fenómeno jurídico, puede entenderse partiendo de dos aspectos inseparables entre sí. En primer lugar el derecho *como discurso*, esto es, como unidad de significación, o práctica enunciativa en un contexto de producción; o, más precisamente, como discursos, en plural. Y en segundo lugar el derecho *como espacio*: sistema, conjunto de aparatos especializados que le sirven de soporte o, dicho de una forma más precisa con el lenguaje de Bourdieu, *como campo social en el que se produce y negocia ese discurso*. Subrayemos además que aunque a efectos analíticos podamos diferenciarlos, se trata de dos aspectos indisolubles, porque ese discurso o razón jurídica no existe al margen del lugar social o la red de relaciones en la que emerge (a no ser para un planteamiento sustancialista que se desvía del propósito sociológico expresado). Y si existe ese lugar social es, además, precisamente debido a esa razón jurídica que allí se constituye, se reproduce y se negocia como tal”<sup>72</sup>.

<sup>72</sup>Cfr. GARCIA INDA, Andrés. La violencia de las formas jurídicas. La sociología del poder y el derecho de pierre bourdieu. Barcelona: Cedecs, 1997, p.151 – las cursivas son del original.

En el *campo* jurídico se juegan los intereses, necesidades, etc., de los diversos sujetos (como sujetos concretos portadores de intereses/necesidades reales); de ahí que la interpretación de la legalidad como literalidad pasa siempre por desconocer el proceso de conformación de esa legalidad. Lo que es más grave, al escamotear los llamados factores extrajurídicos (que desde el *campo* en realidad sólo son *diferenciadamente* jurídicos), amén de la propia indeterminación del lenguaje de la ley, que performan la interpretación que se pretende legal y válida (carácter ideológico), la misma legalidad se anula en sus condiciones de realización en el proceso jurisdiccional (como *justo proceso*).

Así, si el derecho es un *campo* donde juegan esos intereses, el *intérprete autorizado* (juez), siempre tiene un margen de interpretación suficientemente amplio que le permite realizar una adecuación de la ley que prevalezca ante la imposición/lectura arbitraria o rigorista. Mas como ese margen puede operar en un sentido o en otro, lo importante, desde una perspectiva emancipadora, es lograr unas cultura jurídica y configuración constitucional (condicionada y condicionante) que adopten un parámetro (*derecho fundamental*) que atienda (*i*) a la realización de las necesidades de los sujetos concretos (cuerpos hablantes), (*ii*) en un ámbito de participación comunitaria (sujetos plurales), (*iii*) desde una ética de la alteridad y (*iv*) conforme las reglas y principios del juego democrático. Estas condiciones pueden dar lugar a una reformulación de la legalidad que tenga en cuenta su inversión como parte de la dinámica histórica, pero que contiene el correctivo que permite enfrentar su rigorismo, para recuperarla al servicio de la vida de los sujetos concretos.

*En la línea de la propuesta garantista ...*

No obstante que compartimos un mismo borde de aspiraciones (Foucault), me parece advertir que la postulación del *principio de estricta legalidad* (Ferrajoli), por parte del garantismo, no pasa por visibilizar la inversión ideológica del clásico principio de legalidad, luego tampoco puede hacer su crítica. Esto puede tener consecuencias gravosas pues, desde una perspectiva histórica, si no enfrentamos las “(sin-) razones” de un conflicto, éstas, más tarde o más temprano, vuelven a operar. Con esto no queremos decir que la conflictividad se va a eliminar o quedará abolida<sup>73</sup>, pero sí que es posible *imaginar* y poner a funcionar unas *alertas* (como *alertas epistemológicas*, por ejemplo) para enfrentarla.

Lo que si hace el garantismo es enfrentar tanto el catastrofismo cínico de los vates de la “*crisis del derecho y crisis de la razón jurídica*”, cuanto los efectos perversos del denominado *paleopositivista principio de legalidad*, y diseña algunas posibles alertas. En ese sentido es que entiendo – y comparto – que se reivindicque el *principio de estricta legalidad* como *modelo regulativo* (cfr. FERRAJOLI, *DERECHO Y RAZÓN*,

<sup>73</sup> Este afán abolicionista, que no repara en la necesidad de las mediaciones (lo cual no implica la necesidad de unas mediaciones específicas) es, con mucho, el error de los utopismos de cualquier signo.

establece una distinción entre *mera legalidad* (formal) y *estricta legalidad* (correspondencia con un *núcleo axiológico duro*: los derechos humanos y las garantías fundamentales<sup>74</sup>, por ejemplo), como las formas y condiciones que adquieren las actuaciones de los órganos estatales, y de lo cual derivan su validez y legitimidad (o legitimidad formal y sustancial, respectivamente). Advierte, además, que el juicio respecto de una norma debe contemplar y satisfacer ambas caras para poder ser considerado legítimo. En otras palabras – y ninguna más clara que las suyas-, teniendo en cuenta la dimensión penal, Ferrajoli dice:

“Mientras el axioma de *mera legalidad* se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), el principio de *estricta legalidad* exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de legalidad penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Gracias al primer principio la ley es condicionante; gracias al segundo es condicionada. De ahí se sigue (...) un distinto papel de los dos principios y una distinta estructura normativa del sistema legal exigida por ellos: la simple legalidad de la forma y de la fuente es la condición de la vigencia o de la existencia de las normas que prevén penas y delitos, cualquiera que sean sus contenidos; la estricta legalidad o taxatividad de los contenidos, tal y como resulta de su conformidad con las demás garantías, por hipótesis de rango constitucional, es en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes”.<sup>75</sup>

Asimismo, con la postulación del *principio de estricta legalidad*, también se transforma la concepción del simple Estado de derecho que deviene *Estado constitucional garantista de derecho*. Así, sostiene:

“El término ‘estado de derecho’ ... designa no simplemente un ‘estado legal’ o ‘regulado por la ley’, sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado: a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público – legislativo, judicial y administrativo- está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias,

<sup>74</sup> Con la inclusión de las *garantías fundamentales* en el discurso del derecho, éste “... ya no es sólo ... un instrumento de poder. Es también un instrumento de limitación de su ejercicio, más o menos eficaz en función de factores que tienen que ver directamente con lo extrajurídico, con el grado de desarrollo de la conciencia social, con la calidad y la riqueza de la vida civil” (cfr. ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto. *Justicia/conflicto*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 135).

<sup>75</sup> Cfr. *Derecho y razón*. p. 95 – las cursivas son del original.

los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter); b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial”.<sup>76</sup>

Finalmente, cabe terciar que conforme a lo visto, para la mayoría de los operadores jurídicos y de la doctrina jurídica, “estado de derecho” sí ha designado “simplemente ‘estado legal’ o ‘regulado por la ley’”. Que la profunda corrección que propone el garantismo es, ante todo, una *tarea* por realizar, más que “un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones”. Advierto esto más por celo de realismo que por percibir defecto en la propuesta.

<sup>76</sup>Cfr. FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. pp 855-857.