

Legalidad e ilegalidad

(resumen de artículo de propiedad de Gérard Verna)

LA LEGALIDAD

La legalidad es *"la calidad de legal o el conjunto de las cosas prescritas por la ley."*

La ley es una *"regla obligatoria o necesaria"* y *"La ley civil es la que determina los derechos privados de los ciudadanos entre si"*

Pero, también, la ley es *"un acto de la autoridad soberana que regula, ordena, autoriza y prohíbe"*. Si la ley es un acto de la autoridad soberana, es necesario preguntarse sobre la naturaleza de dicha autoridad.

En los países que se definen como Estado de Derecho y como democracia, la autoridad se encarna en las instituciones parlamentarias que, en los dominios más diversos, tratan de legislar dentro del interés de la nación aunque buscando siempre respetar los intereses particulares del mayor número posible de ciudadanos.

Pero la mejor ley posible será siempre susceptible de desagradar a algunos ciudadanos, o grupos de ciudadanos, y, lo que es peor, de perjudicar sus intereses. El legislador, a pesar de toda su experiencia y gran sensatez, no podrá jamás ni conocer el futuro, ni imaginar más que un número limitado de posibles situaciones particulares.

Cada nación se constituye históricamente al establecerse el consenso entre sus miembros (o mejor dicho de una gran parte homogénea de ellos) sobre un conjunto de valores, cuyas características esenciales van a ser naturalmente plasmadas en el espíritu de sus leyes. El espíritu de la ley, si la ley es de la mayoría, no lo es, sin embargo, necesariamente conforme ni a la opinión, ni a los intereses de grupos minoritarios, los cuales, en gran medida, tendrán que "padecer" la ley mayoritaria.

La burocratización paulatina de la legalidad es también una de las formas frecuentes de su evolución. Tiene por punto de partida el carácter esencialmente formal de la legalidad. En su aplicación cotidiana, la ley es puesta en ejecución por administraciones, oficinas, funcionarios.

Aunque actúen formalmente "en nombre de la ley", las burocracias de Estado lo hacen con una cierta frialdad, preocupadas sobre todo por perdurar y por que sus derechos y ventajas no sean puestos en duda. *"La burocracia tiene a menudo el carácter indiferente de un instrumento propiamente técnico; puede servir a tendencias políticas opuestas a condición de que éstas tengan algunas atenciones para con ella y, en particular, respeten los derechos adquiridos de los funcionarios"* (Carl Schmitt 1932, 1990)

La relatividad de la legalidad

Sin embargo, no todos los Estados son democracias. Acabamos de proponer, probablemente con mucha severidad, tres límites potenciales de la legalidad: su formalismo frío, la opresión de las minorías, la deriva burocrática. *"... para la existencia de una democracia estable se requiere un sólido espíritu de unidad nacional y ... difícilmente puede aquélla prosperar allí donde las rupturas étnicas son demasiado pronunciadas"* (Schiappa-Pietra, 1993)

Por tanto, debemos subrayar y recordar que, en las democracias, lo legal resulta de un compromiso entre opciones diferentes, toma en consideración valores compartidos y tiene su origen en autoridades relativamente bien reconocidas.

Entonces, que será de hecho esta autoridad soberana cuando no hay un parlamento democráticamente elegido que dispone de poderes reales? Por ejemplo, puede ser: Un dictador (y su familia); un clan o un grupo constituido (dictadura militar, monarquía absoluta, poderoso grupo de presión, etc.); una etnia (a menudo minoritaria y no siempre homogénea); un grupo religioso o una iglesia; un partido político (generalmente partido único de hecho si es que no de derecho) o una de las tantas combinaciones posibles de algunos de estos elementos.

Pero, en esos contextos de "legalidad no democrática" las nuevas leyes promulgadas aspirarán probablemente a proteger los intereses de la "coalición" provisionalmente en el poder, pero deberán sin embargo respetar siempre los valores fundamentales de la cultura de la nación o de las naciones en cuestión. Una misma autoridad soberana puede, en efecto, regir varias naciones distintas y homogéneas, aunque parezcan constituir un Estado único con una autoridad central que trata de negar la existencia de diversidades nacionales. Un buen ejemplo de esta situación nos ha sido dado por la ex-

URSS o aún más por Yugoslavia cuya horrorosa evolución es ahora conocida por todos.

Sería un error creer que la legalidad tiene en todas partes la misma intensidad: el Estado democrático y la legalidad son básicamente una invención europea. Así, en el Extremo Oriente, el recurso a la ley (y su complemento "operativo", los tribunales) es infinitamente mas débil que en Occidente. La diferencia de sistemas jurídicos, y por tanto de lo que significan para las partes y para sus eventuales litigios, tiende a ser subestimada.

Pero, por imperfectos que puedan parecer algunos sistemas legales, tienen al menos el mérito de existir y constituir una referencia relativamente precisa para juzgar un acto. Los inevitables vacíos dejados por la ley serán llenados por los jueces que deben decidir sobre las excepciones. En esto también podemos notar importantes diferencias con respecto al nivel de generalidad que se supone inspira las decisiones de justicia. En los países con una tradición jurídica romano-germánica la ley debe inspirarse en principios generales y se aplica directamente a los casos especiales. La jurisprudencia no tiene más que un papel de segundo orden como fuente supletoria del derecho.

Ciertamente, interviene al lado de la doctrina, pero la ley guarda el papel privilegiado; de donde resulta que hay, en los países de "code law" una influencia muy fuerte de la noción de legalidad de un acción. Hay en cambio, en la tradición jurídica anglo-sajona una cierta dosis de desconfianza con relación a textos legales, demasiado formales, demasiado generales, que solo expresan principios. Se da preferencia al examen de las situaciones concretas y de los casos especiales. Los casos es decir la acumulación de las decisiones jurisprudenciales particulares, se vuelven la fuente principal del derecho. El sistema, que se dice de "*common law*", es complementado por los "enmiendas de equidad" (*remedies of equity*), que vienen a compensar las imperfecciones de la ley comun.-

Debemos, luego, aceptar la idea de que si la realidad legal existe en todas partes, está integrada en diversos grados a la realidad jurídica de los diferentes países. En ninguna parte lo está tan fuertemente como en los países de pura tradición jurídica romano-germánica: Alemania, Francia, Italia, España y una mayoría de los países sudamericanos. Por lo que se refiere a la aplicación de la realidad legal, las

personas que deben ponerla en práctica tomarán en cuenta forzosamente la legitimidad que reconocen personalmente en esta acción.

LA LEGITIMIDAD

Al principio, las nociones de legalidad y legitimidad podían ser confundidas y vamos a ver que aún lo son en algunas culturas o sociedades. En efecto, la definición que la edición argentina del pequeño Larousse da de la legitimidad es *"la calidad de legítimo es decir, conforme a ley"*. Max Weber colocó muy alto el valor de la legalidad. *"La forma [...] más normal de la legitimidad es la fe en la legalidad"*. Sin embargo, a pesar de esta ayuda que la legalidad puede recibir de su *legitimidad democrática*, es muy importante distinguir correctamente las dos nociones. Ello es más fácil con las definiciones de "legítimo" de la edición francesa del pequeño Larousse: *"justo y equitativo, lo que puede inducirnos a arreglar un litigio fundándose más sobre la íntima convicción de la justicia natural que sobre la letra de la ley"*.

Esta noción de legitimidad es así mucho más vaga porque se funda sobre una convicción íntima y, por eso, puede cambiar según las personas. Se podría pensar que la existencia de un sistema de valores común a los ciudadanos de una nación los induce a compartir la misma concepción del derecho natural, al menos en sus grandes líneas. De manera general, las concepciones del derecho natural están mucho más impregnadas de preocupaciones legítimas y del sentido de lo "justo" que el derecho positivo fundado sobre la ley y las diferentes fuentes del derecho. *"La mayoría de las veces, la naturaleza y la ley son términos que están en contradicción uno con otro... Según la naturaleza, lo más vergonzoso, es siempre lo más malvado, a saber, padecer una injusticia; según la ley, al contrario, es cometerla..."* (Platón: Gorgias, 482e-484a)

Pero, aún en los países que parecen más homogéneos, no habrá jamás unanimidad sobre algunos problemas. Podemos mencionar ejemplos como la pena capital, el aborto intencional, la eutanasia, las armas nucleares o químicas, la fecundación *in vitro*, las manipulaciones genéticas, el respeto del entorno natural o, en fin, los diferentes aspectos de la justicia social. Las opiniones públicas están cada vez más divididas porque las evoluciones recientes de las sociedades inducen al rechazo progresivo de numerosos

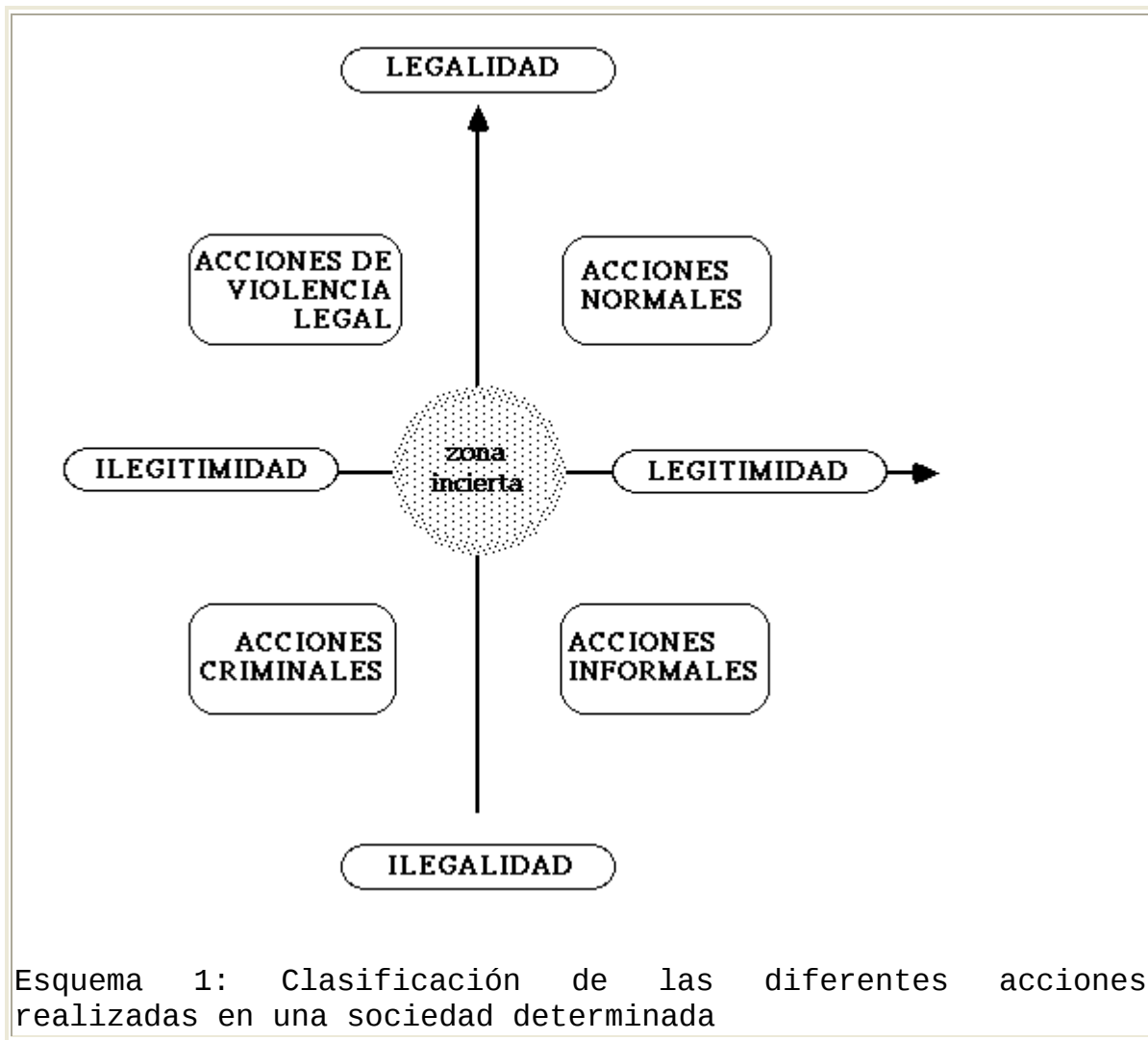
valores tradicionales y hacen desaparecer grandes partes del consenso inicial sobre el cual la nación se construyó.

Quizás también hay los estratos sociales que empiezan a expresarse, y que antes no participaron en ningún debate, creando así la ilusión de la representatividad de la burguesía. Pero, hoy, la ley no es más la expresión de una concepción unánime del bien. Si no, por ejemplo, ¿cómo explicar el relativo éxito de los numerosos movimientos terroristas o fundamentalistas en el mundo? Bajo el influjo de los valores individualistas, sino egocentristas, cada ciudadano se vuelve un ser cada vez más único con comportamientos a veces imprevisibles. En un país determinado, para un acto específico, definir un nivel de legitimidad aceptable para todos se ha convertido en un ejercicio muy difícil, y lo que ya es difícil de definir en el marco de una sociedad relativamente homogénea se vuelve a menudo insoluble en un contexto internacional o pluricultural.

Así se evidencia que algunos actos no pueden ser juzgados de la misma manera, sino según la cultura ambiental y el sistema legal en los que ocurren. Defender a un miembro de su grupo de pertenencia (familia, clan, tribu) aunque se le sepa culpable (de un crimen de sangre, de un abuso sexual, de una grave infracción, de un crimen económico, etc.) puede parecer legítimo para aquellos que ponen la solidaridad grupal más alto que la legalidad, y parecer inaceptable para aquellos que creen que "nadie está por encima de la ley".

INTENTO DE CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES POSIBLES EN UNA SOCIEDAD DETERMINADA

Si partimos de las nociones de legalidad y de legitimidad como criterios de referencia, es posible establecer una clasificación original de las diferentes acciones posibles en una sociedad. Sobre dos ejes ortogonales que "midan" la legalidad y la legitimidad, cada acción puede ser representada por un punto que tiene una coordenada sobre cada eje.



LAS ACTIVIDADES NORMALES

Las actividades normales son a la vez legales y legítimas.

Como hemos visto, el nivel de legalidad es relativamente simple de definir. Es en gran medida dicotómico: una acción es legal o ilegal. Sin embargo, puede introducirse algunos matices: ciertas legislaciones, acompañadas de medidas represivas, pueden, no obstante, ser aplicadas con benevolencia. Los jueces disponen de un poder de apreciación, de una cierta libertad en el examen de los hechos, aunque el ideal de los derechos de tradición latina y germánica quisiera que la definición de las infracciones fuera suficientemente precisa para reducir al mínimo la intervención del juez.

El principio *"nullum crimen, nulla poena, sine lege"* ("No hay crimen ni pena sin ley") inspira esta noción formalista de la legalidad en materia de derecho penal. Formalmente, si una infracción no es definida, prevista y reprimida por la ley, no puede haber persecución penal.

El nivel de legitimidad es mucho más difícil de delimitar. Subsisten sin embargo (y felizmente) consensos implícitos muy grandes, en casi todas las sociedades, para que un gran número de acciones sean fácilmente clasificables en acuerdo con la mayoría. Los sondeos de opinión pública son los instrumentos operativos de la medida (evidentemente imperfecta) de la legitimidad de tal o cual decisión, comportamiento, proyecto, idea o actividad.

Estas actividades son las más corrientes en la vida cotidiana. El conjunto de estas acciones constituye una mezcla intrincada de costumbres aceptadas y de prácticas comunes pero también de ideales conformes al sistema cultural dominante en la sociedad en cuestión.

LAS ACTIVIDADES CRIMINALES

"El crimen es una violación de las leyes morales o civiles y es criminal lo que contraviene a las leyes sociales o naturales"

Exactamente al contrario de las acciones normales, definiremos los actividades criminales como siendo a la vez ilegales e ilegítimas. De acuerdo con el sentimiento popular, las acciones criminales son ilegales porque violan las leyes penales pero también las "leyes civiles" y contravienen a las "leyes sociales" y al sentido natural de lo "justo".

De hecho, las actividades criminales son ilegítimas porque violan las "leyes morales" y contravienen a las "leyes naturales". En el marco de una sociedad determinada, se realizan deliberadamente al margen de la ley, que se supone es conocida por todos, y sin nada que las legitime ante los ojos de una mayoría de la opinión pública, la cual se adhiere a las leyes morales y naturales.

La resolución de impedir el desarrollo de ciertas actividades criminales es a menudo bloqueada por la necesidad que eso implicaría también investigar ciertas actividades normales. Se puede mencionar el ejemplo de la evolución de

Rusia donde la "mafia" aparece como un mal necesario porque hay algunas áreas donde es la única capaz de asegurar un abastecimiento mínimo.

Esta "cohabitación" entre las actividades normales y criminales está mucho más facilitada por la existencia de otros dos conjuntos de actividades que vamos a definir ahora: el de las violencias legales, las cuales valorizan el aspecto legal con desprecio de la legitimidad, y el de las actividades informales, las cuales valorizan el aspecto legítimo sin tener en cuenta la ley. La definición de estos dos nuevos conjuntos podría también fundarse sobre la distinción propuesta recientemente entre la noción marxista de plusvalía (económica) y la de "plusvalía social", donde sobre todo se toma en consideración la contribución de una actividad a la cohesión del grupo más que sus consecuencias en terminos de excedente económico o de ganancia financiera.

LAS VIOLENCIAS LEGALES (legales pero ilegítimas)

La simplicidad de lo que precede no es más que aparente. En efecto, una acumulación de acciones elementales legales y legítimas puede dar un resultado general que puede parecer legal pero no necesariamente legítimo.

Ciertas acciones, aunque legales o, por lo menos, toleradas por las autoridades, no son por eso mucho menos discutibles y son por lo demás discutidas por una gran parte de la población que rechaza la legitimidad que sus autores aspiran tener. Resulta, más y más frecuente, que no es suficiente simplemente respetar la ley para actuar bien. Por el hecho de que las percepciones individuales del nivel de legitimidad de una acción pueden ser y son a menudo diferentes, es evidentemente difícil afirmar que tal o cual situación deberá clasificarse en esta categoría de violencia legal. La razón es que hay en esta categoría todo lo que un ciudadano debe aceptar en el estado actual de algunas leyes, aunque eso choque o trastorne sus convicciones. *"Leyes de este tipo son mas violencias que leyes porque, según la palabra de Agustín "no parece que sea una ley la ley que no sea justa". Por esto, tales leyes no obligan al fuero de la conciencia, si no tal vez para evitar el escándalo o el desorden".*

*discutidas y rechazadas por una sociedad en un determinado momento. -

* un ejemplo sería si se llegase a legalizar el aborto en nuestro país.-

* un ejemplo pasado fue el momento en que se sancionó la Ley de Divorcio Vincular.-

LAS ACTIVIDADES INFORMALES (ilegales pero legítimas)

Las actividades informales son ilegales y legítimas. Esta última categoría es, de alguna manera, definida por eliminación de las otras tres. En ella la noción "moderna" o europea de legitimidad es la más importante.

Evidentemente, las acciones informales son ilegales por definición. Pero, a los ojos de muchos observadores, son "legítimamente ilegales".

Las razones de ser de las actividades informales son numerosas y pueden ser clasificadas en tres categorías principales:

- ley inaplicable : burocracia infranqueable, trámites interminables y onerosos, funcionarios corruptos (De Soto, 1986);
- ley ignorada por empresarios analfabetos;
- ley imperfecta o ley e instrumentos de medida ausentes.-

Ubicándose en la ilegalidad o a orillas de la legalidad, estas acciones tienen límites muy movedizos.

- ¿Condenaríamos a la pena de prisión a quien hurta un kilo de pan para comer?
- ¿está mal alimentar a los animales porcinos con los desechos de los basurales?

LA ZONA INCIERTA

La parte central del esquema 1 reagrupa las acciones que no se sitúan claramente en las otras categorías que acabamos de definir. Esta zona incierta parece crecer proporcionalmente a la diversificación cultural de la sociedad observada. En efecto, la diversidad cultural facilita la manifestación social de comportamientos diferentes y puede, en cierta medida, incitar a hacer copias culturales (Usunier 1992). Estas imitaciones aceleran la aparición de comportamientos considerados como nuevos según las normas sociales precedentes. Comprenden tanto acciones nuevas como nuevos elementos de juicio sobre las acciones

existentes. Por esto, el consenso social se torna más difícil de lograr y, por tanto, la noción de legitimidad se vuelve más vaga. El arsenal legal puede también revelarse insuficiente o inoperativo y, por lo tanto, la noción de

Paradójicamente, las zonas inciertas constituyen el refugio natural frecuente de las acciones marginales de la sociedad. En esta medida, no es deseable verlas reducirse demasiado porque parecen constituir una "válvula de alivio" social.

Acá entrarían cuestiones como:

- el alquiler de vientre.-
- la clonación.-
- la clonación de células madres.-

Podemos ver que, en su mayoría, las actividades de la zona incierta, se enrollan en los avances científicos.-

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.