

Lic. Héctor E. Berducido M.
Abogado y Notario¹

EL DERECHO
COMO LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

En Derecho Penal, el principio de legalidad¹, consiste en la suprema garantía individual, consiste en la necesidad de ley previa al castigo. Expresiones clásicas de este principio son: “Nullum crimen nulla poena sine praevia ley penal” (no hay crimen ni pena sin previa ley penal); “Nemo iudex sine lege” (ningún juez sin ley o nombramiento legal); “Nemo damnatur sine legale iudicium” (nadie sea condenado sin juicio legal); Nulla poena sine iudicium (ninguna pena sin juicio).

Legalidad significa, en el sentido más amplio y general, existencia de leyes y sometimiento a las mismas de los actos de quienes les están sometidos. Por eso se dice que "el Derecho cristaliza en un sistema de legalidad", con lo cual quiero expresar, simplemente, que "la legalidad es una forma de manifestación del Derecho", la forma por la cual este se hace patente al jurista. Lo cual es lo mismo que decir que "el Derecho consta de normas".

Bajo este aspecto, la legalidad representa uno de los conceptos puros, apriorísticos, del pensamiento jurídico. Sin embargo, esta consideración formal no capta todos los matices inherentes a la noción de legalidad que maneja el jurista moderno, con cultura orientada por la de occidente. Pues esa noción contiene una carga histórica constituida por las concretas exigencias y postulados vinculados a una determinada situación histórica y que se expresan en la fórmula del Estado de Derecho, nacido históricamente como Estado liberal-burgués. Por lo mismo, la legalidad se convierte en problema desde el momento que se imponen nuevas estructuras jurídico-políticas, en las que aquella noción ha de encontrar aplicación, en cuanto responde a una exigencia constante y permanente, pero revistiéndose de la configuración que en concreto pueda adaptarse a las nuevas situaciones. La noción de legalidad, en ese sentido, es la aplicación al orden político y jurídico de una concepción deísta del universo, en la que Dios viene a ser reducido al Gran Arquitecto del Universo y ha construido el mundo pero que luego contempla impasible, sin "providencia", su movimiento, que obedece a leyes propias inalterables (los 10 mandamientos dados a Moisés). El cosmos constituye un orden natural, y hay también un orden social natural y un Derecho natural que no pueden ni deben ser afectados por la intervención del legislador. Esta concepción existe entre la población de pueblos originarios, cuyos ancestros

¹ Diccionario de Derecho Usual. Cabanellas Guillermo. Tomo II. 10ª. Edición, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos aires Republica de Argentina. Pág. 508.

Lic. Héctor E. Berducido M.
Abogado y Notario²

son de origen Maya. La idea de legalidad es, pues, por de pronto, la idea de una legalidad de la naturaleza y de la sociedad, y con arreglo a su modelo se construye la idea de legalidad en el ámbito positivo del Estado y su Derecho. En ambos casos se denuncia la presencia de una mentalidad racionalista que repudia como irracional todo título de legitimidad no susceptible de comprobación lógica. La comprensión de la realidad política y social se inserta en un sistema que, como del suyo decía Laplace, hace innecesaria la hipótesis de Dios. Por eso se da una estricta correlación entre las ideas religiosas y las concepciones político-jurídicas, como han visto, cada uno desde su propio ángulo intelectual, Donoso Cortes y Kelsen.-

El Derecho se configura como un sistema de legalidad porque la unidad de un ordenamiento jurídico se basa en una norma fundamental de la que derivan todas las demás; en este sentido se puede afirmar con Kelsen que el ordenamiento jurídico es un sistema de "delegaciones de procedimientos", o sea, un sistema de regulación de los procedimientos que aseguran la regularidad de la creación de las normas. El amplio formalismo Kelseniano encuentra, sin embargo, una explicación al hecho de que hay también normas creadas irregularmente, leyes anticonstitucionales, reglamentos o decretos ilegales, etc. En principio, tales normas son jurídicamente inexistentes. "Una norma no válida" es una norma no existente, es la nada jurídica". Sin embargo, puede admitirse que si existe una ley inconstitucional es porque la constitución admite que conserve su validez, por lo menos mientras no sea anulada por la Corte de Constitucionalidad, por intermedio de la Acción de Inconstitucionalidad. Si falta el pronunciamiento de esta Corte, todo lo que el órgano legislativo considera ley tendrá que ser aceptado como tal, en el sentido que nadie se ha pronunciado con su impugnación ante la Corte de Cortes. Para Guatemala, la existencia de la Corte de Constitucionalidad, permite que cualquier ciudadano, con el auxilio de 3 abogados pueda acudir ante ella en la búsqueda de la declaratoria de inconstitucionalidad, de la ley emanada del Congreso de la República, de un Acuerdo del Ejecutivo en consejo de Ministros, de un Reglamento de carácter general, o de un Acuerdo Municipal en consejo. De igual forma podrán acudir a ella las entidades que se consideren afectadas y afirmen que el contenido de la disposición gubernamental de carácter general riñe con la normativa constitucional, por lo que debe pronunciarse al respecto al Corte de Cortes.

Ahora pensemos en los grupos sociales dominados, por aquella sociedad minoritaria que ejerce la dominación y control de los entes que administran poder dentro del Estado. La propia constitución guatemalteca acepta que su

Universidad Mesoamericana
Guatemala, C. A.

Lic. Héctor E. Berducido M.
Abogado y Notario³

sociedad esta formada por diversos grupos étnicos² entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

Se entiende la organización social étnica, como la estructura o articulación de la sociedad en subgrupos determinados por una cualidad común; como la nacionalidad, la raza, el sexo, la profesión, la edad, el parentesco, la propiedad, la residencia, la autoridad, etc. Y por tanto el Estado reconoce su sistema de organización en el renglón justicia. En algunas comunidades opera el consejo de ancianos, en otros grupos sociales se reconoce la autoridad máxima en la del Alcalde Auxiliar, el cual es impuesto por el Alcalde electo en el sufragio universal, que realizada el ente estatal. Se lleva a cabo su selección en consenso de la comunidad, pues se trata de la persona mas respetada del núcleo comunitario. Representa la autoridad y quien esta obligado a resolver los conflictos que surjan. Cuando sucede una trasgresión, la familia que le interesa su esclarecido, lo pone en conocimiento del Alcalde auxiliar. Este se hace acompañar de varios alcaldes auxiliares de las comunidades vecinas, quienes se encargan de solicitar el apoyo de todos los miembros de la comunidad. Ya los pobladores en conjunto buscan al agresor responsable de la ofensa en su propia residencia o en cualquier lugar donde se encuentre. El Alcalde auxiliar busca convencerlo de que confiese su crimen. Y le aconseja se evite la violencia de la comunidad en su contra. Así es como se entera de lo que ha pasado. Y voluntariamente es conducido ante la autoridad policial, que se encarga de la consignación ante la autoridad de ascendencia castellana, que regularmente es el juez de paz local o de la localidad mas cercana.-

Los diversos grupos étnicos entre los que figuran los indígenas de ascendencia Maya, cuentan con su propia forma de administración de justicia. En algunas comunidades, siempre de ascendencia Maya, hay una autoridad a la que se respeta y obedece, distinta a la del Alcalde Auxiliar, pero siempre es la persona mas respetada por todos, la de mayor prestigio local. Y cada grupo aplica su propia organización de administración de justicia, que es delegada en un consejo de ancianos, quienes se encargan de mantener la paz social dentro de la comunidad y son los que hacen valer el poder judicial.

En una oportunidad un menor de 17 años se unió de hecho con una jovencita de 15 años aproximadamente, en uno de los municipios del Departamento de Quiché. De pronto ya no se vio a la joven por los pobladores. Los vecinos sospechaban que

² Constitución Política de la República de Guatemala. Art. 66.-

Lic. Héctor E. Berducido M.
*Abogado y Notario*⁴

algo malo le había sucedido y el menor no daba razón de su paradero. Se le informó al Alcalde auxiliar de lo que la población sospechaba, quien se encargó de juntar a todos los alcaldes auxiliares de las aldeas vecinas. Y quienes buscaron el apoyo de todas las personas de todo el sector. Ya la muchedumbre se condujo a la casa del sospechoso, quien al ser interrogado por el Alcalde Auxiliar y ante la presión que ejercía por la población a los alrededores de su residencia, confesó lo que había sucedido. Le había quitado la vida a la joven, por una discusión familiar. Condujo a los pobladores al lugar donde la había enterrado. La víctima fue desenterrada y se entregó su cadáver a la familia de ésta, quien se encargó de los rituales funerarios. El agresor fue entregado a las autoridades Policíacas, a las que se les invitó a presenciar lo que sucedería y ante ellos igualmente confirmó ser responsable de la muerte de su conviviente. La autoridad se encargó de la consignación ante el juez de la localidad para el juzgamiento del sujeto. En su presencia no niega los hechos, lo confiesa tal como han sucedido, porque la mentira no es parte de su comportamiento cultural y acepta las consecuencias de lo malo que ha hecho.

El sistema de administración de justicia étnica no se compara en nada con el sistema codificado de la sociedad de habla hispana. La base se encuentra depositada en la confianza y honestidad de las personas. Todos se conocen muy bien y saben cuando algo malo está sucediendo con alguien. Y buscan el apoyo de la autoridad máxima de la población. No actúan solos y todos se apoyan mutuamente. Su sistema de administración de justicia no es escrito, no hay expediente de los conflictos resueltos y por tanto no hay historia que almacenar. Pero existe el sistema, se aplica con efectividad y se hace justicia. Esta de acuerdo a sus tradiciones ancestrales y es transmitida en forma oral, de generación en generación.

En la sociedad de habla hispana, de cultura occidental la "fe" en la "legalidad" es una forma de aquella "fe" en la racionalidad inmanente del ordenamiento jurídico, de la que antes dijimos que constituía el supuesto legitimador del positivismo. Sin embargo, en la medida en que los juristas han ido perdiendo esta "fe" - ya por el espectáculo mismo de la creciente "motorización" y "politización" del Derecho, ya por una evolución interna de las ideas jurídicas - se ha ido imponiendo un legalismo formalista, una actitud de atenerse sólo a la legalidad formal. Los juristas, dice Carl Schmitt, se acostumbran a tener en cuenta solamente el orden existente constituido y estatuido y los hechos que acontecen en su seno, y rechazan como "meta jurídica" la consideración de cuanto sirve para fundar y constituir ese orden y ese sistema. La legalidad se

Universidad Mesoamericana
Guatemala, C. A.

Lic. Héctor E. Berducido M.
Abogado y Notario

funda en la constitución o en la voluntad del Estado construido como sistema.-

¿Pero de dónde proviene la constitución?, ¿cómo nace el Estado? son "hechos" que no interesan al jurista. Y en las épocas de seguridad, bajo el dominio del Estado "liberal-burgués" de Derecho, todo esto se compagina con el hecho de que el sistema de legalidad viene a identificarse con el modo de funcionar de la burocracia estatal y esto es tanto más verdad en el Estado de una sociedad industrial y súper organizada, que requiere un alto grado de especialización en su estructura institucional. El modo de resolver los negocios, las costumbres y rutinas de los funcionarios, el funcionamiento previsible, la preocupación por mantener esta forma de existencia y la necesidad de precaverse frente a toda responsabilidad, son cosas que pertenecen al complejo de una legalidad concebida al modo democrático y funcional.-

Frente a la idea de "legalidad" se ha opuesto la de "legitimidad". Que es la calidad de legítimo. Legalidad o conformidad con la ley, la justicia, la razón o las reglas establecidas. Antiguamente se entendía en el Derecho Político, por legitimidad al supuesto derecho de una familia o de una persona al trono de un país que es Republica o se encuentra usurpado por otra dinastía o persona, a la que por orden tradicional o constitucional no corresponde reinar. Significa probar, justificar conforme a la ley o derecho. Habilitar para puesto o tarea a quien carecía de atribuciones o calidades. Reconocer por legítimo y según las disposiciones legales, a los hijos naturales, y en algunas legislaciones a los ilegítimos.

El origen de esta división parece estar en la Francia monárquica de la Restauración, a partir de 1815, en la que se manifiesta de modo agudo la oposición entre la legitimidad histórica de la dinastía restaurada y la legalidad del todavía vigente Código napoleónico. Años más tarde, Luis Napoleón hablaba de que se imponía "salir de la ilegalidad para volver al Derecho".

Al igual que la legalidad, la legitimidad pertenece al sector de los conceptos fundamentales del Derecho, y se refiere al orden de los principios justificativos del mismo; pero también es un concepto que posee su "carga histórica", debida a su origen en la legitimidad y de la legalidad aparece muy bien expresado por el tratadista de Derecho Político Enrique Gil Robles, con estas palabras: " La legitimidad de cualquier institución es su conformidad con la ley en toda la extensión de la palabra y, por lo tanto, con la ley divina, natural y positiva, y con la humana, ya consuetudinaria, ya escrita. Así, pues, lo mismo da decir legitimidad que legalidad; pero a veces se emplea esta última palabra en el

Universidad Mesoamericana
Guatemala, C. A.

Lic. Héctor E. Berducido M.
Abogado y Notario

sentido de ley contraria a derecho, o como si dijéramos, sin moralidad y rectitud, puro legalismo pragmático, privado del espíritu de justicia, y divorciado y enemigo de ella; y también puede usarse el termino como expresivo de una ley, que aunque tenga en sí misma razón y justicia, no está en conexión y armonía, sino en oposición y pugna con otras leyes de orden superior, y así no puede atribuir derechos actuales en colisión con los demás de preferente título". Es decir, la verdadera "legalidad" estaría en la "legitimidad", pero modernamente, se cifra, por el contrario, la máxima legitimidad en la pura legalidad, o sea, en la "obediencia y preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos", como dice Máx. Weber.-

Pero la legalidad se abre, constitutivamente, a la cuestión de la legitimidad. Máx Weber lo explica, en plano sociológico, atendiendo al hecho del auto justificación: "La subsistencia de toda dominación se manifiesta del modo más preciso en la auto justificación que apela a principios de legalidad". Se puede decir que el principio de legalidad consiste en "atenerse a la regla de Derecho dictada por las autoridades competentes", pero a condición de que la regla de Derecho cumpla su función de haber que "las prerrogativas que todo ser humano merece por el hecho de serlo se vean protegidas". No basta, pues, el "auto justificación" sino que se requiere, además, la "justificación objetiva", es decir, ante los demás. Por consiguiente, la legalidad implica un elemento "material" que, en el Occidente, es el respeto a la dignidad del individuo y en los regímenes socialistas es el favorecer la instauración del sistema de democracia socialista.-

El respeto a la dignidad del individuo implica la inserción de la legalidad en un orden yusnaturalista, realizado en la Constitución, pero reconocido por esta como trascendente. De ahí la posibilidad de hablar no ya solo de anticonstitucionalidad, sino de "antiyusnaturalidad" de una disposición legal, que por eso puede ser rechazada como inválida. La legalidad necesita, pues, legitimarse, imponiendo la primacía de la norma general de la ley sobre el profuso y complejo sistema de disposiciones y medidas que usurpan su tradicional y esencial función de ser la definidora de la libertad y el derecho de cada uno, instaurando un orden seguro y estable que permita a todos "saber a que atenerse" y que delimite con precisión las esferas de lo lícito y lo obligatorio en el obrar humano-social, y justo en cuanto que "de a la Comunidad y al individuo lo suyo", esto es, los derechos que a una y otro competen por naturaleza y la esfera de libertad conveniente y necesaria a la dignidad del hombre.-

**LA FUNCION DE SEGURIDAD COMO LEGITIMACION DE LA
LEGALIDAD**

El orden social y la seguridad:

Universidad Mesoamericana
Guatemala, C. A.

Lic. Héctor E. Berducido M.
Abogado y Notario

Por lo que antecede se comprende que la idea de legalidad va vinculada de modo esencial a la de seguridad y que esta se convierte en el principio inmediato de legitimación de la legalidad. En modo alguno, sin embargo, en su principio único. La legitimidad radical de un ordenamiento jurídico está en la justicia que encarna. Ahora bien, como antes indicamos, de todo Derecho hay que decir que es justo, porque contiene, por su propia constitución ontológica, una referencia a la justicia; pero de cualquier Derecho se puede emitir un juicio de injusticia, en la medida en que es incapaz de realizarla adecuadamente, y de ese modo, el contenido de la idea de justicia que lo informa, actúa como criterio de valoración del ordenamiento jurídico en cuestión. En cambio, todo Derecho realiza, sin más, un valor o una función de seguridad, porque y en cuanto cristaliza en un sistema de legalidad.-

Dice Recasens Siches, que "si bien la justicia (y los demás valores jurídicos supremos) representan el criterio axiológico que debe inspirar al Derecho y si bien éste no quedará justificado sino en la medida en que cumpla las exigencias de tales valores, sin embargo, el Derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible exigencia de seguridad, de certeza en la vida social. La pregunta de por que y para que hagan Derecho los hombres no la encontramos contestada en la estructura de la idea de justicia, ni en el sequito de egregios valores que la acompañan, sino en un valor subordinado - la seguridad - correspondiente a una necesidad humana". Lo que ocurre es que la realización de este orden y esta seguridad ya representa de por sí, una cierta justicia, de suerte que esta no es sólo un valor que flota sobre y más allá del Derecho, sino que, más o menos perfectamente realizada, está inscrita en el Derecho y por eso este -para decirlo con frase de Carlos Cossio - es siempre tanto "un cierto orden" y "una cierta seguridad" como "una cierta justicia". Pues la justicia coincide con el Derecho en la norma, la cual "clasifica" al individuo, esto es, lo asigna a una "clase, y si bien esta asignación puede ser injusta conforme a la clase de una norma superior, dentro de cada sistema normativo el individuo sabe a que atenerse cuanto a su clasificación, la cual constituye un orden -más o menos justo- y encarna una indiscutible seguridad.-

El carácter fundamental de la seguridad es lo que han expresado, en todas sus versiones, las doctrinas del contrato social. El hombre, primitivamente, vivía en una situación prejurídica y preestatal; abandonado a su arbitrio, desencadena -según Hobbes- sus instintos salvajes; Vive en guerra con sus semejantes (bellum omnium contra omnes) y se comporta como lobo en relación con ellos (homo homini lupus); Para Rousseau, la situación era más idílica, pero ocurrió la mala

Universidad Mesoamericana
Guatemala, C. A.

Lic. Héctor E. Berducido M.
Abogado y Notario

ventura de que alguien cercó el trozo de tierra que cultivaba, y desde entonces se impuso el dominio de los más fuertes sobre los más débiles. En ambos casos, la salida del estado de naturaleza significa un abandono de la situación de inseguridad de los más y su sustitución por un estado de certeza en el que cada cual sabe a que atenerse en el orden práctico, porque sobre que quien intente violar el pacto social y retornar a la situación de arbitrio e inseguridad del estado natural, habrá de sufrir la reacción inexorable del poder social establecido por el contrato y la aplicación de las sanciones que en el mismo se hallan establecidas.-

Lo mismo, pues, si se interpreta la doctrina "pactista" en sentido histórico que si se hace en un sentido paradigmático o racional, se ve que la seguridad es el factor primario que impulsó a los hombres a constituir una sociedad y un Derecho o, dicho en términos racionales, lo que constituye el motivo radical y primario de lo jurídico.-

En efecto, puesto que el Derecho es un orden y una forma de vida, es claro que ha de responder constitutivamente, ante todo, a la exigencia de hacer posible esta misma vida; y la vida para la cual tiene vigencia el Derecho, no es la vida humana auténtica, la vida individual de cada uno, de la que podría decirse que es, por naturaleza, "peligro" e "inseguridad", sino la vida social, es decir, la vida que el hombre vive en común con los demás, que deja fuera de su ámbito las dimensiones estrictamente individuales de la persona y se atiene a lo que cada cual tiene de común, de típico y genérico, que presupone, no al yo en cuanto tal yo, sino al yo desyoizado que es "la gente". Ahora bien, esta vida es cabalmente imposible sin un orden y una seguridad. Donde estos faltan, el individuo se retrae sobre su propia vida individual; pero como esta no está asegurada, se vierte en lucha y oposición sobre las restantes vidas; y así, la convivencia, la coexistencia, es decir, la vida social se hace sencillamente imposible. Vivir con los demás, convivir, coexistir, implica, por consiguiente, la existencia de un orden que asegura aquel mínim de condiciones sin las cuales esa convivencia no existe. De ahí el profundo dicho goethiano: Prefiero la injusticia al desorden. Esta frase puede conducir a una aberración de estimativa, pero no por eso deja de encerrar una profunda verdad. Pues la justicia no puede realizarse más que en el Derecho, y el Derecho es por naturaleza un orden; por eso el desorden no puede jamás contener justicia, y es preferible un orden establecido (que, como tal, realiza alguna justicia) aun cuando nos parezca injusto (comparado con un ideal superior de justicia). El Derecho, en efecto, es un punto de vista sobre la justicia sólo y en cuanto constituye un orden de la vida social y una seguridad de las condiciones mínimas que la hacen posible.-

Ciertamente, si se toma la justicia como valor en sí y se la compara con el orden o la seguridad como valores igualmente en sí, habrá que reconocer la superioridad

Universidad Mesoamericana
Guatemala, C. A.

Lic. Héctor E. Berducido M.
Abogado y Notario⁹

de rango que corresponde a la primera. La justicia es la más alta cosa que interesa al Derecho. Además, ningún orden y ninguna seguridad son posibles al margen de la justicia. Esto no solo es una necesidad ontológica, sino una necesidad ética y práctica, pues si una sociedad estima injusto el orden que sobre ella pesa (que, sin embargo, realiza una determinada idea de justicia), ese orden no puede subsistir y corre el continuo peligro de ser derrocado por la fuerza, cuando sólo por la fuerza se mantiene; Y del mismo modo, la seguridad que un orden semejante ofrece, no es apreciada como un valor positivo, pues es la seguridad de la injusticia, frente a la cual se reclama, por de pronto, el imperio de una justicia ideal que imponga un orden nuevo. La justicia, pues, no sólo es un valor más alto que el orden y la seguridad, sino que es un valor condicionante de estos valores, los cuales no pueden existir al margen de ella.-

Pero, al mismo tiempo, el orden y la seguridad son valores más consistentes y ontológica y ónticamente condicionantes de la justicia. Pues ésta no puede realizar su estructura -a la cual pertenece su inserción en la realidad- sino en cuanto existe precisamente un orden. Sólo sobre la base de un orden se puede hablar de justicia o injusticia en la sociedad; si ese orden no existe, entonces se puede hablar de ideas e ideales de justicia, pero no de justicia existente en las relaciones de la vida, pues desde el momento que se admite que la vida social está regida por la justicia, se presupone que existe un orden social establecido precisamente por el Derecho en cuanto es Derecho.-

Por eso dice Hauriou que el orden social es un elemento de las sociedades más elemental que la justicia. El orden social establecido es lo que nos separa de la catástrofe; es la garantía de un mínimo de existencia, mientras que la justicia es un lujo del que se puede prescindir hasta cierto punto. Pero el mismo Hauriou corrige esta interpretación pesimista por dos observaciones: La primera, que todo estado social, aun cuando este lleno de injusticia, tiene interés en durar y eso no puede hacerlo más que reintroduciendo en su conducta cotidiana una cierta dosis de justicia, a fin de lograr el asentimiento de la mayoría; la segunda, que los progresos de la justicia, introducidos en la conducta de los organismos sociales durante una generación, penetran a la segunda o tercera generación en el mismo orden social como cosa establecida, y así este se impregna de justicia. Pero adviértase que Hauriou habla aquí de justicia como de un paradigma ideal que coincide con los principios del orden individualista, por lo cual se define por el *aequum et bonum*, por la igualdad en las relaciones y prestaciones, mientras que el orden social versa sobre fines colectivos y a menudo responde a necesidades de urgencia al margen de toda la consideración debida a lo individual (así, por ejemplo, las medidas que los Estados adoptan en relación con la estabilización de la moneda, para evitar la catástrofe financiera); por eso lo define como "una

Universidad Mesoamericana
Guatemala, C. A.

Lic. Héctor E. Berducido M.
Abogado y Notario¹⁰

empresa de estabilización del estado social por una estructura equilibrada".

Pero el orden social es tanto un supuesto como un efecto del Derecho, del ordenamiento jurídico. No es el Derecho, como sistema normativo el factor único determinante de la existencia de un orden social, sin tener en cuenta la existencia de factores sociológicos propios: pero si no existe el Derecho no existe tampoco el orden social, pues el Derecho es cabalmente el esfuerzo de dar una estabilización al estado social, equilibrando -mediante las normas jurídicas- los distintos poderes y realidades que integran su estructura. Por eso el orden es el primer factor que realiza el Derecho, aun cuando realizar un orden es ya realizar una dosis de justicia. No es entre la justicia in abstracto y el orden en general, como se plantean los conflictos, sino entre la idea de justicia cristalizada en el orden establecido y el ideal más progresivo que el espíritu humano se halla siempre en situación de oponer a la realidad.-

La seguridad es el reflejo del orden en las situaciones individuales. Es la exigencia de crear certeza ordenadora. Desde el momento que existe un orden, el individuo sabe a que atenerse sobre su situación en cualquier ámbito de relaciones. Por eso es la seguridad un valor que también realiza inexorablemente el Derecho, de modo más radical que la justicia. Pues si bien un Derecho al margen de toda justicia es una imposibilidad ontológica, en cambio la cuestión valorativa siempre queda abierta y desde un determinado punto de vista se puede siempre calificar de injusto lo que para otros aparece como altamente razonable y justiciero. Pero acerca de la seguridad no cabe esta valoración; si el particular se siente desamparado e inseguro por una norma jurídica defectuosa, sabe que no está asegurado, y ese saber es la seguridad de que el Derecho le desampara y que, por consiguiente, el Derecho no llega hasta él, se detiene en otras zonas en las que tendrá que coincidir con una situación de seguridad positiva. Se trata, pues, de una "laguna", que constituye sólo una regulación injusta; sentirse inseguro significa sentirse injustamente tratado. Por eso podría decirse en cierto sentido, que la seguridad es certeza del Derecho, constituye la específica eticidad jurídica. Exactamente como la justicia no puede realizarse más que en un orden social y jurídico, la seguridad es también implicada y exigida por la justicia. Si nadie sabe a que atenerse, es decir, si no existe una norma jurídica que regule las situaciones de cada uno, es imposible hablar de justicia, no hay modo de averiguar si es justa la regulación de esas situaciones, puesto que no existe tal regulación.-

Por consiguiente, desde el momento que se califica de justo o injusto un orden dado, se presupone que existe tal orden, por virtud de la cual todos saben a que atenerse. Y así, la seguridad implica en sí misma un valor, que exige la existencia de un Derecho positivo, exactamente al modo como la exige la justicia, que no puede realizarse si no es a través de tal Derecho positivo.

Universidad Mesoamericana
Guatemala, C. A.

Lic. Héctor E. Berducido M.
Abogado y Notario¹¹

La seguridad es valiosa para el individuo. La certidumbre jurídica es seguridad de orientación. El sujeto quiere saber, cómo ha de comportarse según las exigencias del Derecho en determinadas relaciones sociales o situaciones de la vida y que comportamiento puede esperar o pretender de los otros; Con otras palabras, que hechos y obligaciones existen para él y conque consecuencias jurídicas de su comportamiento tiene que contar. No es preciso resaltar la importancia básica de esta seguridad de orientación para el hombre, en especial para el hombre económico. Por eso, la proclamación de este valor aparece a veces en estrecha conexión con el pensamiento individualista, en el que la seguridad aparece como un valor propio de la sociedad burguesa. La idea de la paz y tranquilidad sociales como fin del Estado y del Derecho había sido conocida de antiguo y de modo bien expresivo las hallamos en Santo Tomás. Pero hay que llegar a Baldo de Ubaldis, el gran jurista del Cuatrocientos, para encontrar no sólo reconocida como fin del Estado la paz y la tranquilidad, sino arduamente defendida la inviolabilidad de los derechos individuales derivados del status de cada persona, considerada libre de querer, de obrar y de disponer de sí y de sus bienes, ampliamente acentuado el valor de las relaciones jurídicas y enérgicamente exigida una plena tutela de los derechos adquiridos. Ahora bien, todo esto constituye justamente el contenido y el sentido de la seguridad y vemos así que esta aparece proclamada por vez primera en este sentido moderno por el pensamiento jurídico individualista propio de los romanistas, que no por azar vivían en la aurora del Renacimiento italiano.-

Una doctrina y mentalidad individualista, requiere libertad y seguridad para el individuo, en recíproca implicancia; libertad de movimientos y seguridad de que esos movimientos libres conducirán efectivamente al resultado querido -seguridad, por tanto, de poder ser libre -. Esta ideología tiene incluso un entronque metafísico, pues el Renacimiento desplazó el eje de la vida espiritual de Dios al hombre, con lo que este se halló en radical insolidaridad con el universo, no pudiendo ya establecer más comunicación con este que la conquista. El hombre fáustico, a solas con su libertad, hubo de vencer y conquistar el mundo con su esfuerzo; esfuerzo que había de desarrollar el solo y que, por tanto, no necesitaba auxilios ni subsidios. Así nació la idea del orden natural de las cosas. El cosmos constituye un todo que se mueve por leyes propias, sin que ninguna divinidad imponga los dictados de su voluntad; y también la sociedad y la economía se mueven por si mismas, sin que sea lícito al poder estatal pretender, con sus intervenciones arbitrarias, alterar o forzar su funcionamiento, mientras que dejando a la libertad, al libre esfuerzo humano, desarrollar sus posibilidades, el hombre ve satisfechas sus necesidades y si la libertad le produce daños, la

Universidad Mesoamericana
Guatemala, C. A.

Lic. Héctor E. Berducido M.
*Abogado y Notario*¹²

misma libertad se los cura. Hasta en la filosofía impera esta ideología de la seguridad. Las críticas kantianas no aspiran tanto a saber, como a asegurarse el camino del saber y precaverse del error, y entonces se ve a los reformadores políticos pedir libertad y seguridad o afirmar que "la libertad política de los ciudadanos se compone de la seguridad de que gozan y el concepto que de esta han formado para conseguir el fin".-

No hay duda que la seguridad tiene, según eso, una notoria ascendencia burguesa individualista, muy en conexión con las necesidades económicas del tercer estado. Esto ha contribuido en parte a desprestigiarla y no es infrecuente el que hoy se le dirijan ataques en nombre de ideologías políticas que profesan concepciones de la vida heroicas y antiburguesas. Donde, como en el fascismo italiano, se profesaba como lema "el vivere pericolosamente", el vivir en peligro, no se podía sentir gran estimación hacia la idea de seguridad, que parece indisolublemente unida a un concepto antiheroico de vida cómoda. Y los juristas alemanes del nacional socialismo, rechazaron abiertamente la idea de la seguridad como valor jurídico fundamental. Pero aquí conviene denunciar una confusión bastante tosca en que se incurre cuando se quieren aplicar al Derecho ciertos conceptos de vida. Por de pronto se olvida que la seguridad, sin perjuicio de que haya sido proclamada como valor primario por la ideología burguesa, no es un "valor burgués" - pues eso sería incurrir en una interpretación sociologista o materialista de los valores - sino una exigencia ineludible del Derecho y, dicho más certeramente: una dimensión ontológica del mismo. Una cosa es la interpretación burguesa de la seguridad y el rango que la burguesía le atribuye en la escala de las estimaciones, y otra la seguridad considerada en sí misma.

En la interpretación burguesa de la seguridad no se trata sólo de la seguridad como valor social, sino ante todo de una concepción entera de la existencia humana orientada hacia el sentido de la seguridad y la comodidad. Pero afirmar la seguridad como valor social fundamental no tiene nada que ver con la concepción de la vida (personal) orientada hacia la seguridad. La seguridad representa algo esencialmente distinto y desempeña un papel por entero diferente en el plano de la vida personal al que desempeña y representa en la vida social.

En la vida personal, la seguridad como ideal representa el "aburguesamiento", el egoísmo, la renuncia a lo heroico y militante, el olvido de aquella inquietud agustiniana del corazón que sólo se satisface en la posesión de Dios. Significa además el desconocimiento de que la vida humana es, por esencia, peligro e inseguridad. Ahora bien, predicar el peligro como ideal de vida, puede tener sentido por referencia a la vida personal; pero es un contrasentido convertirlo en ideal para la vida social. Nietzsche puso de moda el lema que más tarde

Universidad Mesoamericana
Guatemala, C. A.

Lic. Héctor E. Berducido M.
*Abogado y Notario*¹³

popularizó el fascismo, del vivir en peligro, convertido en imperativo. Lo cual, revela que Nietzsche, a pesar de su genialidad, ignoraba que la sustancia misma de nuestra vida es peligro y que, por tanto, resulta un poco afectado y súper afectatorio, proponernos como algo nuevo, añadido y original que lo busquemos y lo coleccionemos; y considera que se trata de una idea de la categoría de las que se enuncian y proclaman precisamente porque se sabe que no tendrán lugar: Una época que no tuvo experiencia fuerte de la inseguridad quiso jugar a la vida peligrosa. Pero si es lícito oponer al ideal burgués de la vida una concepción basada en la primacía de más altos valores éticos o religiosos, en la vida social, que es la única en la que el Derecho tiene existencia, no se puede admitir, sin incurrir en contradicción, que el "peligro" y la "inseguridad" tengan carta de naturaleza; pues de ese modo, no sólo la vida social sería inexistente por definición, sino que incluso la vida personal sufriría una mutilación decisiva, ya que la vida social es también vida de la persona y una vida sometida en su dimensión social a la angustia de la inseguridad sería una vida perdida como destino humano individual. La posibilidad de una vida egregia depende de un *mínimum* de aseguramiento de la misma vida como valor biológico" y es en esta esfera, en que toda lo humilde y primario se quiera, donde ante todo extiende sus raíces el Derecho. Jurídicamente, el derecho a la vida es él más alto, como es el más grave el delito contra la vida; moralmente, en cambio, el egoísmo es el máximo vicio, es decir, el anteponer a todo, aquello que jurídicamente es objeto de la más alta protección. Al derecho le interesa la vida como valor vital, en cuanto es el substrato de una "persona", pero no le interesa el valor moral concreto de esta persona, el cual puede residir cabalmente en un anteponer el sacrificio a la conservación de una vida sin honor. En última instancia, la seguridad es la seguridad de la persona considerada en sus dimensiones sociales. Así se demuestra la conexión con la justicia, porque el criterio de la justicia, reside precisamente en el respeto de la personalidad humana. Pero, por otra parte, esta seguridad de la persona no es tanto el resultado de un querer conscientemente realizado, como un fruto espontáneo del mismo Derecho en tanto que Derecho; y precisamente por eso es absurdo querer prescindir de la seguridad en un sistema jurídico cualquiera, pues existiendo un sistema jurídico ya existe seguridad. No es la seguridad la que constituye un principio de valoración, sino la justicia. El hombre está siempre seguro con el Derecho, siempre sabe a que atenerse sobre su situación, pero no siempre se siente a su gusto con esta seguridad; preferiría, a veces, poner su situación más cerca del peligro a cambio de una más amplia y cómoda libertad de movimientos; otras veces, clamará contra la seguridad de una situación injusta y exigirá la seguridad de una mejor justicia; pero el orden jurídico es, por esencia, la estabilización de

Universidad Mesoamericana
Guatemala, C. A.

Lic. Héctor E. Berducido M.
*Abogado y Notario*¹⁴

las situaciones y, por lo tanto, implica una situación general de seguridad, y una pérdida de la seguridad implica, una degradación de la persona. Modernamente se habla de la "seguridad social". No es sólo que la seguridad individual constituya el valor social fundamental, en cuanto fundante del más alto valor que es la justicia, sino que hay una forma específicamente social de la seguridad. Pero la expresión resulta equívoca, porque podría significar, por de pronto, "seguridad de la sociedad". Y, en efecto, como reacción contra la interpretación individualista de la seguridad y sus consecuencias político sociales, se ha expresado con frecuencia la reacción favorable a la seguridad de la sociedad, por ejemplo, en las doctrinas sociológico-penales de la "defensa social" y en todas las concepciones totalitarias o simplemente autoritarias que llevan a la acentuación de la seguridad de la sociedad política personificada en el "régimen" imperante, en cuya defensa se dictan leyes que incluso suspenden temporalmente la vigencia de una legislación fundamental más democrática.-

Pero la seguridad social propiamente dicha representa, una expresión nueva del interés social que, en la filosofía del Derecho, ha sido afirmada siempre como contrapartida de la libertad individual. Se traduce en las exigencias del derecho al trabajo, libertad de la necesidad y libertad del temor. En el fondo de estas aspiraciones no hay nada nuevo, pero el problema está en que su potencial es tan amplio que puede alterar completamente las concepciones tradicionales sobre la naturaleza del Derecho. Se hace preciso recurrir a una nueva síntesis y considerar al individuo en su libre capacidad asociativa; y la seguridad social sería entonces la seguridad del individuo considerado bajo este punto de vista: una síntesis de la igualdad, la equidad y la seguridad del individuo y de las libres asociaciones o grupos. La seguridad social, en todo sentido, no es seguridad de la sociedad, sino seguridad del individuo, pero considerado precisamente en función de los bienes positivos que la sociedad debe prestarle, y en cuanto vive inserto en marcos sociales, asociativo-contractuales unos, orgánico-comunitarios otros. Por consiguiente, esta seguridad afecta a una capa más primaria que la aludida en los derechos de seguridad individual en la concepción burguesa, la cual, aun cuando era pensada como libertad de las actividades económicas, poseía no obstante un sentido espiritual, porque tenía su mira en la afirmación de la libertad humana. En la seguridad social se trata de una exigencia más elemental y materializada; pero no por lo mismo que trata de asegurar a todo ser humano la base material de su sustento, resulta dotado de un espiritualismo superior a la concepción burguesa, pues también en el fondo de esta, latía una fe más o menos oculta en el valor de los fuertes, que en cuanto tales debía imponerse, dejando sucumbir a los económicamente débiles en la lucha por la existencia, en otras palabras, una sociedad dominante que mantiene en situación precaria a la sociedad dominada.

Universidad Mesoamericana
Guatemala, C. A.

Lic. Héctor E. Berducido M.
*Abogado y Notario*¹⁵

Por eso puede asegurarse que el contenido de la "justicia social" en las sociedades más desarrolladas es precisamente la seguridad social, hasta el punto de que ha perdido sentido la apelación a la primera salvo en las sociedades semi o sub-desarrolladas, donde el hablar de justicia social representa "la expresión de la protesta contra un orden que, en su conjunto, es reputado injusto". Esta aspiración a la seguridad se convierte, en las sociedades modernas, en el "máximo ideal social", incluso a costa de la antigua aspiración a la libertad. Lo grave es que este fenómeno se produce en el seno de una sociedad masificada, en la que la seguridad puede actuar como un factor de disolución en cuanto que, al sentirse todos seguros, se relajen los impulsos morales de los que se nutren las sociedades, que en definitiva son obra humana. El riesgo en este sentido ya fue advertido, pero el problema no está en eludirlo suprimiendo la seguridad, lo que sería esencialmente una injusticia, sino en favorecer todos los resortes que actúan como factores de robustecimiento de la personalidad y salvar, en la sociedad masificada y "asegurada" en que vivimos, la fuerza eternamente creadora de la libertad.

Universidad Mesoamericana
Guatemala, C. A.