

173a
20



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

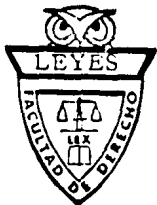
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JAIME CICOUREL SOLANO



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

MEXICO, D. F.

1994



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

*A Nayeli Hernández Paredes, por
Existir. Que Dios la bendiga.*

*"Lo que está dado en el hombre
y espera realizarse es no sólo
la capacidad de hablar y de
pensar, sino también el lograr
una comprensión cada vez mayor
de la vida, el desarrollar una
progresiva madurez, el hacer
nuestra la fuerza del amor y de
la expresión artística".*

Erich Fromm.

A mi madre y hermanos, con
carifio.

MI AGRADECIMIENTO A LA Dra.
Leticia Bonifaz Alfonso, sin
cuya ayuda no hubiera sido
posible la realización de este
trabajo.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO CONCEPTOS PRELIMINARES

1. EL PODER	1
2. PODER POLITICO Y DERECHO	12
3. EL ESTADO	21
4. PODER Y AUTORIDAD	25
5. OBEDIENCIA	34

CAPITULO SEGUNDO LEGITIMIDAD

ADVERTENCIA	38
1. EXPLICACION IUSNATURALISTA	44
1.1 SOBRE EL IUSNATURALISMO	44
1.2 LAS DOCTRINAS DE LA MONARQUIA DE DERECHO DIVINO, DE LA SOBERANIA POPULAR Y DEL RECONOCIMIENTO	46
1.3 LAS TEORIAS CONTRACTUALISTAS	60
1.4 LA TEORIA DE LOS DERECHOS NATURALES DEL HOMBRE ...	67
1.5 EL NEOCONTRACTUALISMO	69
1.6 VALIDEZ Y LEGITIMIDAD IUSNATURALISTAS	74
1.7 AXIOLOGIA Y LEGITIMIDAD	78
2. EXPLICACION REALISTA	87
2.1 LA VALIDEZ JURIDICA EN EL REALISMO SOCIOLOGICO ...	87
2.1.1 LA EFICACIA	89
2.1.2 EL SENTIMIENTO VINCULANTE	92
2.2 EFICACIA Y LEGITIMIDAD (POSTURA CRITICA)	95
3. EXPLICACION FORMALISTA	105
3.1 EL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD KELSENIANO	105
3.2 NORMA FUNDAMENTAL Y VALIDEZ JURIDICA	115
3.3 LA NORMA DE RECONOCIMIENTO DE HART	122

4. EXPLICACION SOCIOLOGICA	132
4.1 ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA TIPOLOGIA DE MAX WEBER DE LA DOMINACION LEGITIMA	132
5. OTROS DOS TEMAS SOBRE LA LEGITIMIDAD	147
5.1 EL CONSENSO POPULAR Y LA REGLA DE LA MAYORIA	147
5.2 EL RELATIVISMO AXIOLOGICO	153

CAPITULO TERCERO
LEGALIDAD

1. LEGALIDAD EN GENERAL	157
2. LEGALIDAD JURIDICA	161
2.1 EL DISCURSO DEL DERECHO	164
2.1.1 EL DISCURSO DE LA LEY	167
2.2 LA JURIPRUDENCIA DOGMATICA COMO DISCURSO SOBRE EL DERECHO	169
2.2.1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	173
3. DISTINCION ENTRE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD	176
CONCLUSIONES	183
BIBLIOGRAFIA	190
HEMEROGRAFIA	193

INTRODUCCION

En la actualidad, el cumplimiento a los mandatos del poder político y a las reglas del derecho está íntimamente relacionado con la forma cotidiana en que se desarrolla la vida de un gran número de personas. El hábito es, frecuentemente, el rasgo característico de ese desarrollo y, a la vez, una de las principales causas de la adecuación de la conducta humana a las disposiciones normativas.

Ya Erich Fromm había dicho que el principal problema que aqueja a las sociedades modernas es que sus integrantes han dejado de ser activos; pero no activos en el sentido de reaccionar de inmediato a los estímulos que a cada momento la vida misma les presenta, sino en el de dar expresión a sus fuerzas internas, provocar el surgimiento de su libertad positiva y lograr el desarrollo de sus capacidades corporales, intelectuales y artísticas.¹ El propio Fromm afirma: "Lo más bello que hay en la vida es exteriorizar las propias fuerzas, y no para un determinado fin, sino por el acto mismo. Como en el caso del amor, que no tiene ningún fin, aunque muchas personas digan: ¡naturalmente que tiene un fin! Tiene el fin de procurar satisfacción sexual o de llevar al matrimonio, de tener hijos y de construir una vida burguesa normal. Esos son los fines del amor. Por eso el amor es también hoy muy raro -el amor sin fin, el amor en el cual todo lo importante es el acto del amor por sí mismo, donde desempeña el

¹ Cfr. FROMM, Erich, "El amor a la vida", Editorial Paidós, México, 1985, p. 28.

rol decisivo el ser y no el consumir, la autoexpresión del hombre, el compartir las propias capacidades-. Pero un amor así entendido desaparece en el caso de una cultura como la nuestra, dirigida meramente a fines exteriores, al éxito, a la producción y al consumo, de modo que ni siquiera se presume ya que sea posible."²

Al hombre moderno le cuesta mucho trabajo lograr el desenvolvimiento de su propias potencialidades, es decir, de procurarse una actividad en sentido positivo. Esto se debe a que la vida misma le exige la realización de actos que estan motivados por necesidades tendenciosamente creadas. La satisfacción de estas necesidades lo obliga a asumir una actitud de constante movimiento, de actividad "productiva" pero no realmente estimulante o promocionante. El miedo a ser rechazado por su núcleo, es decir, a aislarse moralmente, es otro factor que impide que el sujeto pueda dejar esa actividad mecanizada.

El desarrollo de la personalidad se ve también obstaculizado por el fuerte conflicto que causa a los hombres el tener que cumplir con los diferentes roles que el medio social les establece: "...como hijo, debe lograr la independendencia; como novio o amante, la identidad heterosexual y la plena fidelidad; como amigo, un alto sentido del respeto y de la solidaridad; como estudiante o trabajador, una definida vocación."³

² Ibidem, pp. 146 y 147.

³ SANCHEZ AZCONA, Jorge. "Reflexiones sobre el poder", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1900. p. 85.

"Si observamos la actividad del hombre que meramente reacciona o es impulsado a actuar, es decir, del hombre pasivo en el sentido clásico, vemos que su reacción nunca produce algo nuevo. Es mera rutina. La reacción vuelve a realizar siempre lo mismo; al mismo estímulo sigue la misma reacción. Sabemos perfectamente lo que pasará. Todo es calculable."⁴ Esta es la posición que adquiere y no "puede" evitar el hombre de nuestros días: se acostumbra rápidamente a conseguir sin obtener; a producir sin crear; a moverse sin llegar a ningún lado; a ocupar su tiempo en todo y en nada; en pocas palabras, a vivir y a no vivir. La tragedia de la vida, escribe Fromm, consiste "en que la mayoría de nosotros morimos antes de haber comenzado a vivir."⁵ Esta existencia dialéctica provoca en el individuo angustia y frustración que, al ser cotidianamente sufridas, desembocan en el fenómeno psico-patológico más común de las sociedades contemporáneas, la denominada "neurosis colectiva".

Como partes integrantes de la vida, los fenómenos político y jurídico también se encuentran condicionados por esa ambivalencia dialéctica y, al igual que en la cotidianidad, el extremo que en ellos predomina es el de la pasividad de los individuos manifestada a través del sometimiento al poder y de la obediencia habitual a las disposiciones jurídicas.

⁴ FROMM, Erich, "El amor a la vida", op cit., p. 28.

⁵ Ibidem, p. 11.

Si este problema se presenta en todos los ámbitos de la vida, entonces, ¿cómo podremos lograr el desarrollo de nuestra propia individualidad y mantenernos, a la vez, en armonía con el mundo? El único modo de lograr esta síntesis, y sólo en el terreno político-estatal, es la legitimidad del poder y del derecho. Sin embargo, esta solución lleva consigo sus propias dificultades: De qué manera puede alcanzarse esa legitimidad (justificación) si hoy en día la conformidad real con los requerimientos de la dominación y la obediencia a las normas jurídicas se deben fundamentalmente al hábito, al temor a la coacción o, en el "mejor" de los casos, al cumplimiento de valores socialmente impuestos. Además, la fuerza de las ideologías dominantes ha provocado que se piense (erróneamente) que la legitimidad del poder depende únicamente del tipo de gobierno que establezca y del simple y llano cumplimiento a las normas y procedimientos propios de ese tipo.

Por ejemplo, las ideologías políticas contemporáneas han defendido la creencia de que la forma de gobierno más justa y legítima es la democracia, sin embargo, esto dista mucho de ser cierto ya que el simple cumplimiento de las reglas y procedimientos propios de la democracia (elecciones populares y periódicas) no es suficiente para predicar la legitimidad del sistema que las ha adoptado.

Por otro lado y a propósito de los regímenes democráticos, es en ellos donde se presenta, más frecuentemente, la sustitución del

principio de legitimidad por el principio de legalidad y la denominada "crisis de legitimidad". Además, los regímenes democráticos actualizan una serie de situaciones que contradicen claramente la base ideológica en la que se sustentan (presidencialismo, movimientos populares, etc.) y que, por lo tanto, demuestran en algún sentido la falsedad del argumento arriba citado. En el continente Americano, esta serie de contradicciones se han presentado, sobre todo, en las "democracias" del centro, pero esto no impide que se "empiecen" a mostrar en el resto del mundo, inclusive, en la que ha sido calificada (por ella misma) como la más libre y participativa forma de gobierno: la democracia de los Estados Unidos de América.

Como parte del continente Americano, nuestro país no se encuentra exento de sufrir este tipo de problemas. De hecho, todo el mundo (en el estricto sentido del término) sabe que la situación jurídico-política por la que actualmente atraviesa el Estado mexicano no es fácil, ya que han entrado a escena dos fenómenos evidentemente antagónicos: El cambio de poder a través del proceso electoral y el proceso revolucionario. Esto ha traído como consecuencia desestabilidad en los ámbitos político e ideológico, tanto en el nivel social como en el individual.

Por otro lado, si es cierto que los sistemas democráticos son "naturalmente" legítimos o, por lo menos, los más legítimos que existen, entonces aquellas contradicciones no podrían ser atribuidas a dichos sistemas. Tendrían que hacerseles derivar de

causas ajenas a ellos (terrorismo, intervencionismo, imperialismo, etc.) y esto es, precisamente, lo que las ideologías dominantes pretenden propagar.

Sin embargo, en la mayoría de los casos estas causas no se presentan o influyen de manera poco importante en la presencia de dichas contradicciones. La única opción que nos queda es regresar sobre nuestros pasos y buscar la explicación del problema en la organización de los propios sistemas democráticos. Esto nos llevaría a la imperiosa necesidad de reevaluar, libre y críticamente, las instituciones, estructuras, procesos e, incluso, valores, que conforman la base de este tipo de sistemas y, consecuentemente, pasar por un tamiz más fino el problema de la legitimidad del poder y del derecho.

Pues bien, el objetivo principal de este trabajo no es hacer una crítica exhaustiva de la denominada "legitimidad democrática", sino intentar explicar lo que según nosotros es, en términos generales, el fenómeno de la legitimidad. Para llevar a cabo este objetivo, la presente tesis se ha dividido en tres capítulos. En el primero, se explican una serie de conceptos que se encuentran íntimamente relacionados con la legitimidad del poder y del derecho. Estos conceptos son, entre otros: el poder, la autoridad y la obediencia. Además, se dan ideas muy concretas sobre la legitimidad, mismas que pueden servir de modelo para seguir las explicaciones que se hacen en los capítulos posteriores. En el segundo, se analiza el fenómeno de la legitimidad, pero esta vez

desde el punto de vista de las tres principales posturas filosóficas en relación al estudio del derecho y desde la perspectiva sociológica de Max Weber. En la parte inicial de este capítulo, se hace una breve mención de la relación que existe entre los conceptos "validez" y "legitimidad". Posteriormente se reseñan y analizan las más importantes teorías iusnaturalistas sobre el fenómeno de la legitimidad; desde las doctrinas de la monarquía de derecho divino y de la soberanía popular, hasta el contractualismo y neocontractualismo. Durante esta exposición se confrontan las ideas de legitimidad y de justicia (y otros valores), y se concluye que en el discurso iusnaturalista sobre la legitimidad no puede eliminarse la alusión a conceptos como: consenso libre, obediencia espontánea y racional, derechos humanos, etc. Por lo que respecta al formalismo se estudia detalladamente el principio de legitimidad propuesto por Hans Kelsen. En la parte correspondiente al realismo sociológico, la legitimidad es estudiada a partir del concepto "eficacia". Par finalizar, se hace una exposición sucinta de la tipología Weberiana de la dominación legítima.

Por último, en el tercer capítulo se hace un estudio conciso de lo que significa la legalidad jurídica y se dan las bases para la diferenciación de los conceptos "legalidad" y "legitimidad".

Pero, aún queda una pregunta por contestar : ¿Cómo puede el hombre contemporáneo desarrollar su propias potencialidades y vivir felizmente? La respuesta no la sabemos; si es muy difícil

decidirse a cambiar, más difícil es lograr el cambio. Quizás habría que adquirir como máximas de nuestra conciencia las siguientes palabras que, por boca de Sócrates, expresa Platón: "Toda mi ocupación es trabajar para persuadirlos, jóvenes y viejos, que antes que el cuidado del cuerpo y de las riquezas, antes de cualquier otro cuidado es el del alma y de su perfeccionamiento; porque no me canso de decirlos que la virtud no viene de las riquezas sino por el contrario, que las riquezas vienen de la virtud y que es aquí de donde nacen todos los demás' bienes públicos y particulares."⁶

⁶ "Apología de Sócrates", obra citada por Sánchez Azcona en el libro Reflexiones sobre el Poder, op. cit., p. 80.

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTOS PRELIMINARES.

1. EL PODER.

El ser humano, desde que nace hasta que muere, se encuentra inmerso en un ambiente social en el que existe una proliferación de relaciones con seres de naturaleza semejante, mismas que moldean, limitan y organizan su personalidad.

En su infancia, el hombre es incapaz de satisfacer, por sí solo, sus necesidades más próximas (hambre, sed, etc.); esta incapacidad lo obliga a aceptar poco a poco la autoridad de los padres, ya que junto con ella alcanzará los elementos de satisfacción deseados. "La posibilidad de ser abandonado a sí mismo es... la amenaza más seria a toda la existencia del niño".¹

La naturaleza humana no es la suma de instintos, ni el conjunto amalgamado de formas culturales, sino que constituye el producto de una larga evolución, de una adaptación dinámica al proceso social, en la que intervienen elementos biológicos y psíquicos que le son inherentes, fijos e inmutables.² Cabe aclarar que aquéllos no son los únicos componentes de naturaleza ineludible, ya que existe otra parte

¹ FROMM, Erich, "El miedo a la libertad", traducción de Gino Germani, primera coedición mexicana, Artemisa, México, 1985. p. 42.

² Cfr., *ibidem*, p. 27.

de carácter compulsivo, que si bien no está arraigada a las fases biológicas si tiene su origen en la vida humana, siendo ésta la necesidad de evitar el aislamiento o la soledad moral.³

El niño, aún cuando ya es una entidad perfectamente diferenciada y separada de su origen, los padres, no deja el lazo que lo une a ellos por ser incapaz de lograr su desenvolvimiento por sí solo. A este tipo de interconexiones se les ha denominado "Vínculos primarios". Del mismo modo, el hombre no corta ni quiere cortar, por un período más o menos largo, el "cordón umbilical" que lo une a la sociedad y al padre sustituto (Super Yo, autoridad estatal u "objeto" amado), porque esta relación le proporciona seguridad y el sentimiento afectivo de pertenecer a algo.

Las necesidades se van incrementando con el desarrollo del individuo; las de tipo fisiológico continúan solícitas junto con aquellas que derivan de la interacción con otros miembros de la especie, estas últimas para ser satisfechas requieren que se actualice lo que Fromm⁴ ha denominado "Cooperación mutua".

La adaptación dinámica, que produce mutaciones en el carácter, funciona de manera más directa en aquellos elementos que muestran un

³ Cfr., *Ibidem*, p. 41.

⁴ Cfr., *Ibidem*, p. 42.

alto grado de elasticidad y maleabilidad, incluidos en la naturaleza del hombre a través de su relación con el mundo, es decir, como resultado del proceso social. En estos elementos se encuentran: El amor, el sadomasoquismo, la propensión a destruir, el goce de placeres sexuales, el miedo a la sensualidad, la tendencia al sometimiento y el apetito o deseo de poder.⁵

Junto a aquellas estructuras, se encuentra, también latente, la necesidad o impulso de libertad; una libertad que puede ser expresada tanto en sentido negativo como en sentido positivo. Esta última, es decir, la libertad en sentido positivo, se funda en el carácter único e individual de cada ser humano y se exterioriza por conducto de sus potencialidades intelectual, emocional y sensitiva.⁶

Es necesario señalar que el impulso de libertad se presenta como consecuencia del denominado "Proceso de Individuación". Este proceso consiste en la separación paulatina del individuo de sus vínculos o lazos originales.⁷

El proceso de individuación se manifiesta, primariamente, durante la segunda infancia del sujeto, pero, a partir de esta etapa, continúa activo a lo largo de toda su vida. La individuación

⁵ Cfr., *Ibidem*, p. 80.

⁶ Cfr., *Ibidem*, p. 22.

⁷ Cfr., *Ibidem*, pp. 46 y 47.

trasciende el ámbito de las relaciones familiares permitiéndonos hablar, no sólo de la separación del niño con respecto a sus padres, sino también de la separación del miembro de la comunidad respecto de su grupo (esta separación no es ni física ni total). Veamos cómo funciona este proceso en el seno familiar y, posteriormente, en el "ambiente socio-cultural".

El infante, durante su crecimiento, va tomando conciencia de su propio Yo, rompiendo los vínculos primarios y buscando cada vez más su independencia de quienes lo engendraron. Esta evolución resulta esencialmente dialéctica, ya que, a la vez que se logra placer por la individualidad, se presentan sufrimiento e infelicidad derivados, tanto de la falta de seguridad y de la inminente soledad moral, como de una gran cantidad de represión a impulsos originarios (principalmente el instinto sexual) y no originarios (principalmente la "agresividad maligna").

Debido a ello, el niño tenderá a "...mantener una actitud de renuncia al logro inmediato de sus necesidades instintivas ante el temor de la posible agresión de las autoridades exteriores a él. Agresión que puede manifestarse, como normalmente lo es en el caso del padre, con la negación de la actividad amorosa..."⁸

Este recurso adaptativo se hará cada vez más frecuente hasta actualizarse aun cuando no medie el condicionamiento externo. Así,

⁸ GARCÍA AZCÓN, Jorge, "Normatividad Social", Ensayo de Sociología Jurídica, 2ª edición, UNAM, México, 1963, p. 17.

las órdenes, las normas, las formas de conducta socializada y los controles que representan a los valores comunales, se irán internalizando para formar el sustituto psíquico de la autoridad paterna: el Super Ego o Super Yo.⁹

Ya hemos dicho que el intento por evitar el aislamiento conforma una necesidad básica tendiente a la autoconservación que en un principio fue satisfecha por la acción de los vínculos primarios, pero regresar a ellos para obtener nuevamente esa satisfacción, una vez enraizada la autoafirmación,¹⁰ resultaría prácticamente imposible.

Es en esos momentos cuando se actualizan, por un lado, una fuerte sublimación y, por el otro, dos de las estructuras del carácter social¹¹: El deseo o impulso de poder, equiparable al

⁹ Cfr., *Ibidem*, p. 17.

¹⁰ La autoafirmación es la manifestación concreta del impulso de libertad, el cual se deriva del ya estudiado proceso de individuación. El impulso de libertad, a su vez, puede expresarse en las formas más diversas (genialidad, suicidio, creencias legitimantes, etc.). La afirmación individual no implica la pérdida o el rompimiento de alguna relación, fundamentalmente la familiar, pero sí la variación de los agentes satisfactores de necesidades primarias (seguridad, sexualidad, alimento, amor, etc.). Los padres dejan de ser los principales medios para el logro de la satisfacción, aun así la institución familiar intenta perpetuarse y en algunos casos los individuos no consiguen traspasar la vinculación primaria.

¹¹ El carácter social constituye, según Fromm, el núcleo de la estructura del carácter que es compartido por la mayoría de los miembros de una misma cultura... FROMM, Erich, "Más allá de las cadenas de la ilusión (traducción de Enrique Martínez), Editorial Herrero, México, 1964, pp. 92 y 93., citado por SANCHEZ AZCONA, Jorge, "Reflexiones sobre el poder", op. cit., p. 80. El carácter social surge de la propia convivencia y se actualiza por virtud de la misma a través de los modos colectivos de conducta, Cfr. SANCHEZ AZCONA, Jorge, "Normatividad Social", op. cit., pp. 28 y 29.

sadismo, y la sumisión o tendencia al sometimiento, semejante en gran medida al masoquismo.

Con la sublimación se logra la canalización y la satisfacción indirecta de los instintos, a través de vías institucionalizadas y por lo tanto socialmente aceptadas.

Con el ejercicio del poder o de la sumisión se actualizan nuevos vínculos, denominados "secundarios", que permiten alcanzar una vez más la seguridad perdida y el sentimiento de placer que da el saberse parte de un todo.

El hombre ya no se somete a sus padres, sino a sus semejantes, instituciones e ideales que los sustituyen (Dios, iglesia, Estado, líder, Super Yo, "objeto" amado, etc.).

En situaciones concretas un individuo puede dominar y en otras muy diferentes someterse.

Como el desarrollo psico-social es dialéctico, la seguridad de las relaciones de poder y de sometimiento puede verse interrumpida por una renovada disposición hacia la libertad particular, aunque después de este rompimiento se vuelva ineludiblemente a los vínculos secundarios. No debemos desdeñar en este proceso la influencia de las circunstancias ambientales (ambiente social) y los modos de existencia peculiares que se presentan y que contribuyen a la formación de la personalidad de cada sujeto y, consecuentemente, a la

integración del mencionado carácter social.

De lo anteriormente dicho se infiere que el poder y la sumisión no son instintos, sino el producto de fuertes impulsos fijados por la propia convivencia social. No podemos aceptar, entonces, la expresión de "libido dominandi" que emplean algunos autores cuando se refieren al poder, ya que el término "libido" indica única y exclusivamente instintos, esto es, mecanismos de tipo fisiológico y sobre todo, en este caso, a los de origen sexual, además la expresión "dominandi" aduce dominación y ésta es sólo una especie del género poder.

El concepto poder tiene dos significados: El primero se refiere a la capacidad de hacer que otros realicen u omitan tal o cual conducta, que obedezcan, ya sea a través de la utilización y variación de razones protegidas¹² o por medio del ejercicio directo de la fuerza (dominación) y el segundo consiste en la aptitud de realizar, el propio sujeto, lo que quiere, aptitud derivada de sus facultades físicas, psicológicas o intelectuales (potencia). Para nuestro estudio tendremos en cuenta, fundamentalmente, la primera acepción, aunque al hacer alusión a este hecho lo tomemos en su sentido genérico (poder lato sensu).

¹² Este término es empleado por Joseph Raz para significar que una razón pueda ser tomada en cuenta, tanto para la realización o no realización de un acto, como, y al mismo tiempo, para no considerar otras razones que muevan a la conducta contraria. Cfr. RAZ, Joseph, "La autoridad del derecho", Ensayos sobre derecho y moral, Traducción de Tamayo y Salmerán, Rolando, Primera edición, U.N.A.M., México, 1982, p. 22.

Comúnmente la falta de potencia tiende a despertar el deseo de dominación, es decir, la poca o nula potencia se compensa¹³ por virtud del ejercicio de esa actividad. Esto no significa que quien no tenga potencia no tienda a la sumisión, ni quien la posea no aspire también a dominar. Incluso en las comunidades primitivas, quien demostraba tener ciertas facultades para el desempeño de cualquier tarea o simplemente para resistir eficazmente a los obstáculos que le imponía la naturaleza era sujeto de admiración, obteniendo por ese hecho la subordinación de aquellos que querían recibir, al menos de manera indirecta, los beneficios que de ello resultaban. La dominación carismática es un claro ejemplo de potencia y poder en sentido estricto.

Una vez alcanzada, la dominación se convierte, fundamentalmente, en un fenómeno de fuerza o de coacción, física o psíquica, por lo que, si consigue la cooperación de un número suficiente de sujetos (seguidores o adeptos), para el logro de sus fines, se verá con ello considerablemente realizada.¹⁴

La fuerza en el sentido de poseer los medios de control, coacción o coerción, es un elemento necesario para la obtención, ejercicio y mantenimiento del poder. Esta, junto con la justificación

¹³ La compensación, como mecanismo de ajuste, es definida como la exageración de un rasgo deseable con el objeto de reducir un sentimiento de inferioridad causado por un rasgo indeseable. CARROL, Herbert. Higiene Mental, Compañía Editorial Continental, S. A., México, 1908, p. 64.

¹⁴ Cfr., BODENHEIMER, Edgar, Teoría del derecho, Primera edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 15.

de aquel, puede lograr que dicho ejercicio se amplie en tiempo y espacio. No obstante, un poder jamás logrará perpetuarse debido a que esas mismas circunstancias (temporales y espaciales) lo limitan.

La justificación generalizada del poder pretende asegurar la efectividad del mismo; la aplicación de la coacción, subyugar la insubordinación y controlar posibles manifestaciones de resistencia, de aquí la razón de que todo poder (dominación) pretenda justificarse. También se puede dar el caso, sobre todo en los poderes de facto (este señalamiento no constituye ninguna regla), que se alcance la dominación sin la justificación necesaria y que se mantenga, por ello, con el empleo abierto de la violencia.

Como manifestación social, el poder constituye una relación entre seres humanos, su campo de aplicación, por lo tanto, corresponderá a la actividad de ellos. Dicha relación se presenta en muy diversos niveles y ámbitos. La simple convivencia de dos personas moverá a cualquiera de ellas a ejercer dominación o a sufrirla.

Para decir que alguien domina es menester que exista, tanto el límite real a la libertad de optar del sometido, esto es, la virtual aplicación de la fuerza física o psíquica, como un nexo de causalidad entre la voluntad de quien domina y la conducta de aquel que se somete. De lo dicho se infiere que los estados inmediatos anteriores a esta relación de causa-efecto son, o la inactividad del sujeto pasivo o la realización por parte del mismo de actos contrarios a los ordenados o, en su caso, prohibidos (expresión de un

deber). La conjunción de estos elementos actualiza el fenómeno que nosotros conocemos como obediencia. La forma en que la obediencia se manifieste (y no sólo su existencia) constituirá el elemento empírico que nos permita, junto con otros elementos no empíricos, calificar a una dominación de legítima o ilegítima.

Como lo hemos afirmado arriba, el antagonismo del pensamiento de dos o más sujetos en una relación de dominación-sumisión, respecto de una acción u omisión determinada; o la inactividad de quien o quienes se someten, son, generalmente, los presupuestos de dicha relación, ya que si no fuera así las voliciones de ambos sujetos serían semejantes, transformándose la dominación en una relación de igualdad, cooperación o dirección¹⁵ o, en ciertos casos, no formándose ninguna relación (adecuación involuntaria de una conducta a una disposición normativa).

Todo poder se manifiesta por medio de actos, deseos, órdenes, mandatos, reglas o normas, mismos que son representados por signos contenidos en muy variados sistemas de lenguaje y expresados por medios conocidos de comunicación. La normatividad (familiar, convencional, moral, religiosa y jurídica) constituye la forma institucionalizada más común de expresión del poder (dominación) y de limitación y manipulación del comportamiento individual para

¹⁵ La dirección ha sido considerada como una forma de poder, quizás la más tenue, que se reconoce como una convención derivada de la necesidad de cooperación social. Cfr., GILBERTO GIMENEZ, "Poder, Estado y Discurso", Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico, Tercera edición, U. N. A. M., México, 1980. pp. 16 y 17.

configurarlo socialmente.¹⁶

La sumisión se expresa ahora por conducto de la obediencia directa a normas e indirecta a quien las crea. La adecuación de la conducta a la disposición normativa (a través de la obediencia) es lograda por diversas causas que posteriormente analizaremos.

¹⁶ Cfr., SANCHEZ AZCONA, Jorge. "Normatividad Social", op. cit., p. 11.

2. PODER POLITICO Y DERECHO.

Cuando atribuimos el calificativo de dominante a uno o a varios individuos, grupos o instituciones (Estado), en relación a un conglomerado, homogéneo o no (dominados), que influyen en la estructura, organización y transformación total o parcial de una sociedad específica y que por tanto encauzan, por medio de actividades, decisiones y funciones, las fuerzas o tendencias (libertad, ambición, pasión, inseguridad, miedo, azar, etc.) que configuran, paso a paso, los sistemas cultural, económico y jurídico, y en general todo el movimiento dinámico de la citada sociedad, estaremos frente al poder político.

Esos grupos o individuos suelen estratificarse y jerarquizarse, tomando como base los aspectos cualitativo y cuantitativo de sus determinaciones. Esto da lugar a dos ramificaciones: La primera, que se integra por los grupos hegemónicos que detentan el máximo poder, supremo o soberano, y que controlan, consecuentemente, la creación y emisión de las normas jurídicas de más alto rango en la comunidad, el monopolio de la coacción que se expresa y organiza a través de ellas y el uso de los aparatos ideológicos. La segunda, compuesta por los grupos no hegemónicos o subordinados que influyen poco o nada en las funciones legislativas¹⁷ y, por lo mismo, no ejercen el control de los medios de violencia.

¹⁷ Cfr. KAPLAN, Marcos. "Estado y Sociedad". U. N. A. M., México, 1990. p. 134.

Ese monopolio, es decir, el uso exclusivo y continuo de la fuerza organizado por el derecho, y el control de los aparatos ideológicos, es lo que distingue, principalmente, al poder político del no político. Este último, se caracteriza por el constante cambio en la titularidad de controles y decisiones parciales y poco significativos, relativos a ámbitos relacionales reducidos y siempre sujeto a las manifestaciones y transformaciones del primero.

El poder no político (no la autoridad derivada de éste) pasa de unas manos a otras, la facilidad y velocidad con que se consigue son las mismas que generan su pérdida. Por su inestabilidad se vuelve objeto común del juego del medio, las circunstancias y las formas en que se manifiesta el denominado azar¹⁸. Con esto no queremos afirmar

¹⁸ Este pie de página nos da la oportunidad de señalar que esta fuerza "invisible" de carácter casi incognoscible, conceptualizada como "Azar", no es tal y hasta cierto punto puede reducirse la laguna ontológica que se presenta en relación a ella por medio de estudios probabilísticos y estadísticos. Algunos autores no dudan en dar a este fenómeno, también conocido como suerte o fortuna, una importancia casi reverencial. En virtud de que nosotros utilizamos dicho término nos sentimos obligados a esclarecer un poco lo que creemos que representa este hecho.

El principio universal de causalidad demuestra que a una misma causa corresponderá siempre, cuando las circunstancias no cambien, un mismo efecto. Pues bien, como en el universo se manifiestan innumerables relaciones de este tipo, es inevitable el cruce constante de las mismas o de un variado número para cada situación, así, cuando algunas de ellas chocan, el impacto que se provoca ocasiona la variación de los extremos. Podemos ejemplificar lo anterior de la siguiente manera: Si a una relación X, le corresponden los elementos Y (causa) y Z (efecto) y a otra relación, digamos A, le corresponden los elementos B (causa) y C (efecto), y ambas se encuentran, podría ocurrir que en la primera relación se presente su causa natural Y (siempre la misma de lo contrario se tratará de otra relación) y el efecto no natural C o cualquiera otro, y en la segunda lo mismo. Esto elimina o al menos relativiza el calificativo de excepcional del Azar, transformándose en un fenómeno común, excepcional sólo para el campo microsocia! en el que se presenta.

que el poder político, incluso ya institucionalizado (Estado), no presente contradicciones tanto externas como internas, pero al menos logra mantener un alto grado de estabilidad y permanencia, si no del sujeto o grupo gobernante sí de su estructura.

El poder político se ha presentado en todas las sociedades, organizadas o no organizadas, ya que todas ellas expresan alguna forma de control social. Como la evolución histórica de este hecho implica también el desenvolvimiento de un orden jurídico normativo que lo regula y hasta cierto punto limita, estudiaremos, por ser necesario para nuestros fines, algunos antecedentes de ambos fenómenos de manera breve y paralela, no sin antes aclarar que los términos poder supremo, poder soberano o máximo poder, resultarán, en muchos casos, identificables con el término poder político.

En las comunidades primigenias, cuando solamente existían grupos dispersos en donde su cohesión interna se basaba en lazos de sangre, el progenitor era quien detentaba el máximo poder, ya fuese por vía materna (sib o comunidad matriarcal) o por la paterna (clan o comunidad patriarcal). Esta dominación no era del todo ilimitada ya que habían, aunque en forma muy precaria, normas generales de conducta, incluyendo en ellas a las de origen religioso, moral y jurídico-consuetudinario, todas ellas mezcladas y difícilmente separables unas de otras¹⁹, que eran observadas por los miembros del grupo (familia de gran dimensión), incluido el jefe, y basadas en

¹⁹ Cfr., BODENHEIMER, Edgar, op. cit., p. 2d.

órbices subjetivos como el miedo a los dioses, a la tradición, a la anarquía o a la pérdida del propio poder.

Poco a poco esas normas sociales fueron diferenciándose. Algunas de ellas lograron colocarse en la cúspide en cuanto a obediencia recibida y a producción y control de comportamiento social. Esto se debió, en gran parte, a la creación contigua de una instancia coactiva que las respaldaba y "...es precisamente la intervención de un cuadro coactivo, aunque sea en forma incipiente, lo que le da el carácter de jurídico a este tipo de normatividad social."²⁰

Este primitivo derecho fue dado a conocer, en primera instancia, por los miembros más ancianos del grupo (gerontes), ya que por su avanzada edad se consideraba que habían sido los primeros en saberlas y obedecerlas, así se inicia la forma tradicional de creación y divulgación jurídica.

Posteriormente y a causa de la propia tradición, la transformación de aquel orden jurídico-normativo resultó casi nula, por lo que tuvieron que manifestarse nuevos procedimientos para su creación. Las revelaciones carismáticas de profetas y hechiceros cumplieron con dicho fin. No obstante, en no pocas ocasiones hubo que buscar un fundamento ancestral a las normas recién creadas, aún cuando en el común de los casos no se encontrara y tuviera que obtenerse a través de los propios encantamientos (formalismo

²⁰ SANCHEZ AZCONA, Jorge, "Normatividad Social", op. cit., p. 55

mágico).²¹

Por otro lado, el aumento en el número de miembros de las agrupaciones ya formadas, junto con la imposibilidad de satisfacer las necesidades rápidamente incrementadas, provocó el rompimiento y la segregación de aquéllas. Pequeñas estructuras sociales que lograron mantenerse unidas bajo un poder común buscaron nuevos y mejores asentamientos, espacios territoriales que por sus condiciones les permitieran nuevamente desarrollarse. Es esta unidad de territorio la que gesta poco a poco la autonomía (posteriormente soberanía) del grupo y las bases para el sostenimiento y fortalecimiento de aquel poder dirigente.

Con el nacimiento de la propiedad privada y la división del trabajo, el paso de la familia a la gens y el devenir de las comunidades gentilicias (fratria, tribu y confederación de tribus), cuyo movimiento rondaba la independencia, el poder superior se traslada del padre al gobernante, personificado ya por el arconte o jefe, por el basileus o monarca, o por el bule o consejo de ancianos.

En el ámbito de la evolución sociopolítica se hicieron necesarias reestructuraciones globales en el seno mismo de las diversas comunidades, concertadas por conducto de la creación de nuevas ideologías, la variación de los ya caducos sistemas valorativos y la creación de un complejo orden económico. Este

²¹ Cfr., *Ibidem*, pp. 56 y 57.

último, factor decisivo en la formación de castas o estamentos, junto con el desarrollo del poder, provocaron la descomposición social y su consecuente división en clases, apareciendo así; la clase que manda (gobernante) y la que obedece (gobernada).

Por otra parte, al lado del poder, el derecho también se modifica; el rudimentario orden jurídico se proyecta y con el tiempo va adquiriendo grados superiores de manifestación: Se evitan con ello, en alguna medida, las luchas y hostilidades que se habían hecho frecuentes; la guerra se institucionaliza a través de su regulación; se aceptan medios generalizados de sanción y se concretizan la venganza privada y después la pública, con lo cual se da lugar a límites al poder aparentemente más objetivos, cuya base radica en los expresados sentimientos de temor. La posesión del elemento jurídico-coactivo se traslada, en esos momentos, a los gobernantes, estructurando formalmente al Poder Político. Dicha posesión, con el tiempo, será monopolizada por el Estado.

Los sistemas jurídicos y sobre todo los estudios dogmáticos que sobre los mismos comienzan a hacerse, se convierten, entonces, en importantes canales de organización y expresión del poder, y en elementos fundamentales de nuevas ideologías políticas. Este fenómeno se desarrolla, principalmente, durante la edad media. En esta época, el Derecho Romano -entendido como el Corpus Iuris Civilis- y la jurisprudencia derivada del mismo logran trascender el pensamiento

político de toda Europa.²²

"Los pensadores políticos de la Edad Media comenzaron introduciéndose a las ideas políticas a través de la propia práctica gubernamental. Pero, de nuevo, en lo que a la Edad Media se refiere, esta práctica encuentra su más conspicua expresión en el derecho y, posteriormente, en su exposición académica, es decir en la jurisprudencia."²³

"Las grandes cuestiones políticas, el imperio, la legitimación del monarca, etcétera, en suma, el palpitable problema: *cui competit merum imperium?* fue abordado por la jurisprudencia medieval."²⁴

La jurisprudencia es utilizada, entonces, por los teóricos políticos en la formación de credos que pretendían justificar el gobierno y la dominación, tanto de los reyes como del papado.

A partir de la imposición del cristianismo como religión universal, el poder readquiere un origen metafísico, no en el sentido mágico-místico de las sociedades primitivas, sino en la medida en que aquél es hecho radicar en la voluntad omnimoda de una entidad trascendental y uniforme en su concepción.

²² Cfr., TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, "La Ciencia del Derecho y la Formación del Ideal Político", UNAM, México, 1969, pp. 15 y ss.

²³ Ibidem, p. 16.

²⁴ Ibidem, pp. 29 y ss.

Las doctrinas eclesiásticas ampliaron y manipularon dicha creencia, elaborando la teoría de que la naturaleza humana y todo lo que derivara de ella, incluyendo a la sociedad civil y al poder político, era el producto de la voluntad de Dios. Esta tesis, -en un principio, exaltó y justificó la dominación secular. Así, "El derecho para intervenir en cuestiones religiosas que el emperador tenía en los tiempos paganos, derecho derivado de su cargo de Pontífex Maximus, fue inmediatamente aceptado."²⁵

Con el tiempo, la iglesia adquiere una fuerza relevante. Aquélla, que en alguna ocasión rindiera obediencia plena a la autoridad imperial, se transforma en su más grande poder opositor. "La declaración del papa Bonifacio VIII (1294-1303) de que la sumisión de toda criatura humana al pontífice era condición necesaria de salvación, llevó al mundo a consecuencias tremendas."²⁶

La autoridad secular, por su parte, deja las bases de derecho germánico que sustentaban su gobierno y se arma de derecho romano para contrarrestar los ataques eclesiásticos.²⁷

El poder comienza a ser disputado por el Imperio y la Iglesia (Revolución Pontificia). Esta lucha, cuyo triunfo es logrado por el

²⁵ Ibid., p. 40.

²⁶ Ibid., p. 16.

²⁷ Cfr. Ibid., p. 56.

primero, y el establecimiento de un sistema de coacción directa, por medio de la aplicación de penas públicas, dan lugar al absolutismo y establecen las bases para la formación del Estado moderno.

3. EL ESTADO.

La división de clases y funciones, el automatismo, la especialización del trabajo y su camino a la burocratización, actúan como directrices preestatales que unidas a las formas ideológicas y creencias manipuladas, hasta cierto punto justificantes de la vida y estructuras sociales, forman una serie de mecanismos que se concretizan en actos de autoridad, dirección y organización de comunidades autónomas e independientes. Estos mecanismos dan lugar a la llamada institucionalización del Poder Político.

Esa institucionalización, junto con la obtención y el mantenimiento del monopolio de la coacción (física y psíquica), dentro de un universo de fuerzas intercurrentes, originan el nacimiento de una nueva comunidad, misma que ha sido considerada como la más evolucionada de todas: El Estado.

El Estado es, ante todo, un fenómeno cultural objeto de conocimiento; una realidad creada por virtud de una peculiar y encausada evolución sociopolítica y jurídica. Marcos Kaplan nos dice: "El Estado no es una creación instintiva o improvisada. Expresa una racionalización progresiva de diferentes niveles y grados del poder en el cuerpo social, de estructuras políticas preexistentes o coexistentes. En el Estado se refuerzan y consagran la jerarquía y la integración de elementos subordinados unos a otros; las relaciones de mando y obediencia se han formalizado y operan a través de circuitos especializados, que calcan o reflejan los circuitos pre- y extra-

políticos, incorporándolos sin abolirlos."²⁸

El Estado como hecho, es decir, sociológicamente considerado, tiene su antecedente en la desintegración del clan²⁹. El poder político, su institucionalización posterior y la existencia de un orden jurídico normativo, son, por lo tanto, elementos indispensables en la formación del mismo. Con base en ello podemos afirmar que la organización estatal implica, en todo caso, un poder político que se organiza y actualiza a través de un sistema jurídico-normativo.

En este orden de ideas "El estado es simultánea e indisolublemente poder y aparato o, en términos weberianos, violencia legítima y administración."³⁰

Por lo que se refiere al poder estatal, éste combina el monopolio de la coacción con la capacidad de hegemonía. El monopolio de la coacción significa, según dijimos, tanto la posesión exclusiva y continua de los elementos coercitivos de mayor potencia en cierta comunidad, como, y consecuentemente, la posibilidad de disponer de ellos en cualquier momento (ejercicio). La capacidad hegemónica implica el control de los "...dispositivos esenciales de orden ideológico-cultural que se relacionan con la legitimidad, el consenso

²⁸ KAPLAN, Marcos, op. cit., p. 206.

²⁹ Cfr., RUNNEY JAY Y MAIER J, "La Ciencia de la Sociedad", citados por SANCHEZ AZCONA, Jorge, "Normalidad Social", op. cit., p. 78.

³⁰ Cfr., GILBERTO GIMÉNEZ, "Poder, Estado y Discurso", op. cit., p. 45.

y la organización jurídico-administrativa de la sociedad."³¹ Esta capacidad suele identificarse con las cualidades de supremacía y preponderancia.

La unión de estos elementos hace que el Estado moderno sea caracterizado en definitiva por el monopolio de la violencia legítima.³²

Como administración o aparato, el Estado concretiza la citada Institucionalización del Poder Político, ya que, como afirma Gilberto Giménez, "Los aparatos son la *armadura institucional* de una sociedad concreta en una fase determinada de la división social del trabajo."³³

Los aparatos estatales, al igual que los no estatales, se clasifican en Ideológicos y Políticos. Los primeros trabajan en la creación y circulación de una determinada concepción del mundo y de la realidad.³⁴ Los segundos se relacionan con el ejercicio del poder político.

Algunos aparatos pueden combinar estas dos naturalezas y ser, a la vez, ideológicos y políticos. El Derecho, como orden jurídico

³¹ *Ibidem*, p. 40.

³² *Cfr.* *Ibidem*, p. 40.

³³ *Ibidem*, p. 40.

³⁴ FOSSAERT, Robert, "La société", t. 3, Les appareils, citado por Gilberto Giménez, *Ibidem*, p. 50.

positivo, es un ejemplo claro de este tipo de aparatos.

El Estado unifica, organiza y jerarquiza sus aparatos (ideológicos y políticos) a través de una rigurosa especificación de medios, fines y funciones. La búsqueda del consenso social ha llevado a los gobiernos estatales a la manipulación y al control de gran parte de los aparatos ideológicos que existen en una sociedad.

Por virtud de este tipo de aparatos (fundamentalmente el derecho) el poder estatal, al igual que cualquier otro poder, puede transformarse en autoridad. Dicha transformación, junto con la naturaleza de la autoridad, serán explicadas a continuación.

4. PODER Y AUTORIDAD.

En el mundo existen tres categorías fenomenológicas principales que son, a saber: 1).- La de cosas; 2).- La de propiedades; y 3).- La de relaciones. Esta última se presenta de manera preponderante en el proceso de convivencia social.³⁵

Por lo que se refiere a las relaciones podemos decir que se caracterizan por tener una estructura de naturaleza ternaria, esto significa que están constituidas por tres elementos fundamentales: a) un sujeto activo; b) un sujeto pasivo, y c) un ámbito o campo de manifestación.³⁶

El poder, la autoridad y el amor, expresados en los extremos; mando-obediencia o dominación-sumisión, conforman los casos más típicos de la categoría relacional y como tales suponen, cada uno de ellos, además del campo de manifestación, dos partes (persona-persona, persona-"objeto" u "objeto"-persona).

Ya hemos dicho que a todo poder es menester una justificación, pero aún no conocemos el origen de la misma. Analicemos, pues, estas cuestiones.

³⁵ Cfr., BIOCZENSKI, J. M., "Qué es la Autoridad", Ed. Herder, Barcelona, 1970, p. 18.

³⁶ Cfr., Ibidem, p. 24.

La relación de poder implica, para las partes que intervienen, un alto grado de afectividad, pero también de sufrimiento, consecuencia de la limitación al desarrollo individual; por eso para que dicha relación se mantenga se requiere que la angustia derivada de ese sufrimiento sea minimizada, lo que se consigue con la acción instintiva de mecanismos de ajuste (concretamente la identificación y la racionalización). Así, por un lado, la persona sometida exaltará, a la vez, tanto los atributos de la seguridad y aceptación sociales que obtiene, como las cualidades de la persona a quien obedece (admiración ciega), reconociendo su posición como valiosa y, por el otro, la persona poderosa creará que el mando que ejerce deriva directamente del bien que como fin último quiere procurar a su sujeto de dominación, asumiendo así una actitud semejante a la de un verdadero padre.

Podría pensarse que el logro de la seguridad y la eliminación del aislamiento son motivos suficientes para justificar cualquier hecho social, inclusive el de dominación-sumisión, sin embargo, esto resulta cierto sólo en parte, lo que se tratará de demostrar en el desarrollo de nuestra explicación.

Quien detenta el poder sabe que está ligado ineludiblemente a quienes lo sufren, a los sometidos. Ese poder depende, en gran medida, de la obediencia que recibe, existiendo, por lo mismo, una sumisión psicológica del poderoso con respecto al débil. Como esta sumisión psicológica (subjetiva) es distinta a la objetiva del sometido, el sufrimiento resultante será en el primer caso menor que

en el segundo, aún más, con el proceso de racionalización, la angustia del sujeto activo, derivada de aquella sumisión psíquica, resultará casi nula. Su libertad (en sentido negativo) se infiere al tener la capacidad de reducir los límites a su conducta, de ahí que tienda a mantener y a ampliar su poder de un modo u otro. En este supuesto, la justificación analizada sería, en general, válida y suficiente pero, como la misma no sólo se da por quienes mandan sino también por quienes obedecen, es necesario que la de éstos se amplíe y refuerce, de lo contrario, la obediencia manifestada seguirá siendo considerada como un mal y, por lo mismo, la causa principal de su infelicidad.

La justificación insuficiente tiende a desbordar el impulso de libertad en sentido negativo, el cual se manifiesta en formas muy diversas: anhelo de poder (en el caso de los subordinados de las clases dominantes), delincuencia, abandono del "objeto" amado, suicidio y, con respecto al poder político, resistencia y desobediencia civiles. Estas últimas reacciones suelen provocar, al menos en las sociedades modernas, movimientos armados tales como revoluciones y golpes de estado. La consecuencia de la manifestación negativa del impulso de libertad es la fractura de la relación en la que se desenvuelve.

La justificación reforzada es lograda, si se da el caso, no sólo por la utilización de algún mecanismo de ajuste (justificación primaria), sino, sobre todo, por la actualización del impulso de libertad en sentido positivo, conseguida a través de la crítica

valorativa de ideas, actos, órdenes o normas, así como, en el caso de la dominación política, de la "participación" en la dirección de la vida colectiva (al menos en los regímenes democráticos) y de la consecución de fines socialmente valiosos. En este caso, la estructura relacional permanece intacta.

Creemos necesario señalar que el solo cuestionamiento de actos, órdenes y normas no hace que se logre el reforzamiento de la justificación primaria, sino que, además, es imprescindible que una vez realizada la crítica se concluya (racionalmente) que es deber obedecer dichas órdenes, mandatos o normas por considerar que las mismas encarnan los fines y valores de más alto rango para el sujeto o sujetos que obedecen. Esta idea debe tener la fuerza suficiente para convertirse en convicción y posteriormente en creencia. Es hasta este entonces cuando podremos darle, a la justificación reforzada, el término "legitimidad".

Para entender lo anterior, debemos de tomar en cuenta que el verbo justificar puede significar, en este contexto, dos cosas:

1.- La actuación de mecanismos instintivos (de ajuste o de defensa) con los cuales se consigue establecer una o varias razones (de cualquier tipo) que sustentan la acción u omisión de una determinada conducta, reduciendo, en cierto grado, la tensión o angustia que provoca el hacer u omitir dicha conducta.

2.- Anteponer razones de contenido ético o axiológico a la

realización o no realización de una conducta determinada. En este sentido, justificar significa hacer justo algo (al menos de manera relativa).

La legitimidad es el resultado de justificaciones del segundo tipo. Jürgen Habermas concuerda con esto al señalar que en el ámbito estatal "Legitimidad significa que hay buenos argumentos para que un ordenamiento político sea reconocido como justo y equitativo..."³⁷

La legitimidad puede presentarse en cualquier relación mando-obediencia o dominación-sumisión y en ámbitos diversos (familiar, laboral, conyugal, social, político, etc.), pero nunca debemos olvidar que la misma deriva del impulso de libertad (manifestado positivamente) que se expresa a través de ella.

El dejar perfectamente especificados los tres elementos constitutivos de estas relaciones, permitirá la correcta calificación de legítima o ilegítima que se dé a una dominación. En el caso de la dominación política (poder político), los elementos constitutivos son: a) los gobernantes, b) los gobernados y c) el ámbito político-estatal.

Además, la legitimidad debe verificarse siempre (esto es lo esencial en la hipótesis que se plantea en este trabajo) por conducto

³⁷ HABERMAS, Jürgen, "Problemi di legittimazione nello Stato moderno", citado por Michelangelo Bovero, "Lugares Clásicos y Perspectivas Contemporáneas Sobre Política y Poder", en Origen y Fundamentos del Poder Político, tr. de José Fernández Santillán, Ed. Orijalbo, México, 1985 p. 62.

de la obediencia libre, espontánea y racional de la mayoría de los gobernados. Es importante recalcar que la presencia de este tipo de obediencia (en todo caso generalizada) representa el elemento empirico indispensable no para la obtención de la legitimidad de un poder, sino, únicamente, para probar su existencia. La afirmación de que un poder se legitima por el hecho de ser de esta manera obedecido es a todas luces incorrecta. Se deben constatar, para ello, la adecuación de los cuadros axiológico-teleológicos de los gobernantes con respecto a los de los gobernados, la creencia racional de que es un deber obedecer los mandatos del poder (esta se deriva de la propia adecuación de cuadros) y el consenso que se obtenga en relación a los dos primeros.

En el ámbito político-estatal, la legitimidad se actualiza, únicamente, cuando la creencia (que implica un deber de obediencia genérica) fundada en la identificación de los cuadros axiológico y teleológico de los gobernantes con respecto al de los gobernados, se manifieste por la mayoría de éstos últimos a través del consenso, ya que, como lo hemos dicho, el sujeto pasivo de esta particular relación lo conforma el término genérico "gobernados". "Sólo -esta- justificación... hace del poder de mandar un derecho y de la obediencia un deber, es decir transforma una relación de mera fuerza -física o psíquica- en una relación jurídica."³⁸

El logro de legitimidad hace que cualquier poder (dominación) se

³⁸ Cfr., BOBBIO, Norberto, "El Poder y el Derecho", en Origen y Fundamentos del Poder Político, op. cit., p. 18.

convierta, hasta ese entonces y no antes, en autoridad.

En este sentido se expresa Pierre Legendre al sostener que la autoridad es una especie de poder fundada en un sistema de creencias compartidas.³⁹

A partir de este momento podemos hablar de dos tipos de dominación: La dominación pura o no legítima y la dominación legítima o autoridad. Mientras la primera mantiene una sumisión derivada fundamentalmente del temor⁴⁰ a una sanción o a una coacción, la segunda obtiene obediencia por virtud del impulso de libertad de los propios sometidos y de la correspondiente adecuación de cuadros axiológico-teleológicos.

Resultan muy significativas las siguientes palabras de Paul Claval: "los que viven bajo la dominación de un déspota no tienen ningún interés personal en obedecer las órdenes que les son intimadas, ni en respetar las prohibiciones que vienen a limitar su libertad."⁴¹

No debemos olvidar que como las órdenes, los mandatos o las normas expresan deberes y por lo mismo limitaciones al comportamiento

³⁹ Cfr. PIERRE LEGENDRE, "Jovir du pouvoir", citado por GILBERTO GIMÉNEZ, op. cit., p. 14.

⁴⁰ Cfr., GILBERTO GIMÉNEZ, Ibidem, p. 18.

⁴¹ CLAVAL, Paul, "Espace et pouvoir", citado por GILBERTO GIMÉNEZ, op. cit., pp. 13 y 14.

(aún atenuadas), la legitimidad seguirá teniendo una naturaleza justificante.

El ejercicio de la autoridad, una vez conformada ésta, se actualizará, tanto en el derecho de mando o derecho a obtener obediencia como en el derecho a ejecutar uno o varios actos específicos (legislar, conceder, adjudicar, castigar, etc.).⁴²

Lo dicho hasta aquí respecto de la transformación del poder (dominación) en autoridad, es aplicable también al Derecho. Por lo mismo, podemos decir que un orden jurídico debe, al igual que el poder, ser legitimado.

Por otro lado, aún cuando el derecho pueda, a través de una disposición normativa, conceder autoridad, ésta seguirá teniendo como único fundamento una creencia legitimante.

Además de la autoridad del poder o del derecho existe otro tipo de autoridad, al que se hace referencia cuando se dice, por ejemplo, que tal o cual científico goza de gran autoridad en determinada materia, o cuando se hace ver la autoridad que puede tener cierto libro. Este tipo de autoridad, al que podríamos llamarle material, se desarrolla en el campo de las manifestaciones enunciativas y constituye un estado intermedio entre el rango categórico de las cualidades o propiedades (valor, belleza, fuerza, etc.) y el de

⁴² *Idr., RAZ, Joseph, op. cit., p. 26.*

las relaciones. Esta autoridad puede llegar a conformar, en muchos casos, la base de la autoridad de una dominación (dominación carismática).

5. OBEDIENCIA. -

La adecuación de una conducta a cualquier disposición normativa puede darse por:

- 1).- La adecuación involuntaria de una conducta a un deber;
- 2).- El hábito;
- 3).- El cumplimiento de un deber (obediencia);
- 4).- La aplicación de una norma jurídica a un caso concreto (en ocasiones puede equipararse a la obediencia⁴³), y
- 5).- El ejercicio de un derecho, tratándose de normas jurídicas (actualización⁴⁴).

En este punto sólo nos avocaremos al estudio de la obediencia.

La obediencia también tiene orígenes diversos, entre ellos se encuentran:

- a).- La costumbre;
- b).- La internalización de normas (fundamentalmente morales);
- c).- El temor a una sanción o a una coacción; y
- d).- La adecuación de los cuadros axiológicos y teleológicos de los gobernantes con respecto a los de cada uno de los gobernados y la materialización de dichos cuadros en el orden jurídico creado y en los actos de los propios

⁴³ Cfr., BONIFAZ ALFONZO, Leticia, "EL PROBLEMA DE LA EFICACIA EN EL DERECHO", 1a edición, Ed. Porrúa, S. A., México, 1969. pp. 85 y 86.

⁴⁴ Cfr., Ibidem, p. 85.

gobernantes.

Algunos autores incluyen como causas de la obediencia el temor a la anarquía⁴⁵ y el deseo de paz⁴⁶, nosotros consideramos que éstas se reducen al temor del daño que pueda causar una sociedad sin límites al ejercicio irrestricto de la fuerza, es decir, en última instancia, al temor de una coacción exterior, situación que ya hemos considerado en el inciso c) anterior. La obediencia derivada de los motivos mencionados en los incisos a), b) y c) se caracteriza por no ser libre. La obediencia derivada del motivo citado en el inciso d), en cambio, se caracteriza por ser libre, espontánea y racional.

Para que la obediencia se presente es necesario que exista primeramente un deber y posteriormente que este deber sea cumplido de manera voluntaria.

El cumplimiento voluntario al que nos referimos no implica que se quiera, por el destinatario de la norma, el contenido material de la misma, ni tampoco que se valore dicho contenido (excepto en la obediencia derivada de la adecuación axiológico-teleológica citada). Esta voluntad se contrapone al cumplimiento de un deber de manera no voluntaria o involuntaria, causada por una fuerza exterior

⁴⁵ Cfr. CATTANEO, Mario A. "EL CONCEPTO DE REVOLUCION", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1960. p. 143.

⁴⁶ Cfr., BODENHEIMER, Edgar, "TEORIA DEL DERECHO", op. cit., p. 247.

irresistible.

Por otro lado, también se requiere, para que se actualice el fenómeno de la obediencia, que se presente el nexo de causalidad al que nos referimos cuando estudiamos la naturaleza de las relaciones de dominación-sumisión.

Así tenemos, por ejemplo, que si una determinada persona, o una norma, emiten un deber de hacer u omitir alguna conducta (x), y otra persona o personas (z) hace o deja de hacer la citada conducta (x), podemos suponer dos situaciones:

- a).- Que (z) realizó u omitió (x) de manera involuntaria; y
- b).- Que (z) realizó u omitió (x) de manera voluntaria.

En el primer caso, la conducta realizada no entró en relación directa con el deber emitido, no obstante la adecuación de la acción u omisión con dicho deber, por ello no podemos considerar a (x), realizada u omitida por (z), como efecto derivado de la disposición normativa (deber), ni que se haya actualizado, por tanto, el fenómeno de la obediencia. En el segundo caso, (x) fue el efecto directo del deber emitido, actualizándose, consecuentemente, la relación mando-obediencia.

Debemos de tomar en cuenta, que en la relación que nos ocupa (gobernantes, gobernados y ámbito político-estatal) se expresan dos grupos diferentes de deberes: El primero está integrado por los deberes genéricos de obediencia al Derecho y al poder; el segundo, en

cambio, se encuentra formado por una gran cantidad de deberes específicos, derivados de órdenes, mandatos y disposiciones normativas perfectamente determinados.

La legitimidad está íntimamente relacionada con esos deberes genéricos de obediencia, de ahí que sólo podamos hacer la calificación de legítimo o ilegítimo respecto de un sistema jurídico o de un poder político, y no en relación a órdenes, mandatos, normas o leyes determinados. Lo anterior no implica que no podamos considerar a uno o varios (no a la mayoría) de los deberes específicos como injustos.

Esto significa que puede haber normas injustas dentro de un orden jurídico considerado legítimo. La legitimidad se perderá si la cantidad de normas injustas o las consecuencias de la injusticia de alguna o algunas normas, desde el punto de vista de la mayoría de los gobernados, llega a un grado tal que contradice la creencia legitimante. En este caso, los deberes genéricos de obediencia se fracturan.

CAPITULO SEGUNDO

LEGITIMIDAD

ADVERTENCIA

Antes de iniciar el desarrollo de este capítulo queremos dejar en claro que lo que se pretende en él es, fundamentalmente, explicar el fenómeno de la legitimidad del poder político y del sistema jurídico, y no establecer su concepto. Parte de esta explicación la hemos hecho ya en el capítulo anterior, por lo que en éste sólo intentaremos ampliarla. Para llevar a cabo este objetivo tomaremos en cuenta los elementos que aportan las principales posturas filosóficas del derecho (iusnaturalismo, realismo sociológico y formalismo), así como los estudios de sociología de Max Weber.

El porqué de tomar como base dichas posturas filosóficas no implica una razón arbitraria, sino que se debe a que ellas constituyen, en la actualidad, los más importantes marcos teóricos para justificar (legitimar) la obediencia o, en su caso, desobediencia a un determinado orden jurídico positivo. Además, el derecho, una vez legitimado, conforma el principal aparato político-ideológico del cual se vale el Estado moderno para justificar su dominación.

Los estudios de sociología de Max Weber, por su parte, nos permiten conocer una postura avalorativa sobre la legitimidad y, a través de ella, el fenómeno que actualmente se vive en los Estados

de régimen democrático: la fusión de legitimidad y legalidad. Este fenómeno es la causa principal de la denominada "crisis de legitimidad".

Nosotros sabemos que cuando un poder se legitima, el derecho positivo creado por él se acepta y observa de manera inmediata e, incluso, por un período que puede tornarse más o menos amplio, pero como la posibilidad de deslegitimidad ("crisis de legitimidad") sólo puede tener origen en el hecho de que, durante su ejercicio, la autoridad (dominación legítima) no actualice los fines y valores que motivaron la creencia legitimante o atente contra ellos, es imprescindible legitimar también, y de manera concreta, al orden jurídico emanado de aquélla. Dicho de otra forma, no sólo la posesión del poder debe ser legitimada, sino también su ejercicio manifestado a través de un derecho positivo.

Sergio Cotta afirma: "Justificar el poder significa demostrar no sólo el bien fundado de su origen, sino también el bien fundado de su ejercicio efectivo que se hace de él en la duración"¹, por eso, continúa diciendo este autor, "...para que un poder esté plenamente fundamentado, es necesario que las dos justificaciones coincidan"²

Por otro lado, se ha afirmado que "...cuando se legitima un

¹ COTTA, Sergio, "La Legitimidad: ¿Un Espejismo?", Traducción del francés de Mario Zamudio, Revista Diógenes, No. 134, Coordinación de Humanidades, UNAM, 1988, p. 98.

² Ibidem, p. 98.

orden jurídico, también se está legitimando el poder que lo ampara..."³. Esta cuestión puede ser abordada de manera inversa, es decir, estudiando primero la justificación de la instancia política que crea derecho y, después, la justificación de este último como su consecuencia inmediata.

De cualquier modo, la aserción de que un poder se legitima cuando se ha legitimado el orden jurídico que de él emana será siempre correcta, no así la afirmación inversa.

Por lo que se refiere a las teorías filosófico-jurídicas (iusnaturalismo, realismo sociológico y formalismo), nuestro análisis se enfocará, principalmente, a la manera en que dichas teorías explican el problema de la legitimidad y, de un modo secundario, a la forma en que estudian el problema de la validez del derecho. Esto lo hacemos con el único fin de tomar de ellas los elementos que nos permitan reforzar las ideas que sobre la legitimidad expusimos en el capítulo anterior, por lo que creemos pertinente hacer algunas consideraciones previas:

I.- Como en todas estas teorías se busca, fundamentalmente, dar solución al problema de la validez del derecho, el concepto legitimidad puede verse ligado, de distintas formas, al concepto validez. Esta relación conceptual se puede manifestar tomando como base los siguientes criterios:

³ SANCHEZ AZCONA, Jorge, 'Normalidad Social', op. cit., p. 82.

a) La identificación de validez y legitimidad, y

b) La no identificación de validez y legitimidad.

La no identificación se puede expresar, a su vez, de tres diferentes formas:

b1) Sosteniendo que la validez de un orden jurídico constituye el fundamento de su legitimidad;

b2) Afirmando que los elementos que sirven para decir que un orden jurídico es válido son necesarios pero no suficientes para calificar al mismo ordenamiento de legítimo, y

b3) Argumentando que alguno o algunos de los elementos necesarios para la validez de un orden jurídico positivo, son suficientes para calificarlo de legítimo.

Nosotros consideramos que el criterio a) es teórica y prácticamente insostenible, por lo que sólo fue mencionado como posibilidad discursiva; la forma b1) del criterio b) es propia del formalismo; la forma b2) del criterio b) es expresada por el iusnaturalismo; la forma b3) del criterio b) es característica del realismo sociológico; finalmente, nuestra explicación sobre la legitimidad se encuentra basada, al igual que el iusnaturalismo, en la forma b2) del criterio b) de la relación conceptual. En nuestro caso, la elección de dicha forma se debe a las siguientes

razones:

1.- Creemos que los conceptos validez y legitimidad no son, en ningún caso, identificables, ya que respecto del primero aceptamos la postura formalista y respecto del segundo nos inclinamos (no totalmente) por el iusnaturalismo.

2.- Si nos orientáramos por el primer criterio (criterio "a"), el estudio de la legitimidad de un ordenamiento jurídico positivo se transformaría en un estudio sobre su validez, dejando sin sentido la utilización del término "legitimidad", así como el análisis que pudieramos hacer sobre lo que creemos que dicho término significa.

II.- El concepto validez suele entenderse de dos modos distintos:

1.- Como la simple verificación de ciertos hechos, o

2.- Como la representación de un valor (entidad valiosa).

Estos dos modos de entender al concepto validez, al combinarse, provocan la idea errónea de que un orden jurídico positivo es valioso, es decir, representa algún valor, por el sólo hecho de que se cumplan ciertos requisitos o se actualicen determinados actos. Por ello, cuando hablemos de validez debemos especificar a que tipo de validez nos estamos refiriendo: formal, real o iusnatural.

III. - El concepto legitimidad tiene un significado totalmente emotivo.

IV. - La validez de un ordenamiento jurídico positivo siempre será previa a su legitimidad.

Una vez hechas estas aclaraciones, comencemos con el análisis de la explicación iusnaturalista de la legitimidad.

1. EXPLICACION IUSNATURALISTA

1.1 SOBRE EL IUSNATURALISMO

Las teorías iusnaturalistas modernas suelen dividirse en dos grandes corrientes : Una, de carácter monista, que afirma que sólo existe un derecho, a saber, el derecho natural, y otra, de esencia dualista, que sostiene que junto al derecho natural existe otro derecho, el denominado positivo. Nuestro estudio perdería sentido si admitiéramos el monismo de las tesis de la primera corriente, por tal razón debemos afirmar, a priori, que toda explicación iusnaturalista que se dé al problema de la legitimidad tiene que partir forzosamente de la existencia de los dos órdenes jurídico-normativos (derecho natural y derecho positivo). Tenemos que aclarar, para evitar posibles confusiones, que en este caso hablamos de existencia y no de validez (esta última obviamente iusnaturalista).

El iusnaturalismo, en el sentido antes mencionado, parte de los siguientes supuestos:

a) La existencia de un derecho derivado de la naturaleza (derecho natural) al lado de un derecho creado por los hombres (derecho positivo);

b) La validez intrínseca del derecho natural;

c) La relación del derecho natural con ciertos valores (justicia, bien común, igualdad, libertad, orden y seguridad), y

d) La necesidad del derecho positivo de fundarse en el derecho natural para lograr su validez (no su existencia).

Sobre el concepto y contenido del derecho natural o del significado de la voz "naturaleza" se han expuesto varias tesis a lo largo de la historia, las cuales pueden ser clasificadas como sigue:

1.- Las que identifican al derecho natural con las prescripciones emanadas de la voluntad divina.

2.- Las que ven al derecho natural como una serie de principios derivados de la racionalidad (después voluntad) del ser humano.

3.- Las que hacen coincidir el contenido del derecho natural con algún valor (fundamentalmente la justicia).

En estas últimas, la justicia es tomada como una justicia absoluta manifestada por principios evidentes, eternos e inmutables.

1.2 LAS DOCTRINAS DE LA MONARQUÍA DE DERECHO DIVINO, DE LA SOBERANÍA POPULAR Y DEL RECONOCIMIENTO

Las ideas de la voluntad y racionalidad sustentadas por las primeras dos clases de tesis que explican el contenido del derecho natural o el significado de la voz "naturaleza", citadas en la parte final del punto anterior, constituyen la base de dos posturas antagónicas sobre la legitimidad del poder político:

- a) La doctrina de la monarquía de derecho divino, y
- b) La doctrina de la soberanía popular.⁴

Estas doctrinas políticas fueron elaboradas a partir de conceptos tomados del derecho romano -Corpus Iuris Civilis- y de la jurisprudencia medieval.⁵

La doctrina de la monarquía de derecho divino, fundada no sólo en la tradición jurídico romana, sino también en las tesis derivadas de la moral estoica (racionalidad del derecho e igualdad

⁴ Cfr., BISCARETTI, "Diritto costituzionale", citado por Mario A. Galtano, "El concepto de revolución en la ciencia del derecho", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1908, p. 130.

⁵ Cfr., TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, "La ciencia del derecho y la formación del ideal político", op. cit., pp. 30 y 31.

jurídica)⁶, estableció y propagó la idea de que todo poder, incluyendo el político, provenía de Dios y éste lo concedía directamente al monarca.⁷ "El monarca es el contacto con el Poder Supremo que gobierna el universo."⁸

Esta doctrina fue expuesta, fundamentalmente, por los ideólogos políticos del cristianismo para justificar, como lo hemos dicho, tanto la dominación civil como la dominación eclesiástica. Pero no sólo fue justificada la dominación, sino también el derecho surgido de ella. Un gobernante era legítimo, al igual que sus mandatos, si Dios le había conferido el título de monarca (tesis descendente del poder). Dios legislaba a través del rey. Santo Tomás de Aquino escribe: "Non est enim potestas, nisi a Deo" (Epístola a los Romanos, XIII, 1).⁹

"Dios resulta así el origen de la sociedad civil y de la política, por cuanto es creador de todas las cosas, y entre ellas la naturaleza humana, con sus impulsos sociales, pero es también, por sus ordenaciones y leyes, piedra de toque de la legitimidad del poder político."¹⁰

⁶ Cfr., *Ibidem*, p. 18.

⁷ Cfr., *Ibid.*, p. 30.

⁸ *Ibid.*, p. 22.

⁹ Cfr., GONZALEZ URIBE, Hector, "La justificación del Estado", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Tomo XI, No. 41, enero-marzo, México, 1949, p. 30.

¹⁰ *Ibidem*, p. 30.

Debemos de tomar en cuenta que en el cristianismo, como en la mayoría de las religiones, la figura de Dios es identificada con el Supremo Ser, con el Supremo Bien y con el Supremo Valor. Como Supremo Bien, Dios busca la salvación del hombre a través de su transformación en un ser bondadoso. "Las creaturas son buenas en cuanto participan del ser; el fin propio de cada cosa constituye su bien propio; el fin supremo del hombre es asemejarse a Dios (Summun Bonum).¹¹ El hombre, por su parte, cumple con esa finalidad suministrando bondad a todos sus actos. Como Supremo Valor, Dios simboliza el principio y el fin de todos los valores, terrenos o divinos. El antivalue resulta ser, entonces, carencia de Dios, es decir, carencia de valor.¹²

Por otro lado, la idea muy difundida de que Dios califica de buenas o malas las acciones humanas, en la medida en que se acerquen o aparten de sus mandatos, provoca un sometimiento incuestionable a sus determinaciones. Podemos concluir diciendo que de acuerdo con esta doctrina si un gobernante ostenta el poder por la gracia de Dios, su legitimidad y la legitimidad de sus ordenaciones no pueden discutirse.

Si analizamos correctamente estas ideas, nos daremos cuenta que la base de la creencia legitimante que en ellas se plantea, no radica en el simple otorgamiento por Dios del título de monarca.

¹¹ RUIZ DAZA, Manuel, "Los valores jurídicos en la metafísica del valor", Tesis Doctoral, México, 1967. p. 18.

¹² Cfr., *ibidem*, p. 18.

sino, en última instancia, en el bien del que participan los súbditos al obedecer los mandatos de Dios; un bien general que está detrás de la designación y que se presume estará presente en todos y cada uno de los actos del gobernante instituido.

El mismo Santo Tomás de Aquino sostenía, según el maestro González Uribe, que aunque el poder político emanara inmediatamente de la naturaleza y mediatamente de Dios, sólo podía legitimarse en cuanto se ordenara al bien común temporal, que constituía la representación terrena del orden eterno (Sum. Theol. II-II, 9.62).¹³ Como se puede apreciar, en las ideas del Aquinatense existe una clara subordinación del origen (Dios) al valor o fin (bien común).

Además, en el pensamiento de Tomás de Aquino, la ausencia del bien común como fundamento de legitimidad implica, ineludiblemente, la existencia de una dominación injusta. Este Teólogo afirma: "Hay que decir que el régimen tiránico no es justo, por que no se ordena al bien común sino al bien privado del gobernante, como enseña el filósofo." (Sum. Theol., II-II, 9.62).¹⁴

Por otra parte, resulta bastante significativa e interesante

¹³ Cfr., GONZALEZ URIBE, Hector, "La justificación del Estado", loc. cit., p. 88.

¹⁴ Ibidem, p. 87.

la cita que González Uribe¹⁵ hace del Proverbio VIII. 15-16, del Antiguo Testamento, como antecedente de la ideología cristiana. Rezan así los versículos anotados: "Por mí reinan los reyes y decretan los legisladores leyes justas. Por mí los príncipes mandan y los jueces administran justicia."

Como hemos podido observar, la referencia a ciertos valores (o fines) como fundamento de legitimidad resulta esencial para la doctrina estudiada. Al igual que en ella, el elemento axiológico se convertirá en una constante en todas las teorías iusnaturalistas posteriores.

De la doctrina de la monarquía de derecho divino surge como su contraria la doctrina de la soberanía popular. Esta derivación se expresa claramente en la ideas del teólogo Aquinatense (Sum. Theol., Ia IIae., Q. 90 ad tertium), quien "...aunque establece con toda firmeza que el poder político viene de Dios, no cree que el mismo resida en un individuo o en una colectividad determinada, sino en el todo social. Es -dice este autor- a la comunidad entera a la que le corresponde legislar, buscando, de esta manera, el bien común. Ella es, por derecho divino natural, el titular del poder público, pero puede otorgar su representación en una persona individual o colectiva..."¹⁶

¹⁵ Cfr., *Ibid.*, p. 81.

¹⁶ *Ibid.*, p. 87.

Con la doctrina de la soberanía popular, la idea del origen divino del poder pierde fuerza. El pueblo es, ahora, el poseedor originario del poder soberano, quien lo delega sin perderlo al gobernante (Tesis ascendente). "La potestad política, en concreto, y la obediencia que le es debida, tienen su fundamento en el acuerdo de la sociedad civil, y no procede inmediatamente de Dios. Conforme a esto, no se consideraba legítimo otro poder que no fuera el emanado del consentimiento tácito o expreso de la sociedad, en quien originariamente radica la potestad suprema, y la cual pudo elegir a su arbitrio la forma política con que quería gobernarse."¹⁷

Aún después de la delegación del poder, el pueblo conserva sus facultades de autolimitación y autodeterminación, y el derecho de legitimar o deslegitimar el ejercicio del poder delegado. "El gobierno es responsable ante el populus; aún cuando el populus transmite al princeps la potestad legislativa, está ahí para controlar su ejercicio... En la Roma republicana la garantía más eficaz de los derechos del individuo estaba constituida, en última instancia, por la garantía dada por el mismo populus de que protegería esos derechos."¹⁸

Según la doctrina en comento, el pueblo actualiza su soberanía de manera reiterada por conducto de ciertos procesos

¹⁷ HINOJOSA, citado por Hector González Uribe, op. cit., p. 40.

¹⁸ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, "La ciencia del derecho y la formación del ideal político", op. cit., pp. 86 y 107.

(plebiscito y referéndum) que implican el reconocimiento de los actos (legislativos) del gobernante. De esta manera, la soberanía popular se convierte en el fundamento de la legitimidad del poder y del derecho.

La doctrina de la soberanía popular fue elaborada y desarrollada por pensadores como Marsilio de Pádua y Bártolo de Sassoferrato. La explicación que de ella hizo este último, por ejemplo, se convirtió en su época "...en la descripción vigente de la autoridades, de la legitimación y del gobierno de la *civitas*." ¹⁹

Bártolo de Sassoferrato consideraba a la costumbre como la prueba fundamental del poder jurídico del pueblo.²⁰ Lo que da el carácter jurídico a la costumbre, decía, no es la simple reiteración de hechos, sino el consentimiento del "populus".²¹

Bártolo de Sassoferrato, versado en derecho romano, traslada la doctrina del contrato y de la manifestación de la voluntad, del *Corpus Iuris Civilis* al terreno político.²² Con Bártolo, el consentimiento, principal elemento de los contratos, logra trascender el esquema jurídico del derecho romano para convertirse en el moderno consenso de las nuevas teorías políticas.

¹⁹ *Ibidem*, p. 113.

²⁰ *Cfr.*, *Ibid.*, p. 113.

²¹ *Cfr.*, *Ibid.*, p. 113.

²² *Cfr.*, *Ibid.*, pp. 113 y 114.

Los principios de derecho romano sobre la manifestación de una voluntad libre y ausente de vicios (error, dolo, coacción, etc.), incluidos en la Teoría General de los Contratos, pasan casi completamente al terreno de la ideología política para constituir la base fundamental de la doctrina de la soberanía popular.

En el ámbito relacional gobernantes-gobernados, la actualización del deber de obediencia por parte de los segundos requiere, ahora, del cumplimiento de los requisitos propios de los convenios, es decir, de la expresión de una voluntad libre, espontánea y racional.

Pero esta voluntad no es la voluntad de un solo hombre, sino la voluntad de todos (al menos de la mayoría) los que, como hemos dicho, conforma la clase social de los gobernados (voluntad general). "La libre expresión de la voluntad (con todos los condicionamientos que se quieran, es el valor, y el hecho, que subyace -supuesta la vida- a la soberanía popular y al criterio de las mayorías. O en términos en modo alguno tautológicos: la libre expresión de la voluntad es el hecho, y el valor, que subyace a la libre expresión de la voluntad colectiva en que consiste la soberanía popular..."²³. Además, la voluntad general sólo puede manifestarse si ha existido un previo consenso; un consenso que involucra a todas y a cada una de las voluntades particulares. La forma jurídica que le da vida a este acuerdo de voluntades es el

²³ DIAZ, Elías, "Legitimidad Democrática Versus Legitimidad Positivista y Legitimidad iusnaturalista", Anuario de Derecho Humanos, No. 1, enero, Madrid, 1981.

contrato.

"La soberanía popular no se entiende a su vez en modo alguno si no se le hace derivar de valores básicos, inviolables por coherencia interna del sistema, como es fundamentalmente el valor de la libertad."²⁴ Elías Díaz dice: "...la soberanía popular 'por definición' sólo lo es cuando es producida por la libertad de todos, empezando como mínimo por la libertad crítica de expresión en consultas y comicios."²⁵ Como se ve, el valor libertad adquiere un papel fundamental en esta doctrina.

"A la doctrina de la soberanía popular, se enlaza, constituyendo uno de sus desarrollos, una teoría moderna que funda la validez -de un ordenamiento jurídico-, sobre el reconocimiento de los asociados."²⁶

"Este paso se observa en las concepciones de dos autores modernos, concepciones que pueden decirse intermedias: la de Lamp'l²⁷, para el cual afirmar que el reconocimiento de los asociados es el fundamento de la juridicidad de las normas dispuestas por el poder... significa estar convencidos de la

²⁴ *Ibidem*, p. 70.

²⁵ *Ibid.*, p. 64.

²⁶ CATTANEO, Mario A., "El concepto de revolución en la ciencia del derecho", *op. cit.*, p. 137.

²⁷ V. LAMP'L, "Das Recht der deutschen Revolution", citado por Mario A. Cattaneo, *op. cit.*, p. 138.

validez de la doctrina de la soberanía popular; y la de Groppali²⁸, quien afirma que la legitimidad de un ordenamiento no se funda sobre la mera existencia, sino sobre la conciencia pública, sobre el consentimiento popular en cuanto el pueblo es el depositario de la soberanía y la ejerce a través de los medios característicos del referéndum, del plebiscito y de las elecciones.²⁹

La teoría del reconocimiento parte de la idea de que la legitimidad de un ordenamiento jurídico depende del consentimiento que obtenga. Bierling, principal expositor de esta teoría, sostiene que lo que diferencia a una norma jurídica de otro tipo de normas es el reconocimiento que se le da desde el interior de una comunidad de hombres. "...la norma penetra en el espíritu humano, toma posesión de él, produciendo una sensación de obligación; esto origina un habitual, durable respeto por la norma..."³⁰ Este reconocimiento, sigue diciendo Bierling, se califica de jurídico, aún cuando no sea libre ni espontáneo, por lo tanto debe incluirse en éste el reconocimiento que se obtenga de manera forzosa.³¹

"El reconocimiento puede también no ser directo e inmediato; así es, por ejemplo, el que se da a las normas establecidas de

²⁸ GROPPALI, "Il principio di effettività", citado por Mario A. Cattaneo, op. cit., p. 198.

²⁹ CATTANEO, Mario A., op. cit. p. 198.

³⁰ BIERLING, "Juristische Prinzipienlehre", citado por Mario A. Cattaneo, op. cit., p. 199.

³¹ BIERLING, citado por Mario A. Cattaneo, loc. cit., p. 199.

conformidad con la Constitución, que está implícito en el reconocimiento otorgado a la propia Constitución."³²

En los párrafos anteriores nos hemos podido percatar que esta teoría, la del reconocimiento, llega al extremo de confundir los actos de reconocer y consentir. Este problema se asemeja al que se presenta entre los fenómenos de la eficacia y la legitimidad. Tanto el reconocimiento como la eficacia son consecuencias o efectos derivados de una concatenación de elementos durante cierto proceso; en cambio, el consentimiento y, en su caso, la legitimidad, conforman algunos de los elementos esenciales de dicho proceso. El consentimiento es uno, pero no el único, fundamento del reconocimiento. Con esta afirmación nos adecuamos al argumento sostenido anteriormente de que la teoría del reconocimiento tiene su antecedente en la doctrina de la soberanía popular y, al mismo tiempo, evitamos la confusión citada que podría llevar a una incorrecta supervaloración del fenómeno del reconocimiento.

En conclusión, de las doctrinas analizadas podemos derivar los siguientes elementos:

- a) La yuxtaposición deliberada de los conceptos razón y voluntad;
- b) El divorcio (aparente) entre el origen del poder y el valor que lo fundamenta (razón última);

³²BIERLING, citado por Mario A. Cattaneo, op. cit., p. 139.

c) La constante axiológica expresada por conducto del valor libertad (este elemento se encuentra fuertemente influenciado por factores históricos), y

d) La necesidad del consenso popular como forma de creación y expresión de la voluntad general.

Expliquemos brevemente estos puntos:

Tanto en las teorías cristianas del derecho divino, como en las teorías iusnaturalistas de la soberanía popular, se utilizaron casi indistintamente los conceptos voluntad y razón. La primera se consideró como la viva expresión de la segunda. Esto lo encontramos claramente en las ideas de Santo Tomás de Aquino, para quien la voluntad siempre se encuentra subordinada al entendimiento. Dice este autor: "...la voluntad persigue el bien, pero iluminada por la inteligencia; la inteligencia ve, la voluntad mueve entonces hacia el bien."³³

La razón consistía en el proceso, en la vía por la cual se podía llegar a conocer algo y, a partir de ese conocimiento, poder decir lo que ese algo era o, por otro lado, lo que ese algo debía ser. Con ello, la razón se convierte en el único medio para conocer el deber ser de algo. La voluntad, en cambio, designaba un querer, un querer subjetivo, una aplicación tendiente a conseguir determinado fin, independientemente del valor de su

³³ Citado por Ruiz Daza, op. cit., p. 10.

contenido.

Al apoyar ese querer en un proceso racional se le reviste de una importancia tal que provoca inmediatamente la exclusión de toda opinión contraria, calificada, consecuentemente, de irracional. Con esto la razón adquiere una fuerte carga emotiva.

La razón así valorada (supravalorada), al igual que el bien común, se transforman, entonces, en los principios justificadores de la voluntad (divina o humana) y en los "verdaderos" fundamentos de la legitimidad del poder. Sin embargo, al verificarse la justificación de la voluntad, ésta es tomada como nuevo fundamento (fundamento inmediato) de legitimidad. La razón y el bien común, sin dejar de existir, pierden importancia, actualizándose el divorcio -en todo caso aparente- entre el origen y el valor (razón última).

La ideología basada en el principio justificador razón-voluntad divina, conformó la creencia que legitimaría a las primeras monarquías de la edad media. La transpolación de la voluntad divina a la voluntad humana (por supuesto con el sustento racional), en cambio, sirvió para justificar a los modernos regímenes políticos, incluyendo a los absolutistas. Esta transpolación tuvo como fundamento teórico las explicaciones dadas por el denominado iusnaturalismo racionalista. En ellas se consagran nuevos principios acerca del derecho natural, sobre todo el de considerar a la razón como principal característica de la

naturaleza humana y, por lo tanto, como el único fundamento de este derecho.

Eliás Díaz señala: "En el nuevo clima de incipiente racionalismo (siglos XVI y XVII), de afirmación de la autonomía e independencia de la razón humana frente a la razón teológica se piensa que la base y el fundamento de ese derecho natural no puede ser ya, decimos, la ley eterna, sino la misma naturaleza racional del hombre, que corresponde y pertenece por igual a todo el género humano: la razón, se dice, es lo común a todo hombre. Sobre ella se puede constituir un auténtico derecho natural."³⁴

Por otro lado, el obsolutismo propagó como principio de razón la idea de que quien era capaz de obtener poder tenía, también, el derecho de ejercerlo. El despotismo generado por esta concepción trajo consigo la fuerte reacción ideológica de una clase social en evidente ascenso: la burguesía. Esta clase tomó como bandera de lucha, entre otros, los valores de la libertad, la justicia y la igualdad; y el primado, fundamental para esa época, de la racionalidad humana.

La influencia, sobre todo económica, que alcanzó la burguesía hizo que se colocara, poco a poco, en la cúspide del poder político y se formularan a partir de ese momento nuevos principios justificadores. Las encargadas de esta justificación fueron las

³⁴ DIAZ, Eliás, "Sociología y Filosofía del Derecho", citado por Eusebio Fernández, "Teoría de la Justicia y Derechos Humanos", Ed. Debate, Madrid, 1984. p. 142.

teorías del derecho natural racionalista (que ya hemos explicado brevemente), del contrato social y de los derechos naturales del hombre, mismas que tuvieron como antecedente la doctrina de la soberanía popular.

Por otra parte, es en estas tres teorías, pero fundamentalmente en la contractualista (antecedente del constitucionalismo moderno), donde encontramos el origen de la asimilación del principio de legitimidad en el principio de legalidad, por eso es importante que reparemos en algunos puntos de ellas.

1.3 LAS TEORIAS CONTRACTUALISTAS

En este tema seguiremos la exposición que de él hacen Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero.³⁵

Según el primero, el modelo iusnaturalista expresado en las teorías del Contrato Social se encuentra "...construido sobre la gran dicotomía 'estado (o sociedad) de naturaleza-estado (o sociedad) civil'".³⁶ Dicho modelo tiene como elementos característicos los siguientes:

³⁵ BOBBIO, Norberto, "El modelo iusnaturalista", y BOVERO, Michelangelo, "Política y Artificio. Sobre la Lógica del Modelo Iusnaturalista", ambos en "Origen y fundamentos del poder político", traducción de José Fernández Santillán, Ed. Arjálbo, México, 1965.

³⁶ *Ibidem*, p. 67

a) El antecedente, inmediato o no; del Estado civil es el Estado de naturaleza;

b) El Estado de naturaleza se muestra como antítesis de la sociedad civil;

c) En el Estado de naturaleza existen personas consideradas individualmente, las que gozan -y esto es lo importante- de dos atributos inherentes y principales: la libertad y la igualdad;

d) El paso de un Estado a otro, Estado de naturaleza-sociedad civil, se logra mediante una o más convenciones, y

e) Como consecuencia del punto anterior, la legitimidad del poder político se encuentra basada en el consenso.³⁷

Respecto de estos elementos existen algunas variaciones importantes. Una de ellas es la referida a la forma y al contenido del o de los contratos que constituyen la base de la sociedad civil, específicamente si a partir de ellos se conservan los derechos que el hombre ha tenido durante el Estado de naturaleza y, en caso afirmativo, si estos derechos conforman límites al poder político pactado.³⁸

³⁷ Cfr., *Ibidem*, p. 66.

³⁸ Cfr., *Ibid.*, p. 66

Es fácil deducir que a consecuencia de esta variación teórica del modelo iusnaturalista, la libertad, la igualdad e, incluso, la propiedad, dejan de ser considerados como simples atributos humanos y se les da la categoría de derechos fundamentales. Desde ese momento, los derechos naturales del hombre, o simplemente derechos humanos, se convierten en parte integrante del discurso político moderno.

Michelangelo Bovero, por su parte, anexa a la "gran dicotomía" del modelo iusnaturalista una serie de dicotomías que él mismo califica de secundarias. En éstas encontramos las combinaciones antitéticas formadas por los extremos guerra-paz y pasiones-razón.³⁹

Las pasiones y la guerra se presentan, para las teorías derivadas de este modelo, como las principales características del Estado inmediato anterior al Estado político; llámese al primero Estado de naturaleza (Hobbes) o sociedad civil (Rousseau). El Estado político, en cambio, se caracteriza por un ambiente de armonía, de paz, de no violencia. Los instintos y las pasiones son sustituidos por un recto pensar, un pensar estrictamente racional por el que las soluciones a los conflictos más intrincados de la vida son fácilmente encontradas. Como lo podemos ver, la racionalidad sigue siendo un elemento constante en las posturas iusnaturalistas.

³⁹ Cfr., *ibidem*, p. 119.

Según Bovero, el análisis de todo lo que implica el modelo iusnaturalista del contrato social no debe quedarse en esa primera y "gran dicotomía", sino que debe ir más allá⁴⁰. Una nueva dicotomía de carácter sustancial es la que logra dicho fin. Esta tiene su raíz, al decir de Bovero, "...en el punto en el cual convergen dentro del campo de la filosofía política, dos motivos típicos de la antropología filosófica moderna: el motivo de la independencia personal y el de la industriiosidad del ser humano."⁴¹

Esos motivos están potencialmente presentes en todas las sociedades, incluyendo en ellas a las preestatales, sin embargo, estas últimas son las que imponen el mayor número de límites a su desarrollo.

Bovero sostiene que "... el principio de la sociedad moderna, que encuentra su expresión original precisamente en la idea del derecho natural como derecho subjetivo-individual, es el de la independencia de la persona, ante todo como emancipación reivindicativa del orden jerárquico que gobierna las comunidades premodernas, sucesivamente como tendencia a la libertad de juicio y de acción con respecto a todo grupo social o formación colectiva a la que así mismo el individuo reconozca pertenecer o se haga partícipe."⁴²

⁴⁰ Cfr., *Ibidem*, p. 114.

⁴¹ *Ibid.*, p. 114

⁴² *Ibidem*, p. 115.

Veamos como aún cuando el fenómeno anterior esté revestido de una importante carga histórica (el ascenso al poder de la clase burguesa), el impulso hacia la libertad personal, hacia la individualidad o hacia la independencia sigue operando como reforzador de la justificación primaria derivada de la relación dominación-sumisión.

La estructura jerarquizada de las comunidades premodernas, o mejor dicho, preestatales, se transforma así en la antítesis de aquellos motivos propios del ser humano, pero no sólo eso, sino que a partir de ellos adquiere una nueva connotación: la de estructura de limitación y desigualdad.

El paso de la comunidad preestatal al Estado implica, entonces, por un lado, una convención social, hecho que representa la manifestación más evidente del impulso de libertad y, por el otro, la objetivación de dicho impulso en una muy específica línea de fines y valores (libertad, propiedad, igualdad, etc.), fundados sobre principios racionales y expresados a través del consenso.

"En el sistema de Locke -por ejemplo- donde la condición natural de independencia de los individuos es idealmente separada de la condición de guerra y definida en antítesis de ella, la libertad se vuelve un valor indiscutible."⁴³

⁴³ Ibid., p. 124

Tenemos que recordar que por la propia naturaleza de la relación de poder, se sigue manifestando, aún en la formación del Estado civil, cierto grado de sujeción, ya que ésta es presupuesto ineludible para la justificación de una dominación y, consecuentemente, para la formación de una creencia legitimante.

Como hemos visto a lo largo de este tema, los principios de racionalidad y de igualdad que fueron la base de la filosofía jurídica estoica para la formación del concepto "derecho natural"⁴⁴ también adquieren una gran vigencia en las teorías contractualistas. Además, habrá que resaltar la constante axiológico-teleológica que de ello deriva y que se presenta en todas las posturas iusnaturalistas (incluyendo en éstas a las contractualistas). En este sentido se expresa Bovero al sostener que "...la filosofía política del iusnaturalismo se resume en la antítesis fundamental, y constante, que atribuye valor positivo a la condición política final y valor negativo a la condición precedente. Pero sobre todo lo que aquí importa es subrayar la permanencia del principio oposicional con base en el cual, la construcción del propio esquema o itinerario conceptual, cada autor procede no por graduaciones sino por contraposiciones de valores : así pues, también por antítesis en el plano axiológico."⁴⁵

⁴⁴ Cfr., TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, "La ciencia del derecho y la formación del ideal político", op. cit., p. 121.

⁴⁵ BOVERO, Michelangelo, "Política y artificio. Sobre la lógica del modelo iusnaturalista", en "Origen y fundamentos del poder político", op. cit., p. 110.

Todas estas explicaciones constituyen, de algún modo, el resultado de la búsqueda de un nuevo principio de legitimidad, distinto de los existentes y que habría de conformar la base de la justificación de los modernos regímenes democráticos.⁴⁶ Este nuevo principio de legitimidad defendería, por un lado, la existencia de la sociedad civil y del poder político como derivada de un contrato, justificando, a su vez, una vida social integrada por hombres libres e iguales que participan en las decisiones de gobierno y en la creación de leyes; y por el otro, la conversión de los derechos naturales del hombre en exigencias morales que constituyeran límites al ejercicio del poder y posibilitaran una convivencia digna y justa.⁴⁷

Con base en lo anterior, las principales aportaciones de las teorías contractualistas para la formación de ese nuevo principio de legitimidad pueden quedar resumidas en las siguientes:

a) La constante axiológico-teleológica (propia de todas las posiciones iusnaturalistas);

b) La objetivación de los valores fundamentales (libertad, igualdad, propiedad, etc.) en los derechos del hombre;

c) La necesidad de uno o varios contratos para la formación de la

⁴⁶ Cfr., FERNANDEZ, Eusebio, "Teoría de la Justicia y Derechos Humanos", op. cit., p. 127.

⁴⁷ Cfr., *Ibidem*, p. 128.

sociedad civil y del poder político; y la expresión, en ellos, de los derechos humanos, y

d) El consenso popular como el principal elemento de existencia de los contratos citados.

1.4 LA TEORIA DE LOS DERECHOS NATURALES DEL HOMBRE

La teoría de los derechos naturales del hombre está íntimamente relacionada con las teorías contractualistas y del derecho natural racionalista.⁴⁸ Esta relación se constata tanto en las ideas contractualistas que defienden la existencia de unos derechos inherentes a los hombres y previos al pacto social, como en el principio racionalista de considerar a los derechos naturales individuales como facultades derivadas del derecho natural, y a la razón como el último fundamento de este derecho. Además, a través del contractualismo, los derechos naturales del hombre se transforman en derechos frente al Estado, en derechos de los "ciudadanos", los cuales deben ser reconocidos, respetados y protegidos por el derecho positivo estatal.⁴⁹

El reconocimiento de los derechos naturales por un orden jurídico positivo se hizo imprescindible para garantizar su

⁴⁸ Cfr., *Ibidem*, p. 160.

⁴⁹ Cfr., *Ibid*, p. 170.

ejercicio. Como elementos inherentes a la naturaleza humana, estos derechos se consideraban anteriores al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no podrían ser protegidos o garantizados si no se incluían en él. Este reconocimiento fue logrado, históricamente, en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, del 4 de julio de 1776; y en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789.

Por otra parte, la unión de las tres teorías citadas trajo como consecuencia la expresión de nuevas ideas sobre la legitimidad del poder político, basadas en la combinación de sus rasgos esenciales: derechos del hombre, contrato social y naturaleza racional del ser humano. Esta combinación se expresa nitidamente en las siguientes palabras de Eusebio Fernández: "El poder político nacido del pacto social va a obtener la legitimidad de su origen y ejercicio en el reconocimiento, defensa y protección de unos derechos naturales cuya procedencia se encuentra en una situación presocial o estado natural, y cuya justificación filosófica se halla en la existencia de un Derecho deducido de la naturaleza racional del hombre, anterior en el tiempo a todo Derecho elaborado por las sociedades políticas realmente existentes y superior cualitativamente a las leyes positivas (tan superior que les otorga su validez moral y jurídica)."⁵⁰

Tomando en cuenta lo anterior, tenemos que agregar a los

⁵⁰ Ibidem, p. 100.

elementos legitimantes analizados uno nuevo:

e) El reconocimiento, la protección y la defensa, en el ordenamiento jurídico estatal, de los derechos naturales del hombre.

1.5 EL NEOCONTRACTUALISMO

En la filosofía moral, política y jurídica contemporánea ha surgido un especial interés por el estudio de la teoría del contrato social.⁵¹ Como lo hemos podido apreciar en el desarrollo de este capítulo, la teoría contractualista clásica tuvo como fin establecer un principio de legitimidad que se fundara en el consentimiento popular y se expresara a través de un contrato social. Pues bien, el especial interés que tienen las modernas posturas contractualistas, o simplemente, neocontractualistas es, precisamente, el de actualizar dicho principio, buscando "... un marco de legitimidad al Estado contemporáneo y, en general, una argumentación sólida y racional al sistema jurídico-político vigente en las sociedades de tradición liberal democrática."⁵²

El neocontractualismo surge como un enlace entre la filosofía clásica occidental y el fundamento teórico del Estado democrático y la sociedad justa. Además, se plantea cuestiones sustantivas

⁵¹ *Ibidem*, p. 177.

⁵² *Ibidem*, p. 178.

relacionadas con el contenido material de una posible teoría de la justicia y soluciones a las contradicciones que han provocado la denominada "crisis de legitimidad de las sociedades capitalistas avanzadas".⁵³

Para hacer más esquemático este tema, analizaremos brevemente los principales puntos en los que se basa el principio de legitimidad propuesto por el nuevo contractualismo.

1.- El objetivo primordial de las teorías neocontractualistas no es simplemente explicar la existencia de la sociedad civil y del orden político, sino fundamentar una determinada concepción de esa sociedad y de ese orden, y hacer de un "supuesto" pacto social un instrumento político eficaz para establecer límites a quien detente el poder.⁵⁴

2.- Para los neocontractualistas, lo mismo que para algunos contractualistas clásicos, la idea de un contrato social como origen de la sociedad civil forma parte de un modelo teórico y no práctico, sin embargo, su creación más provechosa, el consenso popular, constituye una realidad práctica y perfectamente verificable.⁵⁵

⁵³ Cfr., *Ibidem*, pp. 178 y 179.

⁵⁴ Cfr., *Ibidem*, p. 182.

⁵⁵ Cfr., *Ibidem*, p. 184.

A este respecto Eusebio Fernández dice: "Efectivamente, encontramos que lo que pudiera ser la argumentación más débil a favor de las teorías contractualistas -las de ser meramente hipotéticas, construcciones analíticas- las convierte en un elemento creativo y dinámico, posibilitador de consecuencias prácticas -éticas, jurídicas o políticas- ..."⁵⁶

La explicación de la existencia de la sociedad civil y del poder político puede darse utilizando medios descriptivos o prescriptivos, pero al fundar la legitimidad política en el consenso, las teorías neocontractualistas se están moviendo, predominantemente, en el plano prescriptivo.⁵⁷

3.- Estas teorías afirman que para que exista una sociedad estable y mínimamente justa, el sistema de legitimidad en el que se base deberá ser producto del consenso de los individuos que forman parte de ella. ⁵⁸ Además, este consenso deberá ser expresado "...por hombres autónomos y libres en situaciones de auténtica libertad. Se excluye por tanto el consenso impuesto o manipulado."⁵⁹

En relación a este punto, Lucio Levi señala: "...se podría

⁵⁶ *Ibidem*, p. 102.

⁵⁷ *cf.*, *Ibidem*, p. 104.

⁵⁸ *cf.*, *Ibidem*, p. 105.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 109.

demostrar que no todos los tipos de consenso son iguales y que sería más legítimo el estado en el que el consenso pudiera expresarse más libremente y en el que fuera menos la intervención del poder y la manipulación y, por tanto, menor el grado de deformación ideológica de la realidad social en la mente de los individuos."⁶⁰

4.- A diferencia de la teoría clásica del contrato social, los neocontractualistas buscan construir un principio de legitimidad universal, democrático e igualitario.⁶¹ "Este principio aporta argumentos que dan fundamento y efectividad a las nociones de obligación moral, jurídica y política, y a la obediencia del Derecho, relativizan el ideal de participación ciudadana auténtica y posibilitan la desobediencia civil justificada."⁶²

5.- En el neocontractualismo, como en todo iusnaturalismo, la importancia de la constante axiológico-teleológica es indiscutible. Los valores y principios éticos de la autonomía individual, racionalidad, igualdad y, sobre todo, libertad, son el verdadero fundamento de la legitimidad contractualista.

El por qué de estos valores en especial, lo contesta Eusebio Fernández señalando que "...ellos expresan las grandes exigencias

⁶⁰ LEVI, Lucio, voz "legitimidad" en Diccionario de política, citado por Eusebio Fernández, op. cit., p. 190.

⁶¹ Cfr., FERNANDEZ, Eusebio, op. cit., pp. 178 y 179.

⁶² Ibidem, p. 201.

y reivindicaciones morales de la historia de la humanidad y actualmente existiría en torno suyo un consenso generalizado sobre su importancia, necesidad y aceptación."⁶³

6.- El principio de legitimidad propuesto tiene una estrecha relación con el sistema político de democracia liberal y éste, a su vez, con el discurso moral.

José Luis L. Aranguren escribe: "...el fundamento de la democracia es la democracia como moral. Moral, en tanto compromiso sin reserva, responsabilización plena, y moral en tanto instancia crítica permanente, actitud crítica siempre vigilante."⁶⁴

7.- Por último, para las teorías contractualistas contemporáneas el contrato social (hipotético) sigue teniendo como finalidad la protección de los derechos naturales, aunque nombrados, por ellas, como principios de justicia, derechos morales o, más frecuentemente, derechos humanos.

Para algunos autores, que pueden ser incluidos en la postura iusnaturalista sobre la legitimidad, la protección eficaz a los derechos humanos, derivada de la exigencia de normas éticas y principios axiológicos, constituye el elemento esencial para calificar a un poder político y a su correspondiente orden

⁶³ Ibidem, p. 203.

⁶⁴ ARANGUREN, José Luis L. "La democracia establecida", citado por Eusebio Fernández, op. cit., p. 204.

jurídico de legítimos. Como ejemplo tenemos al profesor Ernesto Garzón Valdés quien sostiene lo siguiente: "...diré que un sistema político -entendido como una unidad de reglas, normas de comportamiento y conductas humanas, vinculadas con el ejercicio del poder en una sociedad determinada- tiene 'Legitimidad' cuando respeta efectivamente estos derechos fundamentales o, dicho negativamente, calificaré de 'ilegítimo' al sistema que no los respeta."⁶⁵

1.6 VALIDEZ Y LEGITIMIDAD IUSNATURALISTAS

El tema sobre la explicación iusnaturalista de la legitimidad lo iniciamos hablando de la validez de un ordenamiento jurídico positivo y de las características propias del Derecho natural, ambas, obviamente, desde el punto de vista del mismo iusnaturalismo. Posteriormente, analizamos los puntos más relevantes que sobre la legitimidad exponen algunas teorías iusnaturalistas. En este apartado vamos a regresar un poco a la cuestión de la validez jurídica.

Para las posturas iusnaturalistas, "...el derecho -positivo- vale y, consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en alguna de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas de su

⁶⁵ GARZÓN VALDES, Ernesto, El concepto de estabilidad de los sistemas políticos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987. Edición mexicana elaborada por Distribuciones Fontamara, S. A., México, 1992. pp. 25 y 61.

contenido.⁶⁶

Con base en lo anterior, el iusnaturalismo dualista, que en este caso seguimos, reconocerá la validez de un ordenamiento jurídico positivo solo en la medida en que sus normas contengan prescripciones bondadosas y/o justas, es decir, que el contenido del derecho positivo coincida con el contenido del derecho natural.

Debemos tener presente, entonces, que cuando se habla de validez iusnaturalista se hace referencia a una validez de tipo axiológico, por ello, la alusión a uno o más valores como orientadores del contenido de un orden jurídico positivo se hace totalmente indispensable para predicar su validez (por supuesto iusnaturalista).

La bondad y la justicia no son los únicos valores que pueden infuir en el contenido de una norma o de un orden jurídico completo, también se encuentran otros: la seguridad, la paz, la libertad, etc.

Por otro lado, es característico de las posturas iusnaturalistas la consideración de que los valores inherentes al derecho natural o, dicho de otra manera, la fundamentación axiológica del "ius naturale" debe tener vigencia en todo tiempo y espacio. Además, el Derecho natural debe ser evidente, es decir

⁶⁶ GARCIA MAYNEZ, Eduardo, "Positivismo, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo", UNAM, México, 1989, p. 128.

aprehendido inmediatamente y de un modo estrictamente racional. Preciado Hernández, al definir al Derecho natural, da cuenta de estos elementos. Dice el profesor mexicano: "El Derecho natural es el conjunto de principios evidentes, eternos y universales que rigen y presiden la organización verdaderamente humana de la vida social."⁶⁷

Como se ha visto, lo que llamamos la constante axiológico-teleológica y el primado de la racionalidad de las posturas iusnaturalistas, son los únicos elementos que se encuentran presentes, tanto en el estudio del problema de la validez, como en el estudio del problema de la legitimidad. Para lograr validez es suficiente que se den estos elementos, sin embargo, para obtener legitimidad no lo es.

Aquí se presenta un problema, ya que lo dicho en el párrafo anterior nos llevaría, forzosamente, a manifestar que desde el punto de vista iusnaturalista un derecho positivo determinado puede ser válido pero no legítimo. Esto implicaría, desde el mismo punto de vista, una evidente contradicción y haría visible un posible (muy posible) error en nuestro discurso. A continuación intentaremos saber si ese error se ha cometido y, en caso afirmativo, trataremos de corregirlo.

La contradicción a que hemos hecho referencia se hace evidente, desde luego, si tomamos en cuenta y utilizamos uno de

⁶⁷ PRECIADO HERNANDEZ, Rafael, "Lecciones de filosofía del derecho", UNAM, México, 1988, p. 50.

los significados (para nosotros restrictivo, pero cierto) del concepto legitimidad, a saber, el de indicar justicia, ya que para el iusnaturalismo la validez del derecho positivo depende de la justicia de su contenido. Validez, justicia y legitimidad resultarían, en este contexto, ideas semejantes.

Por el contrario, si aceptamos que para el propio iusnaturalismo la idea de legitimidad no sólo evoca justicia, sino consenso libre, obediencia espontánea y racional (desde luego generalizada), participación política, etc., entonces la contradicción citada desaparecería o, en el peor de los casos, sólo sería aparente.

Lo cierto es que no debemos olvidar las cualidades, propiedades o caracteres que al valor justicia le atribuyen los iusnaturalistas, y no sólo al valor justicia, sino a los demás valores: bien común, orden, seguridad, libertad e igualdad. Las propiedades a las que nos referimos son las de evidencia, eternidad, universalidad e inmutabilidad. En este caso tendríamos que reconocer, y de hecho lo hacemos, que para las teorías del Derecho natural el libre consenso, el desarrollo de la individualidad humana, la obediencia racional y espontánea (generalizada), la participación política e, incluso, la protección de los derechos humanos son manifestaciones prácticas de los valores evidentes, eternos y universales que hemos mencionado.

Por ello, es necesario cambiar al iusnaturalismo, de la forma b2 del criterio b de la relación conceptual validez-legitimidad, a la forma b1 del mismo criterio y afirmar que para los iusnaturalistas la validez de un ordenamiento jurídico positivo constituye el fundamento de su legitimidad. De cualquier modo, la alusión a los elementos tantas veces citados de consenso libre, obediencia racional y espontánea (y también libre), individualidad humana, participación política, protección de los derechos del hombre, etc., no pueden excluirse de la reflexión iusnaturalista sobre la legitimidad.

1.7 AXIOLOGIA Y LEGITIMIDAD

Como lo hemos visto arriba, la referencia a una serie de valores y/o fines constituye, no sólo un elemento más utilizado por las posturas iusnaturalistas, sino su parte medular. Expliquemos brevemente esto.

Con el resurgimiento del iusnaturalismo después de la segunda guerra mundial, la naturaleza axiológica del derecho natural se fortalece. La aparición de nuevos valores y su correspondiente jerarquización se evidencia. La seguridad jurídica, el bien común, el orden y, principalmente, la justicia, se colocan en el vértice superior de la jerarquía estimativa.

Esas entidades valorativas al formar parte de las aspiraciones de los sujetos dominados, se trasladan en un plano

colateral al mundo teleológico para conformar, no sólo los valores fundamentales, sino los fines últimos de toda comunidad jurídicamente organizada.

Por lo que a nuestro tema respecta, el valor justicia se encuentra especialmente ligado con el concepto legitimidad. Veamos por qué.

"Desde su significado etimológico, el concepto 'legitimus' evoca conformidad al derecho 'justo' (en el discurso en que ius y iustitia aparecen como equivalentes)... De legitimus deriva el adjetivo legitime que significa: 'jurídicamente', 'con arreglo a derecho', 'justamente', 'correctamente'. De esta forma tenemos que 'legitimación', desde los tiempos clásicos, significa 'con arreglo a derecho', 'jurídicamente establecido', implicando siempre 'lo justo', 'lo correcto', 'lo (jurídicamente) justificado'."⁶⁸

Como la legitimidad sigue manteniendo la misma naturaleza de la justificación arriba analizada⁶⁹, la idea de justicia se le presume inherente, ya que el verbo justificar significa, al menos en uno de sus sentidos, hacer justo algo. Por virtud de la justicia, entonces, se puede calificar a una dominación o a un orden jurídico normativo de legítimo. Pero ¿cómo opera esta calificación? Esta calificación debe basarse, primero, en

⁶⁸ TAMAYO Y SALMORAN. Rolando, "Elementos para una Teoría General del Derecho", Introducción al estudio de la ciencia jurídica, 1a Edición, Ed. Themis, México, 1992. pp. 191 y 192.

⁶⁹ Cfr., supra pp. 25 y ss.

elementos objetivos; en hechos que hagan conocer, por conducto de un proceso racional-valorativo, la justicia de las acciones y determinaciones de la clase dominante y, después, en la posibilidad real de alcanzar, por parte de los sometidos, la individualidad y la seguridad que tanto anhelan. De este modo se objetivan los fines y valores más importantes y se toman como base de la creencia legitimante.

En relación a los fenómenos de objetivación y jerarquización axiológica, Hans Kelsen afirma lo siguiente: "Aunque la pregunta de cual sea el valor supremo no puede ser contestada racionalmente, el juicio subjetivo y relativo con el que en realidad se responde a la misma, es presentado por lo general como una afirmación de valor objetivo, o lo que es lo mismo, como norma de validez absoluta."⁷⁰

Junto al valor justicia encontramos otro valor en el cual se puede fundar la legitimidad del poder político, este valor es la libertad. Elías Díaz, para quien la libertad es la base fundamental de la legitimidad democrática, dice: "...sin libertad no hay legitimidad democrática y, por consiguiente (lo que es aquí aún más importante), no puede alegar legitimidad democrática quien previamente ha suprimido o dañado gravemente la libertad para decidir y elegir; ni tampoco quien, aún habiendo tal vez llegado por esa vía al poder, suprimiera después las libertades básicas de, al menos, libertad de expresión crítica y política

⁷⁰ KELSEN, Hans, "¿Qué es la Justicia?", traducción de Ernesto Garzón Valdés, Distribuciones Fontamara S. A., México, 1992, p. 80.

participación en la designación periódica de nuevos legisladores y gobernantes.⁷¹ Del mismo modo, nosotros sostenemos como una de las hipótesis principales de este trabajo la idea de que la justificación, a la que llamamos legitimidad, deriva de un impulso psíquico-social de libertad positiva, por lo que la referencia al valor libertad resulta, para nosotros, indispensable en la explicación del fenómeno legitimidad.

Por otro lado, como la libertad absoluta, es decir, exenta de toda limitación es incompatible con la existencia de sociedades normativamente organizadas, la idea de la libertad debe variarse y expresarse, por lo tanto, en términos relativos, en los que se pueda incluir y justificar las limitaciones de los gobernados, necesarias para la organización de la propia comunidad. El concepto libertad debe aceptar la importancia que tiene la existencia de una determinada forma de gobierno, pero para que ésta no atente contra la propia libertad, la libertad de todos y cada uno de los sujetos que intervienen, el concepto deberá incluir, también, la idea de la participación (al menos opinión) mayoritaria de ellos. En este sentido, libertad significará gobierno de la mayoría.⁷²

Hay que aclarar que estos criterios, el de la libertad y el de las mayorías, pueden no llegar a materializar lo que se

⁷¹ DIAZ, Elías, "De la maldad estatal y la soberanía popular", Editorial Debate, Madrid, 1984, p. 66.

⁷² Cfr., KELSEN, Hans, ¿Qué es la Justicia? op. cit., p. 15.

considere "objetivamente justo", sin embargo, constituyen en sí mismas manifestaciones evidentes y concretas del valor justicia.⁷³

Además de la justicia y la libertad, el bien común es otro valor al que se alude para tratar de explicar el problema de la legitimidad del poder político. George Burdeau afirma: "La razón de ser del poder se fundamenta en la obra del bien común temporal, su legitimidad en la adecuación de su actividad a este fin."⁷⁴

El bien común se expresa, invariablemente, por conducto de la opinión de los gobernados, del consentimiento popular. El sentimiento afectivo de los gobernados da a la dominación el coeficiente moral que requiere para ser legitimada, transformándose, así, en un importante factor de autoridad.⁷⁵

Dentro de una sociedad políticamente organizada, el establecimiento de ciertos objetivos o fines comunes constituye una de sus principales fases de su desarrollo. El bien común que se muestra como el fin prioritario de esa sociedad se transforma, por lo tanto, en el único fundamento de todo lo existente en ella, incluyendo el poder en el que se sustenta. "El poder pierde, en principio, su legitimidad cuando no respeta el derecho - a la identidad- del individuo real. (Observemos de paso que los otros

⁷³ Cfr., DIAZ, Elías, "De la maldad estatal y la soberanía popular", op. cit., p. 60.

⁷⁴ BURDEAU, George, "Tratado de Ciencia Política", Tomo II, Volumen I, traducción de Enrique Serna Elizondo, ENEP ACATLAN, UNAM., México, 1985. p. 144.

⁷⁵ Cfr., Ibidem, p. 152.

derechos del ciudadano se incorporan a éste y obtienen de él su criterio de legitimación). No se trata de una pretensión puramente subjetivista, ya que el desconocimiento de ese derecho personal implica un grave atentado contra el nosotros mismo, cuya existencia y vitalidad se deben a la aportación, fiel mas armoniosamente creativa, de los diferentes yos. Es por ello que la noción de bien común implica el derecho fundamental del ciudadano y por lo que ese derecho es, también, la condición indispensable de la legitimidad del poder. El yo y el nosotros se copertenecen."⁷⁶

De acuerdo a lo anterior, el bien común se presenta como un valor de alta jerarquía; como un ideal dentro de una comunidad que puede ser considerada modelo; como el deseo propio de los sujetos sometidos a un poder. El bien común se convierte en el elemento indispensable para asegurar la felicidad de todos los integrantes de una comunidad y permitir, a su vez, el desarrollo armónico de la misma. En este sentido, a partir de ese anhelo de bienestar general se establecen los parámetros a través de los cuales se puede predicar la legitimidad de una dominación y del orden jurídico que la apoya.

Como conclusión podemos decir que para el iusnaturalismo la legitimidad de un derecho positivo estará asegurada si las normas contenidas en él encarnan valores como la justicia, el bien común, el orden o la seguridad, o dicho de otro modo, si las normas que lo representan tienen un valor intrínseco. Además, dicha

⁷⁶ COTTA, Sergio. "La Legitimidad: ¿Un Espejismo?", op. cit., p. 104.

legitimidad deberá fundamentarse en el consenso libre (manifestación mayoritaria de la libre voluntad) de los gobernados y actualizarse por conducto de la eficacia derivada de la obediencia espontánea y racional a las disposiciones de ese derecho.

Por otra parte, "...si admitimos -con base en la postura iusnaturalista- que todo orden jurídico tienen la misión de realizar valores sociales y, en determinada situación concreta, o en la gran mayoría de los casos, descubrimos que las prescripciones legales, lejos de realizar esos valores, abiertamente los vulneran, es muy posible que nuestra conciencia jurídica se niegue a admitir que tales prescripciones sean verdadero derecho, y sólo vea en ellas un conjunto de exigencias injustificadas -ilegítimas- e injustificables o, para decirlo de otro modo, un simple fenómeno de poder."⁷⁷

A partir de las explicaciones sobre la legitimidad hechas en el capítulo anterior y que nos pueden servir como modelo, debemos decir que las posturas iusnaturalistas se acercan en mucho a las ideas que ahí se establecen (racionalidad, valoración, justificación, libertad, etc.), sin embargo, existe otra afirmación propia de estas posturas (fundamentalmente del iusnaturalismo teológico y de algunas posiciones iusnaturalistas contemporáneas) que no se adecua a las expresadas en dicho modelo. Esta afirmación consiste en atribuirle a los valores

⁷⁷ GARCIA MAYNEZ, Eduardo, "Positivismo Jurídico. Realismo Sociológico y Iusnaturalismo", op. cit., p. 157.

jurídicos las características de intemporalidad, universalidad e inmutabilidad y en sostener que esos valores no pueden ser creados, variados o manipulados por los hombres, sino que, por considerarlos preexistentes y superiores a la humana voluntad. Únicamente pueden ser descubiertos por ellos (desde luego racionalmente).

Nosotros, por el contrario, hemos hecho alusión a la posibilidad de variación y manipulación de la creencia legitimante, por lo mismo estamos obligados a sostener que los valores que la motivan pueden también ser variados y manipulados (social e ideológicamente), sin que por ello dejemos de reconocer que esos valores gozan de cierto grado de objetividad derivada, pensamos, de su propia subjetividad. Nosotros pensamos que los valores jurídicos se tornan absolutos al ser buscados en todo tiempo y lugar, independientemente de que su contenido pueda variar de acuerdo a las circunstancias propias de una determinada época, es decir, sin importar que ese contenido sea relativo y variable.

Por último, compartimos el pensamiento de Elias Díaz cuando, en relación a las características que los iusnaturalistas atribuyen a los valores jurídicos, afirma lo siguiente: "Mi discrepancia de fondo con semejante actitud radica, creo poder decir, en los dos siguientes y -como hemos visto antes- esenciales asertos del iusnaturalismo: a) la identificación, que es confusión, del Derecho con la Justicia, de tal modo que sólo el

Derecho justo -¿y quién dice cuál lo es?- sería, según eso, Derecho: reducción, pues, y disolución de los problemas de validez y vigencia en los problemas de justificación; b) la imposición de un concepto absoluto de Justicia dotado -al menos en algunas de sus dimensiones consideradas básicas- de validez intemporal y universal, el cual (enunciado siempre su contenido por los iusnaturalistas) servirá para rechazar como radicalmente errónea e injusta toda determinación y toda decisión contraria a él: y ello aunque tal determinación tenga tras de sí toda la razón del mundo, con muy objetivos argumentos, y aunque tal decisión haya sido respaldada por muy grandes mayorías e incluso -se dice- por la unanimidad; y no digamos si 'solo' lo es por la conciencia ética individual (por supuesto de quien no es iusnaturalista)."⁷⁸

⁷⁸ DIAZ, Elías, "De la maldad estatal y la soberanía popular", op. cit., pp. 101 y 102.

2. EXPLICACION REALISTA

El realismo sociológico es una postura filosófico jurídica que estudia el problema de la validez del derecho, sin hacer ninguna referencia a su legitimidad. Sin embargo, el elemento que para los realistas es la base de la validez de un ordenamiento jurídico positivo, ha sido considerado, por una buena parte del pensamiento político moderno, como el factor decisivo para predicar la legitimidad de un poder público. Este elemento es la eficacia o efectividad del propio ordenamiento.

Por tal razón, se hace necesario un breve análisis del problema de la validez, por supuesto, desde el punto de vista del realismo sociológico.

2.1 LA VALIDEZ JURIDICA EN EL REALISMO SOCIOLOGICO

El realismo sociológico es una vertiente del positivismo jurídico (entendido como un modo de acercarse al derecho). Este último, se caracteriza por la convicción de que la validez de un ordenamiento jurídico depende exclusivamente de elementos extrínsecos, obseables e identificables, producto de la acción humana.

Uno de los principales representantes del realismo sociológico, el jurista escandinavo Alf Ross, sostiene, por ejemplo, que los elementos que permiten decir que determinado

orden jurídico es válido son la eficacia o efectividad del propio orden y el sentimiento que respecto de él tienen los sujetos a quienes va dirigido.¹ El primero es un elemento objetivo, considerado como el principal fundamento de validez de ese orden; el segundo, es un factor de naturaleza meramente subjetiva.

Según Ross, existe otro elemento importante: La capacidad del sistema normativo de fungir como esquema de interpretación de un conjunto determinado de acciones sociales. "Esta capacidad del sistema de fungir como esquema interpretativo, se basa en un hecho: el que sus normas sean efectivamente observadas, en la medida en que los destinatarios se sienten vinculados por ellas."²

Con base en lo anterior, el concepto "derecho vigente" se puede definir como "...el conjunto de ideas normativas que fungen como sistema de interpretación de fenómenos jurídicos concretos, cuando las normas relativas a éstos son efectivamente observadas y quienes las observan se sienten vinculados por ellas."³

Examinemos más de cerca los elementos eficacia y sentimiento vinculante en relación con la validez del derecho.

¹ Cfr., ROSS, Alf, "El Derecho y la Justicia", citado por Eduardo García Maynez, "Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo", op. cit., p. 89.

² GARCIA MAYNEZ, Eduardo, op. cit., p. 89.

³ Ibidem, p. 84

2.1.1 LA EFICACIA

"La eficacia es algo que se puede predicar en relación a todo un sistema jurídico, a un cuerpo normativo específico o a una norma en particular... en términos generales se puede establecer que un sistema jurídico es más o menos eficaz cuando sus normas son constantemente obedecidas por la mayoría, son constantemente aplicadas, producen sus efectos o cumplen sus fines o propósitos."⁴ La obediencia es prestada por la totalidad (o al menos la mayoría) de los particulares destinatarios de las normas; la aplicación, en cambio, es llevada a cabo sólo por órganos estatales, sin embargo, se ha dicho que cuando los órganos aplican también obedecen a las normas.⁵

Para Alf Ross, por ejemplo, un sistema jurídico está integrado por dos tipos diferentes de normas: las normas de comportamiento y las normas de competencia. Las primeras son dirigidas al "grueso" de la población y contienen, en todo caso, deberes jurídicos que cumplir; las segundas están dirigidas a los órganos jurisdiccionales y su contenido está integrado por disposiciones que establecen determinada competencia.⁶ Las normas competenciales (o procesales) especifican, también, en que casos otras normas, dictadas con base en un procedimiento previamente

⁴ BONIFAZ ALFONZO, Leticia, op. cit., p. 67

⁵ Cfr., *Ibidem*, p. 67.

⁶ Cfr., GARCIA MAYNEZ, Eduardo, op. cit., p. 87

establecido, han de ser tomadas como normas de conducta o de comportamiento. Por eso Ross afirma que "... norma de competencia es una norma de conducta indirectamente formulada."⁷

Si Segun Ross las normas de competencia son normas de conducta indirectamente formuladas, entonces podemos decir validamente que esas normas juridicas implican deberes juridicos indirectos y, por lo tanto, tomar como cierta la afirmación de que los jueces, al aplicar una norma genérica a un caso concreto, también obedecen. La aplicación se transforma en obediencia.

Además, en la obediencia a los deberes juridicos indirectos, expresados en las normas competenciales, los sujetos a quienes van dirigidas (en este caso los jueces) deben, también, sentirse vinculados a ellas. En el supuesto contrario, no se podrá decir que el sistema a que dichas normas pertenecen es válido o vigente.

Aún cuando los realistas, específicamente Ross, mencionan a la eficacia y al sentimiento vinculante como elementos necesarios para predicar la validez de un determinado orden juridico, en la mayoría de los casos le atribuyen mayor importancia al primero. De hecho, existen posiciones realistas con un alto número de seguidores, que no toman en cuenta, en lo más mínimo, a lo que hemos denominado "sentimiento vinculante", reduciendo la validez del derecho a su eficacia. El llamado realismo conductista es un

⁷ ROSS. Alf. Sobre el Derecho y la Justicia", citado por Eduardo García Maynez en Positivismo Jurídico...; op. cit., p. 88.

claro ejemplo de esta postura extrema.⁸

Cuando un sujeto pretende hacer eficaz una o varias normas a través de la obediencia, es decir, cuando alguien pretende obedecer, sólo puede enfrentarse a dos situaciones: o que las normas que se intentan cumplir son válidas (con base en cualquier criterio de validez a excepción del real), o que dichas normas no son válidas. En el primer caso, la obediencia (con algún sentido eficacia) no puede constituir el criterio de validez de esas normas, ya que, las mismas, son válidas antes de ser obedecidas. En el segundo caso, la eficacia tampoco puede ser fundamento de validez, ya que las normas son obedecidas sin ser válidas y no pierden esta cualidad (invalidez) por el simple hecho de actualizarse su obediencia. Por lo tanto, el extremo planteado por el denominado realismo conductista y sus seguidores es, según nosotros, difícilmente sostenible.

Si desde el punto de vista del realismo conductista o de cualquier otra postura similar se sostiene que un orden jurídico es válido por el simple hecho de ser eficaz, entonces, desde el mismo punto de vista, se tendría que afirmar también que sólo se obedecen, aplican o actualizan normas jurídicas no válidas. Esta proposición resulta, como la anterior, no fácilmente sostenible.

⁸ Cfr., BONIFAZ ALFONZO, Leticia, op. cit., pp. 18 y 19.

2.1.2. EL SENTIMIENTO VINCULANTE

El sentimiento vinculante es algo que impulsa a los destinatarios de las normas a cumplir con los deberes jurídicos contenidos en sus disposiciones; un motivo o razón que provoca que ellos obedezcan, sin embargo no sabemos a ciencia cierta de que tipo de razón se trata. Podría decirse que se alude a un sentimiento respaldado por una norma moral o derivado del valor que se le atribuye al contenido de la norma que se pretende cumplir, pero esto no es del todo cierto, por lo menos no para una buena parte de las posiciones realistas.

Podría afirmarse, también, que como el rasgo común a "...todas las teorías realistas consiste en que interpretan la vigencia del derecho atendiendo a la efectividad de las normas jurídicas"⁹, el sentimiento al que se hace referencia debería tener una naturaleza distinta a la afectiva, no implicar el análisis valorativo de las normas pertenecientes al sistema y, mucho menos, pretender la búsqueda de un fin absoluto, sino simplemente actualizar un querer (reiteramos no afectivo) que porvoque el cumplimiento de dichas normas sólo por saberlas obligatorias. No obstante, nadie creería que cuando el denominado realismo psicológico habla de la "conciencia jurídica popular" se está refiriendo a un sentimiento de ese cariz (no afectivo).

Lo anterior se debe a que existen motivos muy diversos por

⁹ GARCIA MAYNEZ, Eduardo, op. cit., p. 105.

los cuales se obedecen las disposiciones normativas de un sistema jurídico y a que algunos de esos motivos implican un sentimiento afectivo y otros no. El propio Ross, al estudiar los motivos que inducen a los hombres a someterse a los preceptos del derecho, se coloca de uno y de otro lado.

Para el jurista escandinavo, los motivos que hacen que los hombres obedezcan pueden ser integrados en dos diferentes grupos: En el primero se encuentran "...los impulsos, fundados sobre la necesidad, que surgen de ciertos mecanismos biológicos y son sentidos como 'intereses'; en el segundo, los que el medio social imprime en el individuo y éste experimenta como un 'imperativo categórico' que 'lo obliga' independientemente de sus intereses y, a menudo, en contra de estos."¹⁰

Según Ross, los motivos que componen el segundo grupo son "...fácilmente interpretados, en términos metafísicos, como revelaciones, en la conciencia, de una 'validez superior' que, en cuanto 'deberes', pueden oponerse a la 'naturaleza sensible' y a los intereses que de ella derivan".¹¹ Por ello, para este autor ninguno de los motivos que provocan obediencia (eficacia) puede tener una naturaleza afectiva.

Después de sostener lo anterior, Alf Ross da un salto al

¹⁰ ROSS, Alf, 'Sobre el Derecho y la Justicia', citado por Eduardo García Maynez, op. cit., p. 97.

¹¹ ROSS, Alf, 'Sobre el Derecho y la Justicia', citado por Eduardo García Maynez, op. cit., pp. 97 y 98.

extremo opuesto y afirma: "A mi parecer es necesario considerar como indudable (aunque conceda que no puede obtenerse una confirmación rigurosa) que sería imposible estructurar un orden jurídico eficaz si no existiese en la magistratura un vivo y desinteresado sentimiento de respeto y obediencia a la ideología tradicional."¹² Pero este vivo y desinteresado sentimiento no parece ser diferente al sentimiento afectivo al que hemos hecho referencia. Además, este autor "...admite que quienes se encuentran sujetos a un régimen despótico -aunque sea eficaz- no siempre lo reconocen como válido. En estos casos el gobernante no es 'autoridad' o 'poder legítimo', sino autor de violencias, dictador o tirano."¹³

El sentimiento vinculante (afectivo) adquiere mayor importancia en una de las "versiones" de la postura realista, a la que se conoce como realismo psicológico. Según esta versión, "...una norma está en vigor cuando su obligatoriedad es admitida 'por la conciencia jurídica popular'. El que la norma sea aplicada por los tribunales representa, para el realismo psicológico, algo derivado o secundario, es decir, un simple resultado de esa conciencia jurídica, que 'determina', también, las reacciones de los jueces. El criterio de efectividad no es aquí referido a la aplicación, en cuanto tal, sino al factor determinante que

¹² ROSS, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia, citado por García Maynez, op. cit., p. 98.

¹³ GARCIA MAYNEZ, Eduardo, op. cit., p. 99.

encontramos 'detrás de ésta', "¹⁴

Para el realismo psicológico, lo que primeramente se constata es la eficacia de un determinado orden jurídico, posteriormente y a través de esa eficacia, se verifica la vigencia (validez) de dicho orden. La vigencia no deriva directamente de la eficacia, pero se confirma por virtud de ella. Entre vigencia y eficacia se actualiza una relación de causa a efecto, sólo que ésta se demuestra en sentido inverso, es decir, que a partir del efecto se infiere la causa y, en este caso, a partir de la eficacia del orden se puede inferir su vigencia (validez). Lo que no toma en cuenta esta postura es que, como lo hemos dicho, la eficacia de un orden no sólo tiene como motivo fundante la "conciencia jurídica popular" y, en este sentido (sólo en este sentido), no toda eficacia implicaría vigencia (validez). La eficacia de un orden fundado en un motivo que no fuera la 'conciencia jurídica popular' sería, para el realismo psicológico, la eficacia de un orden jurídico no válido. Pero, como ya se ha visto, este argumento es difícilmente sustentable.

2.2 EFICACIA Y LEGITIMIDAD (POSTURA CRITICA)

En el pensamiento jurídico y político existe una clara tendencia a considerar que las nociones de legitimidad y efectividad se encuentran mutuamente relacionadas. Para algunos autores esta relación debe expresarse afirmando que "...un poder

¹⁴ Ibidem, p. 105.

es tanto más legítimo en cuanto es más efectivo..."¹⁵ Para otros, la legitimidad no debe ser vista como la consecuencia, sino como la causa de la efectividad¹⁶. Norberto Bobbio dice que "la mejor prueba de que legitimidad y efectividad son interdependientes, está en el proceso inverso al de la legitimación, es decir, en el proceso por el cual un determinado poder pierde la propia legitimidad."¹⁷

Es importante señalar que en el orden internacional también prevalece la consideración de que un poder es legítimo en tanto es efectivo. Alfred Vedross dice que ante el Derecho internacional un nuevo Estado existe, y desde luego es legítimo, si su ordenamiento a logrado imponerse efectivamente.¹⁸

Por nuestra parte, creemos que la relación entre legitimidad y eficacia es indiscutible, sin embargo, no ha sido correctamente entendida. Se ha querido tomar a la efectividad, algunas veces, como consecuencia y, otras, como causa de la legitimidad, sin tener en cuenta que estas posiciones se excluyen recíprocamente. Para nosotros, la afirmación de que la eficacia de un orden jurídico provoca su legitimidad no puede sostenerse, ya que se encuentra basada en tres ideas erróneamente formuladas, las cuales

¹⁵ BOBBIO, Norberto, "El Poder y el Derecho", en Origen y Fundamentos del Poder Político", op. cit., p. 20.

¹⁶ BONIFAZ ALFONZO, Leticia, op. cit., p. 87

¹⁷ BOBBIO, Norberto, "El Poder y el Derecho", en Origen y Fundamentos del Poder Político, op. cit., p. 27.

¹⁸ VEDROSS, Alfred, "Derecho Internacional Público", citado por Leticia Bonifaz Alfonso, op. cit., p. 05.

serán analizadas a continuación.

La primera consiste en identificar las nociones de poder soberano y de poder legítimo. Cuando se trata de explicar el concepto de soberanía se afirma que el poder soberano es aquel poder que no sólo es absoluto, sino también perpétuo. Por su parte, la perpetuidad significa que dicho poder es habitualmente obedecido, es decir, que sus mandatos son efectivamente cumplidos¹⁹. Como puede apreciarse, la soberanía se encuentra, en este contexto, subordinada a la eficacia.

Por otro lado, a partir de considerar que toda organización estatal implica la existencia de un poder soberano y de tomar al Estado como el detentador del monopolio legítimo de la fuerza (concepto Weberiano de Estado), se deduce que todo poder soberano (Estado), por el simple hecho de serlo, es también legítimo. Como la soberanía se basa en la efectividad y la legitimidad en la soberanía, se concluye fácilmente (aunque también falazmente) que la legitimidad se funda en la efectividad. Por ello se dice que "una banda de pillos que ocupa un poblado y obliga a sus habitantes a entregar sus pertenencias bajo la amenaza de recurrir a la fuerza, no tiene un poder legítimo, no porque no sea absoluto, sino porque presumiblemente no está destinado a durar."²⁰

¹⁹ BOBBIO, Norberto, op. cit., pp. 23 y 24.

²⁰ *Ibidem*, p. 23.

El error que aquí se presenta consiste, según creemos, en no considerar que si Max Weber definió al Estado como el detentador del monopolio legítimo de la coacción, lo hizo tomando en cuenta que la fuerza no es suficiente para que el poder político se transforme en Estado y que "...es necesario que esa misma fuerza se vea acompañada de razones tales que hagan de la obediencia de los destinatarios del poder no una pura y simple observancia externa sino una aceptación interna"²¹ (ideología). Además, para Weber toda dominación, incluyendo la estatal, se denomina legítima por el sólo hecho de pretender cierto tipo de legitimidad y no por la obtención de ésta.²²

Al parecer, la dificultad de diferenciar entre el hecho (eficacia) y los motivos que lo provocan, vuelve a presentarse. Al igual que en el problema de la validez, en el de la legitimidad la referencia a los motivos que la ocasionan no sólo es importante sino fundamental. Esta es la posición que toma Bobbio cuando afirma: "No se puede poner en duda que la desobediencia habitual o la inobservancia general de las normas constituyen, para quien detenta el poder, una de las razones principales de la pérdida de legitimidad, aunque no basta en todo caso la no efectividad (por ejemplo en el caso de ocupaciones temporales de un territorio de parte del enemigo) para transformar un poder legítimo en un poder ilegítimo. ¿Pero por qué no basta? Porque, una vez más, la no

²¹ ibidem, p. 24.

²² Ver infra, p. 127 y ss.

efectividad no es un mero hecho observable como se percibe un hecho natural, sino es la consecuencia de una serie de comportamientos motivados, a cuya motivación es necesario remitirse para juzgar en un determinado momento histórico el grado de legitimidad de un poder."²³

Como la obediencia se origina por motivos muy diversos, la eficacia derivada de la obediencia puede estar fundada en uno o varios de esos motivos, no obstante, la simple presencia de la efectividad, que para nosotros constituye un mero hecho, no dice nada, ni del tipo de obediencia que se ha actualizado, ni de las razones que la han provocado. Por lo tanto, si aceptamos que la legitimidad de un sistema jurídico depende exclusivamente de su eficacia, tendríamos que aceptar, también, que todo orden jurídico eficaz es legítimo aún cuando su eficacia haya derivado de una obediencia no libre, provocada, por ejemplo, por el miedo a la coacción.

Aunque se sostenga que la efectividad ha sido introducida en el discurso político "... para probar, para explicar o incluso para justificar la legitimidad del poder..."²⁴, nuestro análisis ha demostrado que sólo el primer supuesto es parcialmente verdadero, ya que, como lo hemos dicho, para probar la legitimidad no es suficiente la efectividad sino que ésta debe basarse en un tipo

²³ *Ibidem*, p. 28.

²⁴ *Ibidem*, p. 28.

especial de obediencia "habitual". a saber, la obediencia libre, espontánea y racional de la mayoría de los gobernados. Esta obediencia, además, debe estar sustentada en la creencia de que es un deber cumplir con los mandatos del derecho y del poder, y ser derivada, junto con la creencia aludida, de la adecuación axiológico-teleológica a la que hemos hecho referencia en el capítulo anterior. Sólo este tipo de obediencia (en todo caso generalizada) constituye la prueba empírica de la legitimidad.

Lo señalado arriba no impide que existan otros elementos de prueba, no empíricos, para demostrar la existencia de la legitimidad de un orden jurídico y de la instancia política que lo emita. Con todas estas afirmaciones, sería lógico pensar que como la efectividad en ningún caso constituye el fundamento de la legitimidad, ésta fuera la causa de aquélla. Esto es totalmente cierto y ha sido sustentado, como lo dijimos antes, por una buena cantidad de autores (Selznick, Burdeau, Duverger, etc.)²⁵. El argumento que soporta la aseveración de que la legitimidad es la causa de la obediencia, aun de la obediencia libre, espontánea y racional es, en cambio, completamente falso.

La legitimidad de un orden no puede ser la causa de la obediencia libre, espontánea y racional, ya que ambos fenómenos (obediencia y legitimidad) se encuentra ubicados en diferentes planos. La legitimidad pertenece al plano de la generalidad y sólo puede tener como producto la eficacia (no en todos los casos como

²⁵ Cfr. BONIFAZ ALFONZO, *Leticia*, op. cit., p. 87.

se verá adelante); la libre y espontánea obediencia, por el contrario, pertenece al plano de la especificidad y únicamente puede ser el resultado de la adecuación de los cuadros estimativos de los gobernantes con respecto a los de los gobernados.

Si se quiere entender a la eficacia derivada de la legitimidad como una obediencia libre racional y espontánea, generalizada, entonces resulta válido sostener que esta obediencia es, en cierto sentido, la consecuencia de la legitimidad.

Por otro lado, la corrección del argumento que sostiene que la legitimidad no es la causa de la obediencia (de un sujeto determinado) admite una excepción. Esta excepción se manifiesta en el caso del investigador, quien sin aceptar el contenido de las normas de un sistema jurídico, las obedece por el hecho de que sus estudios le han demostrado que dicho sistema es legítimo.

La segunda idea deriva de la equivocación que comete el realismo psicológico al inferir la validez del derecho a partir de su eficacia y al no tomar en cuenta que la efectividad puede ser el resultado de otros factores y no sólo de la "conciencia jurídica popular". En este caso se presenta un error semejante al anterior: Se piensa que la efectividad de todo sistema jurídico presupone la existencia del consentimiento popular y que éste, a su vez, determina la obtención de legitimidad. Como se ha demostrado, este argumento no puede ser defendido, ya que si bien es cierto que toda legitimidad suscita, de algún modo, eficacia,

no lo es que toda eficacia sea el resultado de la legitimidad.

Debemos aclarar que aún cuando la legitimidad suscite o provoque efectividad, en muchos casos no culmina en ella. Existen fuerzas de diversa índole (económicas, sociales, culturales y, sobre todo, políticas) que pueden impedir la eficacia de un sistema considerado legítimo. Entre los factores reales de poder, la legitimidad adquiere un valor relativo; las características propias de la relación social en la que se desarrolla, hacen que este valor sea unas veces mayor y otras menor, por ello, es necesario afirmar que la legitimidad de un sistema jurídico-político sólo influirá de manera relativa al logro de su efectividad.

Por último, la tercera idea incorrectamente formulada se encuentra basada en la convicción de que existen dos tipos de legitimidad: una expresa y otra tácita. Esta última se encuentra relacionada con el fenómeno de la aceptación o la aquiescencia y es designada con el término "débil" "legitimación".²⁶

Aunque los conceptos de aceptación y aquiescencia podrían ser tomados como sinónimos, es conveniente diferenciarlos: La aceptación implica la creencia de que las normas del sistema, sobre todo las procedimentales, son las más correctas que existen. La aquiescencia, por su parte, constituye el resultado de la apatía y del hábito; de la rutinización, tanto de la vida política

²⁶ cfr., GARZON VALDES, Ernesto, op. cit., p. 16.

como de los procesos que la soportan.²⁷ La presencia de estos fenómenos supone, invariablemente, la efectividad del sistema, por lo que la supuesta legitimidad tácita queda totalmente reducida a ella.

Por su parte, Garzón Valdés afirma que la aceptación y práctica de los procedimientos políticos, inclusive los democráticos, y de las reglas creadas de acuerdo a ellos (legitimación), no es suficiente para otorgarle la justificación moral al sistema (legitimidad), sino que es necesario que dichos procedimientos y reglas se encuentren enmarcados por valores éticos.²⁸

Con base en lo anterior, podríamos decir que, desde la perspectiva realista, la presencia de uno de los elementos que sirven para afirmar que un sistema jurídico es válido, es suficiente para calificar dicho sistema de legítimo, este elemento es la eficacia del propio sistema. Por lo tanto, la postura realista quedaría comprendida dentro de la forma b3 del criterio b de la relación conceptual validez-legitimidad. Sin embargo, esto nos llevaría a admitir que un sistema jurídico puede ser legítimo sin ser válido, situación que hemos descartado con anterioridad. Lo que sucede es que hemos estado tomando en cuenta tanto la tesis del realismo conductista como la del realismo psicológico

²⁷ Cfr., *ibidem*, p. 18.

²⁸ Cfr., *ibidem*, p. 18.

sin hacer una separación tajante. Para el realismo psicológico son importantes dos elementos en la validez del derecho: la eficacia y el motivo que la provoca (llámese "conciencia jurídica popular" o sentimiento vinculante); estos elementos también son necesarios, para algunos autores (los que piensan que la eficacia no es un mero hecho, sino una realidad motivada), en la obtención de legitimidad. Para el realismo conductista, en cambio, el elemento fundamental para predicar la validez del derecho es, únicamente, la eficacia. Del mismo modo, existen autores que sólo dan importancia a este elemento para calificar a un orden jurídico determinado de legítimo. Por ello, es necesario concluir este punto diciendo que para todas las posturas realistas (psicológicas y conductistas) la validez del derecho es el fundamento de su legitimidad y, consecuentemente, reubicarlas en la forma b) del criterio b) de la relación conceptual citada.

3. EXPLICACION FORMALISTA

3.1 EL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD KELSENIANO

Algunos autores han afirmado que para el creador de la Teoría Pura del Derecho, Hans Kelsen, la legitimidad se funda exclusivamente en la legalidad¹. Esta ha sido una forma poco correcta, pero muy común, de entender lo que el propio Kelsen ha denominado "Principio de Legitimidad". sobre todo si este principio lo referimos, como lo hace él, primero a una norma perteneciente a un orden jurídico concreto y, después, a un poder político determinado. Por ello, en este apartado analizaremos detenidamente el principio de legitimidad Kelseniano.

Kelsen define el principio de legitimidad del siguiente modo: "El principio de que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico o hasta que sea reemplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico, es el principio de legitimidad."² Para Kelsen, el dominio temporal de validez de una norma puede ser limitado expresa o tácitamente. Es limitado en forma expresa si el tiempo en que dicha norma debe valer se encuentra fijado por ella misma o

¹ Cfr., D'ORS, Alvaro, "Legitimidad", Revista Chilena de Derecho, Volumen 8, No. 10, enero-diciembre, Santiago de Chile, 1991. p. 41.

² KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", traducción de Roberto J. Vernengo, Ed. Porrúa, S. A., México, 1992. pp. 217 y 218.

por una norma superior. Es limitado en forma tácita si se crea una norma posterior cuyo contenido sea contrario al de la primera y que, por supuesto, sea también válida.³ Esta nueva norma puede, a su vez, terminar expresamente con la validez de la primera si a si lo determina alguna de sus disposiciones secundarias (en el derecho mexicano esto se lleva a cabo a través de los denominados artículos transitorios). El decir que una norma vale en tanto otra no la derogue (expresa o tácitamente) puede no constituir la determinación precisa del tiempo que durará la validez de dicha norma, pero si el establecimiento de la condición que causará su invalidez y que, en estricto sentido, se encuentra subordinada al lapso de tiempo que medie entre la validez y la actualización del propio hecho condicionante. Por este motivo, tanto el término fijado, como la condición propuesta, pueden conformar el elemento necesario para establecer el ámbito temporal de validez de una norma jurídica. Hay que aclarar que el tiempo fijado para que una norma sea válida constituye, por más corto que pueda ser, una de las consecuencias de la validez de esa norma y, de ningún modo, su causa.

Si sostenemos que una norma vale durante todo el tiempo que fue fijado para ello, estamos diciendo simplemente que esta norma vale, ya que la propia validez presupone el ámbito temporal en el que se presenta. Nadie se atrevería a decir que una norma es válida si no existiera un período de tiempo (corto o largo) en que demostrara su validez. Del mismo modo, ningún órgano facultado

³ Cfr., *ibidem*, p. 217.

para crear normas válidas realizaría su función si el resultado fueran normas válidas que de inmediato dejaran de serlo. Aún cuando existan casos en que los órganos facultados dicten normas válidas con la intención de que sean ineficaces, no los hay en que dichos órganos establezcan normas válidas con la intención de que no lo sean. Estos casos (los últimos) son teórica y prácticamente imposibles, ya que los supuestos que representan se excluyen totalmente.

Debemos de tomar en cuenta que al definir el principio de legitimidad, Kelsen habla del tiempo en que una norma es válida y no del tiempo en que la norma es, o trata de ser, eficaz. Una norma puede ser completamente válida aunque su eficacia no se haya actualizado (esta afirmación admite ciertas limitaciones). De cualquier manera, lo importante para Kelsen en la definición de este principio no es establecer cuanto tiempo se mantiene válida una norma, sino simplemente que la norma se mantiene válida y que, esa validez, se encuentra condicionada tanto por la norma que regula su producción como por la norma que determina su vigencia.

Con base en lo anterior, podemos considerar al principio de legitimidad propuesto por Kelsen como un principio que simplemente establece la validez de cualquier norma perteneciente a un sistema jurídico concreto. es decir, que propone que una norma es válida porque así lo determina el sistema a que pertenece. En este sentido, la legitimidad de una norma estará fundada en su validez y, por lo tanto, el argumento que sostiene que "...el derecho -a

diferencia de las amenazas del salteador de caminos- pretende legitimidad para sí"⁴, será completamente cierto. Una norma es legítima si es válida, y es válida si ha seguido el criterio de validez que el propio sistema jurídico establece. Sin embargo, no puede decirse que una norma inválida es ilegítima, ya que su invalidez puede haberse actualizado en la forma fijada para ello y si, además, se toma en cuenta que para el formalismo es difícil sostener que una norma inválida sea una norma, entonces la calificación de ilegítima de cualquier disposición normativa sólo sería posible cuando su invalidez estuviera fundada en un procedimiento distinto al previsto en el sistema (puede ser que ni siquiera en este caso).

La legitimidad o ilegitimidad sólo puede referirse a la aplicación o no aplicación del principio de legitimidad (con la excepción marcada en el párrafo anterior), es decir, al cumplimiento o no cumplimiento del criterio de validez propuesto por el sistema. Cuando una norma se califica de legítima o "ilegítima" (o no legítima) es porque dicha calificación es el resultado de la aplicación o no aplicación del principio de legitimidad.

Por otro lado, Kelsen afirma que la aplicación del principio de legitimidad se encuentra sujeta a una limitación. Dice el jurista vienés: "Este principio, con todo, se aplica a un orden jurídico estatal con una limitación altamente significativa. No

⁴ RAZ, Joseph, "La Autoridad del Derecho", op. cit., p. 202.

tiene aplicación en caso de revolución. Una revolución -continúa diciendo este autor-, en el sentido amplio de la palabra, que abarca también el golpe de estado, es toda modificación no legítima de la constitución -es decir, no efectuada conforme a las disposiciones constitucionales-, o su remplazo por otra. Visto desde el punto de vista jurídico, es indiferente que esa modificación de la situación jurídica se cumpla mediante un acto de fuerza dirigido contra el gobierno legítimo, o efectuado por miembros del mismo gobierno; que se trate de un movimiento de masas populares, o sea cumplido por un pequeño grupo de individuos. Lo decisivo es que la constitución válida sea modificada de una manera, o remplazada enteramente por una nueva constitución, que no se encuentra prescrita en la constitución hasta entonces válida."⁵

Si la adecuación de ciertos actos a las normas jurídicas, sobre todo a las legislativas, y la consiguiente significación objetiva que las últimas otorgan a los primeros, convierten a estos actos en legales, entonces, la afirmación de Kelsen de que las modificaciones hechas a una constitución o el establecimiento de una nueva, son no legítimos por haberse efectuado en contra de las disposiciones de la constitución válida hasta ese momento, podría suponer que el argumento que señala que para Kelsen la legalidad es la base de la legitimidad, es verdadero y que, por el contrario, la conclusión que sostiene que la legitimidad de una norma se encuentra fundada en su validez, es falsa. No obstante,

⁵ KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", op. cit., p. 218.

si analizamos nuevamente lo expresado por Kelsen, pero esta vez desde el punto de vista opuesto, nos daremos cuenta que la verdad del primer argumento citado es cuestionable. Si Kelsen afirma que toda modificación no legitima de la constitución es aquella que no se realizó de la manera prevista por ella misma y esto implica ilegalidad, entonces es posible afirmar, a contrario sensu, que toda modificación o reforma constitucional que se haya hecho de la manera prescrita es una modificación legal, sin embargo, aunque Kelsen no dudaría en afirmar esto no lo haría en un primer momento; lo que tendría que decir primero es que la modificación realizada en la forma establecida cumplió con los requisitos fijados por el criterio de validez adoptado por el sistema jurídico en general y que, por lo tanto, es una modificación válida. Sólo después de haber hecho esta afirmación es posible decir que se actualizó el principio de legitimidad y que la modificación a la constitución -que al final de cuentas constituye una nueva norma- es legal ("legítima"). Aunque el cumplimiento de ciertos requisitos pueda significar, de algún modo, adecuación de actos a normas (leyes) y, por lo tanto, legalidad, el término que en este contexto debe ser utilizado es el de validez. La legitimidad (actualización del principio de legitimidad) presupone la validez (que provoca dicha actualización) de la norma, y ésta, sólo en algunos casos, puede ser entendida como legalidad. El término "validez" es mucho más amplio que el término "legalidad".

El principio de legitimidad no se cumple o deja de cumplir, sino simplemente se actualiza o deja de actualizarse. En cambio,

los requisitos de validez si se cumplen y, por lo tanto, el criterio que los fija es susceptible de seguirse. El principio de legitimidad puede ser considerado como un juicio descriptivo. El cumplimiento de los requisitos fijados por un criterio de validez determinado y el propio criterio, por su parte, pueden ser considerados como elementos de un juicio prescriptivo (normativo).

Por otro lado, también es necesario dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Por qué para Kelsen el principio de legitimidad no se aplica en caso de revolución? Nosotros pensamos que esta afirmación es hecha por Kelsen simplemente porque él sabe que el criterio de validez o, en su caso, invalidez, que sustenta al principio de legitimidad, no será tomado en cuenta por los revolucionarios. El movimiento revolucionario confiere validez a las normas que produce, con base en un criterio diferente al que prevalecía antes de ser instaurada. En este caso, nos encontramos ante la existencia de dos criterios de validez distintos: uno prevalecía antes de la revolución, el otro es utilizado por la propia revolución. Si el primer criterio de validez no es seguido y, consecuentemente, el principio de legitimidad no es aplicado, entonces, con base en este criterio, puede calificarse a las normas creadas por la revolución de inválidas e ilegítimas (la utilización de este término puede ser discutida⁶). Por el contrario, si el segundo criterio de validez es seguido y aplicado el principio de legitimidad que debe implicar, entonces, las mismas normas revolucionarias podrán ser calificadas de válidas y

⁶ Ver supra., p. 109.

legítimas. Como hemos podido apreciar, la calificación de una norma dependerá del criterio de validez que sea utilizado, pero cuando dos criterios opuestos se encuentran habrá que determinar cual de ellos prevalece, ya que ningún sistema jurídico puede estar fundado en más de un criterio de validez.

Generalmente, las normas que pertenecen a un determinado orden jurídico fundan su validez en la constitución del propio orden (en ella se fija el criterio de validez a seguir respecto de todas las demás normas del orden), pero como la validez de ésta debe también ser fundada jurídicamente es necesario, según Kelsen, establecer una norma que cumpla con ese objetivo. Esta norma es la denominada "norma fundante básica" o "norma fundamental", la cual no es creada sino presupuesta. La norma fundante básica constituye, entonces, el fundamento de validez de la constitución y, por lo tanto, de todo el orden jurídico a que ésta pertenece.

Si la norma fundante básica constituye el último fundamento de validez de un orden jurídico, entonces la existencia de un orden jurídico válido debe presuponer a una norma fundante básica. En el caso de una revolución se presentan, a la vez, dos órdenes jurídicos diferentes (esta diferencia la provoca la norma fundante en la que se basan y no las normas contenidas en ellos) que presupondrán, cada uno, su respectiva norma fundante. Por ello, el problema de determinar que criterio de validez prevalece en esta situación, se transforma en el problema de determinar que norma fundante básica es la que predomina en ella: si la norma fundante

presupuesta por los revolucionarios o la norma fundante anterior.

Según kelsen, lo única forma de probar que una norma fundante básica predomina en una situación dada es recurrir a los hechos, es decir, verificando empíricamente si la constitución, a la cual la norma fundante se encuentra inmediatamente referida, es eficaz.⁷ "Una constitución es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ella son aplicadas y acatadas en términos generales."⁸ En ocasión de una revolución habrá que esperar, entonces, que se compruebe la eficacia de la constitución revolucionaria para poder predicar el dominio de la norma fundante básica en la que se sustenta y reconocer la validez y la "legitimidad" de las normas creadas y de las facultades otorgadas con apego a ella (a la constitución). "Si la revolución no triunfara -es decir, si la constitución revolucionaria, no surgida conforme a la vieja constitución, no lograra eficacia- los órganos que designara no dictarían leyes que fueran efectivamente aplicadas por los órganos previstos en ellas, sino que, en este sentido, la antigua constitución permanecería en vigencia, y no habría ocasión de presuponer, en lugar de la antigua norma fundante básica, una nueva."⁹ Entonces, con base en la norma fundante prevaleciente y en la constitución derivada de ella,

⁷ Cfr., *Ibidem*, p. 219.

⁸ *Ibidem*, p. 219.

⁹ *Ibidem*, p. 219.

tendrían que calificarse de no válidas e "ilegítimas" a las normas creadas por la revolución y a ésta como un "delito de alta traición".¹⁰

Por otra parte, Kelsen afirma que el principio que expresa que una norma fundante básica es presupuesta a partir de la eficacia de la constitución con la que está inmediatamente relacionada, se denomina principio de efectividad y que, este principio, limita al de legitimidad.¹¹ Resulta obvio que para Kelsen el principio de legitimidad se encuentra limitado por el de efectividad, ya que el primero está fundado en la norma que determina la validez de un ordenamiento jurídico, es decir, en la norma fundante básica, y esta únicamente puede ser presupuesta si el propio orden jurídico, incluyendo a la constitución, se muestra eficaz en términos generales.

En el esquema conceptual de Kelsen, la legalidad o, mejor dicho, la constitucionalidad, no conforma el verdadero fundamento de la legitimidad. Esta se encuentra sustentada en la norma fundante básica (como último fundamento de validez), la que, a su vez, se presupone por virtud de la eficacia del orden jurídico. Aun cuando, comúnmente, el procedimiento constitucional para designar o instituir a un gobierno legítimo deba seguirse, lo que para el jurista vienés realmente importa es que la norma que

¹⁰ Cfr., *Ibidem*, p. 210.

¹¹ Cfr., *Ibidem*, p. 210.

establece ese procedimiento sea válida, y esto sólo es posible si existe (hipotéticamente) una norma fundante básica de la cual se derive esa validez. Kelsen dice: "De acuerdo con la norma fundante básica de un orden jurídico estatal, es el gobierno efectivo, que impone, fundándose en una constitución eficaz, normas generales e individuales, el gobierno legítimo del estado."¹² En este sentido, el formalismo Kelseneano se acerca a la postura realista, ya que ambos hacen derivar la legitimidad de la eficacia. Por lo mismo, las objeciones hechas a la última postura (realista) pueden válidamente hacerse a la primera (formalista).

Finalmente, diremos que la explicación formalista del fenómeno de la legitimidad queda incluida en la forma b1 del criterio b de la relación conceptual validez-legitimidad.

3.2 NORMA FUNDAMENTAL Y VALIDEZ JURIDICA

Según Hans Kelsen, algunos actos humanos pueden ser interpretados atribuyéndoles dos significados: uno subjetivo y el otro objetivo. El significado subjetivo es asignado por las personas que realizan el acto o por las personas que observan dicha realización. El significado objetivo, en cambio, es asignado por una norma jurídica válida y permite considerar al acto que interpreta como un acto conforme a derecho o como un acto

¹² *Ibidem*, p. 219.

contrario a derecho.¹³ La diferencia de estos dos significados no impide que sus contenidos puedan coincidir.

Para que una conducta específica obtenga un significado objetivo es necesario, como se dijo arriba, que sea interpretada por una norma jurídica y que esta norma sea considerada válida. Pero ¿cuándo es considerada válida una norma jurídica? Cuando la misma ha sido creada por una serie de actos externos y estos actos han sido interpretados, por otra norma jurídica válida, como actos que pueden producir normas jurídicas válidas (significación objetiva). En otras palabras, una norma jurídica es considerada válida cuando su validez está determinada por una norma superior, también válida. Ahora bien, si queremos saber de donde obtiene su validez esta segunda norma, tendremos que responder que de una tercera y así sucesivamente hasta toparnos con la constitución estatal, cuya validez también deberá ser fundada.¹⁴ Kelsen dice: "Si inquirimos por qué la Constitución es válida, tal vez encontraremos su fundamento de validez en otra Constitución más antigua. Llegaremos finalmente a una Constitución que es históricamente la primera y que fue establecida por algún usurpador o por alguna especie de asamblea. La validez de esta primera Constitución es el supuesto último, el postulado final de que depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico. Se prescribe que debe uno conducirse en la forma que lo

¹³ Cfr., *ibidem*, p. 16.

¹⁴ Cfr., KELSEN, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado", traducción de Eduardo García Maynez, UNAM, México, 1978. p. 125.

ordenaron el individuo o los individuos que establecieron la primera Constitución. Esta es la norma fundamental del orden jurídico en cuestión."¹⁵

Kelsen se da cuenta de que la norma fundamental no puede tener la misma naturaleza de una norma ordinaria, creada a través de los procedimientos normalmente utilizados. Si así fuera, su validez tendría que ser fundada en una norma diversa, lo que provocaría, inevitablemente, un retroceso al infinito por el camino de los fundamentos.¹⁶ Como solución lógica a este problema, Kelsen propone que la norma fundamental no es creada sino simplemente presupuesta y que la presuposición se basa en la eficacia del orden jurídico al que está mediatamente referida.¹⁷ La validez de la norma fundamental, entonces, se encuentra fundada en su propia existencia.

Para Kelsen, la existencia (hipotética) de la norma fundamental es necesaria para explicar la unidad y normatividad de los sistemas jurídicos.¹⁸ Esta explicación la lleva a cabo a partir de dos axiomas: El primero sostiene que dos normas jurídicas, una de las cuales autoriza la creación de la otra, forman parte del

¹⁵ Ibidem, p. 185.

¹⁶ Cfr., Ibidem, p. 187.

¹⁷ Cfr., Ibidem, p. 187.

¹⁸ Cfr., RAZ, Joseph, "La Autoridad del Derecho", op. cit., p. 158.

mismo sistema jurídico; el segundo establece que todas las normas que pertenecen a un mismo sistema jurídico se encuentran autorizadas por una norma jurídica. ¹⁹

"Del segundo axioma se sigue que dos disposiciones jurídicas en que ninguna de las cuales autorice la creación de la otra, no pertenecen al mismo sistema si no existe una disposición jurídica que autorice la creación de ambas. Del primer axioma se sigue que si una disposición jurídica autoriza la creación de otra, o si ambas son autorizadas por una tercera, entonces ambas pertenecen al mismo sistema jurídico."²⁰

A través de estas proposiciones de identidad se establece la necesidad de que exista una norma que autorice la creación de las demás normas de un sistema jurídico y que, por lo tanto, determine la pertenencia de ellas a dicho sistema. Se podría pensar que la norma que cumple con estas características es la constitución de un Estado soberano, sin embargo, con el ejemplo de la constitución integrada por normas legisladas y consuetudinarias²¹, Kelsen excluye esta posibilidad. Lo que queda es suponer la existencia "...en cada sistema de una disposición jurídica no positiva -una disposición jurídica que autoriza todas las disposiciones constitucionales fundamentales y cuya existencia no depende de la

¹⁹ Cfr., *Ibidem*, pp. 158 y 159.

²⁰ *Ibidem*, p. 159.

²¹ Ver KELSEN, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado", op. cit., p. 149.

acción casual de ningún órgano creador de derecho, sino que es una necesidad lógica-. Estas disposiciones jurídicas son las normas fundamentales de los sistemas jurídicos...²² La existencia de la norma hipotética fundante se transforma, entonces, en el criterio de unidad e identidad de un determinado sistema jurídico. De ahí la necesidad de presuponerla.

Por otra parte, la norma fundamental también resuelve el problema de la normatividad del derecho. Este consiste en suponer que ninguna norma jurídica puede ser derivada de hechos; las normas pertenecen al mundo del deber ser y los hechos al mundo del ser; no es posible derivar un ser de un deber ser, pero tampoco es posible la derivación inversa. Kelsen dice: "Nadie puede negar que la afirmación de que 'algo es' -esto es, el enunciado que describe un hecho real-, es esencialmente diferente del enunciado que dice que 'algo debe producirse', esto es: del enunciado con el cual se describe una norma; y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea."²³ Por lo tanto, una norma no puede derivarse más que de otra norma. Kelsen no puede negar que las normas son creadas por actos humanos, pero, según él, lo que en realidad le da validez a esas normas no son los actos sino la norma jurídica que los autoriza. Así, un deber ser deriva de otro deber ser; una norma deriva de otra norma.

²² RAZ, Joseph, "La Autoridad del Derecho", op. cit., p. 100.

²³ KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", op. cit., pp. 19 y 20.

Como norma, la norma hipotética fundamental debe cumplir con el principio de obtener un deber ser a partir de otro deber ser, pero como no existe una norma superior en la cual fundamentarla, la norma hipotética deberá carecer, en consecuencia, de toda positividad, es decir, deberá ser simplemente presupuesta y no creada por actos humanos. De cualquier manera, la única forma de verificar la presuposición de la norma fundamental y, por lo tanto, su existencia (ideal), será probando que la constitución y el orden jurídico derivados de ella logran efectividad en términos generales. En este sentido, los hechos se encuentran íntimamente relacionados con la norma hipotética, si no como su fundamento si como la prueba de su existencia y contenido.

Para Kelsen, la presuposición de la norma fundamental resuelve los problemas de unidad, validez y normatividad del derecho positivo, pero no aprueba ningún valor que lo trascienda ni tampoco hace juicios o consideraciones de naturaleza ética. En su Teoría Pura, Kelsen sostiene que aún cuando los objetos de la ciencia jurídica y de la ética son distintos, esto no impide que ambas ciencias se encuentren relacionadas ni que el contenido de sus normas pueda coincidir.²⁴ En otro lado, este autor dice: "Cuando se afirma que el derecho positivo y la moral son dos sistemas de normas distintos, recíprocamente independientes, significa únicamente que el jurista, al determinar lo que es jurídico, no toma en consideración a la moral, y el moralista, al determinar lo que es moral, no presta atención a las prescripciones del derecho

²⁴ Cfr., *ibidem*, p. 15.

positivo. El derecho positivo y la moral pueden ser considerados como dos sistemas de normas distintos y reciprocamente independientes en virtud y en la medida en que no son concebidos simultáneamente válidos desde el mismo punto de vista.²⁵

Lo anterior significa que, al estudiar sus objetos, la ciencia del derecho y la ética lo hacen desde su muy particular punto de vista. Los puntos de vista de estas ciencias son diferentes entre sí, pero sobre todo son diferentes al punto de vista personal de cada individuo. Desde este último se puede considerar, al mismo tiempo, normas jurídicas válidas y normas morales válidas, así como normas jurídicas no válidas y normas morales no válidas. Esto se debe a que las normas jurídicas y las normas morales, desde el punto de vista de cada sujeto, forman un solo sistema normativo²⁶. La diferencia consiste en que cada punto visual presupone la existencia de un criterio de validez distinto.

Para Kelsen, la teoría jurídica es valorativamente neutra porque desde su punto de vista una norma es válida independientemente de que, desde otro punto de vista (moral o individual), se considere justa o injusta. En cambio, desde el punto de vista de cada individuo una norma (moral o jurídica) es válida precisamente porque es justa o, al menos, porque así la

²⁵ KELSEN, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado", op. cit., p. 445.

²⁶ Cfr., RAZ, Joseph, "La Autoridad del Derecho", op. cit., p. 84.

considera²⁷. "Cualquier individuo puede hablar del derecho, algunas veces desde su punto de vista personal, algunas otras, desde el punto de vista de la ciencia jurídica."²⁸ Adoptando este último, "...incluso un anarquista, si fuera jurista, podría describir un derecho positivo como un sistema de normas válidas, sin por ello aprobarlas."²⁹ Al aceptar que existen estos tipos de punto de vista, Kelsen muestra su relativismo en relación con los valores.

Según Kelsen, desde el punto de vista jurídico la presuposición de la norma fundamental debe constituir la única razón para que las normas que derivan su validez de ella sean obedecidas. Resulta indudable que, desde otros puntos de vista, existen diferentes razones que pueden provocar esa obediencia, sin embargo, para Kelsen estas razones son, en todo caso, razones no normativas que la ciencia del derecho no debe tomar en cuenta.

3.3 LA NORMA DE RECONOCIMIENTO DE HART

La teoría de H. L. A. Hart de la norma de reconocimiento tiene una clara similitud con la teoría kelseniana de la norma fundamental que acabamos de exponer. Así como esto es cierto y se puede observar que en varios puntos ambas teorías convergen, también lo es que en otros se separan totalmente, demostrando con

²⁷ Cfr., *Ibidem*, p. 180.

²⁸ *Ibidem*, p. 180.

²⁹ KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", op. cit., p. 229., nota 133.

ello su especial originalidad. La razón de estudiar la teoría hartiana de la norma de reconocimiento radica en que una de sus principales aportaciones, la tesis del punto de vista interno, puede estar relacionada en algún sentido con el problema de la legitimidad de un orden jurídico. Comencemos pues, por analizar brevemente dicha teoría.

Según Hart, para que se pueda calificar a un sistema jurídico de completo, éste debe estar integrado por dos tipos diferentes, aunque relacionados, de reglas: "reglas primarias" de obligación y "reglas secundarias" de no obligación.³⁰ "Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas."³¹ Estas últimas pueden ser divididas en "reglas de cambio", "reglas de adjudicación" y "regla de reconocimiento".

Para Hart, en un sistema jurídico simple, es decir, en un sistema jurídico que sólo cuenta con "reglas primarias" de obligación pueden presentarse tres graves problemas. El primero consiste en que las reglas de ese "sistema" no constituyen propiamente un sistema, sino un conjunto de pautas o principios sin ningún rasgo común que las identifique y las organice. El segundo estriba en que la forma de cambio de esas reglas es un proceso lento que necesita, primero, que las líneas de conducta

³⁰ Cfr., HART. H. L. A., "El concepto del derecho", Ed. Nacional, México, 1980. p. 101.

³¹ Ibidem, p. 101.

fijadas por el grupo sean concebidas como optativas, después sean obedecidas de manera habitual y, por último, sean reconocidas como obligatorias. Finalmente, el tercer problema consiste en que no existe un criterio para establecer en qué casos determinadas conductas deben ser consideradas violatorias de las reglas del "sistema".³² Para solucionar estos problemas es necesario, según Hart, introducir a aquella estructura de "reglas primarias" un conjunto de "reglas secundarias" que las complementen. Estas "reglas secundarias" son las "reglas de cambio", las "reglas de adjudicación" y la "regla de reconocimiento". Las "reglas de cambio" resolverán el problema del carácter estático de las "reglas primarias"; las "de adjudicación" conferirán ciertas facultades a determinados individuos para que éstos puedan establecer si en un caso concreto se ha trasgredido o no una "regla primaria"; por último, la "regla de reconocimiento" resolverá el problema de la identidad del "sistema" jurídico.³³

Las "reglas de cambio" y las "de adjudicación" se encuentran, generalmente, previstas en la constitución estatal. La "regla de reconocimiento", por el contrario, no se encuentra establecida en ningún cuerpo normativo del sistema, de hecho, rara vez es expresada pero "...su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u

³² cfr., *Ibidem*, pp. 114-116.

³³ cfr., *Ibidem*, pp. 116-120.

otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros."³⁴

A diferencia de la norma fundamental de Kelsen, la de reconocimiento prueba su existencia inmediatamente con hechos y mediatamente con creencias. La manera en que son identificadas las normas primarias del sistema por sus destinatarios (que constituye la base de la norma de reconocimiento) implica una relación entre éstos y aquéllas; una relación que indudablemente tiene consecuencias fácticas pero que, principalmente, se origina a partir de razones o motivos psíquicos. Esta relación es el resultado del llamado "punto de vista interno".

Para Hart, existen dos puntos de vista desde los cuales los destinatarios de las normas primarias se relacionan con ellas. Uno de ellos es el punto de vista externo y el otro el punto de vista interno³⁵. El punto de vista externo es el del observador quien, sin aceptar las reglas primarias de un sistema, afirma que éstas son adoptadas, desde el punto de vista interno, por los miembros del grupo; o el de quien, aún estando sometido a las reglas primarias del sistema, no las acepta como correctas sino que sólo las obedece por hábito o temor a la sanción.³⁶ El punto de vista interno es el de quien acepta alguna regla del sistema como orientadora de su conducta, reconociéndola como válida y

³⁴ Ibidem, p. 127.

³⁵ Cfr., Ibidem, pp. 110-112

³⁶ Ibidem, pp. 110-112.

aplicando, por lo tanto, la regla de reconocimiento respectiva³⁷. La identificación de las "reglas primarias" desde este último punto de vista es estrictamente indispensable para la existencia de todo el sistema jurídico. Hay que señalar, también, que el punto de vista interno se presenta respecto de las "reglas primarias" del sistema y no respecto de la regla de reconocimiento. El enunciado que expresa la existencia de una regla de reconocimiento es un enunciado externo que se basa en la presencia de ciertos hechos (práctica de los tribunales, funcionarios y particulares) y en la manifestación del punto de vista interno con el que éstos se relacionan.

Por otro lado, la diferencia que hay entre punto de vista externo y punto de vista interno tiene una estrecha relación con la distinción que existe entre los enunciados "tener una obligación" y "verse obligado". Respecto de esta última, Hart dice: "Recordemos la situación del asaltante. A. ordena a B. entregarle el dinero y lo amenaza con disparar sobre él si no cumple. De acuerdo con la teoría de las órdenes coercitivas esta situación ejemplifica el concepto de obligación o deber en general. La obligación jurídica consiste en esta situación a escala mayor; A. tiene que ser el soberano, habitualmente obedecido, y las órdenes tienen que ser generales, prescribiendo cursos de conducta y no acciones aisladas. La plausibilidad de

³⁷ Cfr., *ibidem*, p. 128.

pretender que la situación del asaltante despliega el significado de 'obligación', consiste en el hecho de que, ciertamente, es una situación en la que diríamos que B., si obedeció, 'se vio obligado' a ello. Sin embargo, es igualmente cierto que no describiríamos adecuadamente la situación si dijéramos, en base a estos hechos, que B. 'tenía la obligación' o el 'deber' de entregar el dinero. Así, desde el comienzo, resulta claro que necesitamos algo más para comprender la idea de obligación."³⁸

Al igual que la situación del asaltante, el punto de vista externo puede expresarse, según Hart, con los enunciados "Me vi obligado a hacerlo" o "Es posible que me sancionen si", ya que, como dijimos, este punto de vista reproduce la situación en que ciertos miembros de un grupo cumplen con las reglas que éste les impone, no por aceptarlas sino porque saben que su violación les acarrearán consecuencias desagradables³⁹. Por ello, tanto el punto de vista externo como los enunciados a través de los cuales suele expresarse no implican, en modo alguno, una verdadera obligación. Sucede lo contrario respecto del punto de vista interno, ya que éste, junto con los enunciados por los cuales se expresa ("tenía la obligación" o "era mi deber"), si despliegan el significado de una obligación verdadera.

Si para la existencia de la regla de reconocimiento es

³⁸ *Ibidem*, pp. 102 y 103.

³⁹ *Cfr.*, *Ibidem*, p. 112.

necesaria la expresión de un punto de vista interno, entonces quedarían las siguientes dos preguntas por responder: ¿Quién o quiénes deben expresar el punto de vista interno? y ¿Qué razones son las que motivan esta mismo punto de vista? En lo que sigue trataremos de dar respuesta a cada una de ellas.

A lo largo de las explicaciones sobre la expresión del punto de vista externo, hemos visto que Hart se refiere a ella como a una situación poco frecuente que se presenta, a lo mucho, respecto de la minoría de los miembros de un determinado grupo. Esto nos permite inferir que el punto de vista opuesto, es decir, el punto de vista interno, debe presentarse en la mayoría de los casos y manifestarse por la mayoría de los miembros de ese mismo grupo. Estas ideas las encontramos claramente expresadas en las siguientes palabras de H. L. A. Hart: "Lo que no puede reproducir el punto de vista externo, que se limita a las regularidades observables de conducta, es la manera en que las reglas funcionan como tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad. Estos son los funcionarios, abogados, o particulares que las usan, en situación tras situación, como guías para conducir la vida social, como fundamento para reclamos, demandas, reconocimientos, críticas o castigos, esto es, en todas las transacciones familiares de la vida conforme a reglas."⁴⁰

Si, con base en lo anterior, la expresión mayoritaria del punto de vista interno es necesaria para la existencia, tanto de

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 112 y 113.

la regla de reconocimiento como de la del sistema que establece, entonces, el predominio del punto de vista externo en una determinada estructura jurídica nos impediría hablar de ella como de un verdadero sistema. No obstante, hay muchos órdenes jurídico-políticos a los que correctamente se les puede aplicar el término "sistema", que cuentan con una regla de reconocimiento específica y que basan su existencia en un complejo régimen coercitivo, provocando, con ello, la preeminencia del punto de vista externo. Si esto es cierto, como lo es, habría que descartar en consecuencia la tesis de la expresión mayoritaria del punto de vista interno y buscar otra posibilidad para solucionar la cuestión que se ha planteado.

Nosotros creemos que un buen intento de solución lo constituyen las ideas de Ernesto Garzón Valdes, quien afirma que "...un sistema existe sólo si al menos el grupo dominante acepta la regla de reconocimiento desde el punto de vista interno."⁴¹ "Además -sigue diciendo este autor- la presencia del punto de vista interno es una condición necesaria pero no suficiente para la existencia del sistema. Se requiere, también, que quienes lo adoptan tengan el poder de imponer su regla de reconocimiento en la respectiva sociedad."⁴²

Si, por un lado, la diferencia entre los puntos de vista

⁴¹ GARZON VALDES, Ernesto, "El concepto de estabilidad en los sistemas políticos", op. cit., p. 27.

⁴² *Ibidem*, p. 31.

externo e interno constituye una dicotomía sustancial y, por el otro, el punto de vista interno guarda una estrecha relación con el enunciado "tener una obligación", que es un enunciado eminentemente moral, entonces, el hábito y el temor a la coacción que son la base del punto de vista externo no pueden ser considerados como factores que influyen en la formación del punto de vista opuesto, es decir, del punto de vista interno y, por ello, tendríamos que quedarnos, por lo menos hasta este momento, con la coincidencia de los contenidos normativos de la moral y del derecho como principal fundamento de este punto de vista. Sin embargo, no debemos olvidar que para entender la postura que a este respecto toma H.L.A. Hart hay que "...tener presente que su noción de aceptación o respaldo de una norma -que expresa el contenido del punto de vista interno- no implica ninguna aprobación moral."⁴³ Este autor no habla de juicios morales en la expresión de este punto de vista, sino sólo de la creencia de que las "reglas primarias" que pertenece a un sistema son válidas, correctas (aunque la corrección pueda constituir en algunos casos el resultado de un juicio moral) o "necesarias para la preservación de la vida social"⁴⁴

En este orden de ideas, sería poco factible sostener que la adecuación axiológico-teleológica de la que hemos hablado fuera, entonces, la razón que motivara el punto de vista interno, ya que

⁴³ RAZ, Joseph, "La Autoridad del Derecho", op. cit. p. 107.

⁴⁴ HART, H. L. A., "El concepto de derecho", op. cit., p. 108.

aquella se encuentra muy relacionada con el discurso moral y éste ha sido rechazado como principio de razón para el caso que aquí se plantea. El único camino que nos queda es excluir las razones consideradas y afirmar que las que motivan la formación del punto de vista interno son todas aquellas que no forman parte de las excluidas. Por lo tanto, estas razones pueden ser de cualquier naturaleza con tal de que cumplan con la condición de exclusión.

Esta idea es compartida por Joseph Raz, quien afirma lo siguiente: "Me parece que Hart está en lo cierto al decir que los jueces y otros funcionarios regularmente involucrados en la aplicación y ejecución del derecho efectivamente lo aceptan y siguen. Pueden tener reservas con respecto a la justificación moral del derecho, pero, no obstante, ellos lo aceptan y lo aplican por sus propias razones (salario, contexto social, etc.) o por ninguna razón."⁴⁵

De cualquier manera, la solución no resuelve todas las dudas que se pueden suscitar en relación a la naturaleza del punto de vista interno, por lo que sólo debe ser tomado como un intento por interpretar el pensamiento hartiano.

⁴⁵ RAZ, Joseph, "La autoridad del Derecho", op. cit., p. 198.

4. EXPLICACION SOCIOLOGICA

4.1 ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA TIPOLOGIA DE MAX WEBER DE LA DOMINACION LEGITIMA

Como dice Elias Diaz, "...es obligado y necesario referirse a Max Weber siempre que se habla de legitimidad; aunque sea, y con razón, en tono crítico..."¹ Las consideraciones que en este punto haremos tienen como principal fin aclarar algunas cuestiones sobre la tipología de Weber y, sobre todo, buscar en ella la respuesta a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los motivos verdaderos que provocan la formación de la creencia en la legitimidad de una dominación? Para responder a esta pregunta y comprender de algún modo la tipología weberiana de la dominación legítima es indispensable partir de los conceptos utilizados por su creador, así como de sus respectivos significados. Para Max Weber, la noción "legitimidad" y lo que ésta implica (significación) se encuentran estrechamente relacionadas con los siguientes conceptos:

a) Poder.- "Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad."²

¹ DIAZ, Elias, "Legitimidad Democrática Versus Legitimidad Iusnaturalista", Anuario de Derechos Humanos, loc cit., p. 51.

² WEBER, Max, "Economía y Sociedad", Esbozo de sociología comprensiva, Edición preparada por Johannes Winckelmann, 1922, traducción castellana de José Medina Echavarría, Juan Baura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora, Fondo de Cultura Económica, México, 1964. p. 49.

b) Dominación.- "Por dominación debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas."³

c) Obediencia.- "Obediencia significa que la acción del que obedece transcurre como si el contenido del mandato se hubiera convertido, por sí mismo, en máxima de su conducta; y esto únicamente en méritos de la relación formal de obediencia, sin tener en cuenta la propia opinión sobre el valor o desvalor del mandato como tal."⁴

Por su parte, "La 'legitimidad' de una dominación debe considerarse sólo como una probabilidad, la de ser tratada prácticamente como tal y mantenida en una proporción importante."⁵

Además de los conceptos y significados citados habrá que tomar en cuenta las siguientes ideas básicas:

1.- Desde la perspectiva sociológica de Weber, la realidad en sí no puede ser objeto de conocimiento. El mundo fenoménico es infinitamente variado; es, a un mismo tiempo, heterogéneo y continuo. El científico no puede más que explicar los hechos de manera particular y no general, y esto únicamente es posible a

³ Ibidem, p. 24.

⁴ Ibidem, p. 172.

⁵ Ibidem, p. 171.

través de la creación y utilización de los denominados "tipos ideales". Aún así la ciencia sólo puede ofrecer explicaciones parciales de unos cuantos elementos de la realidad (mundo fenomenológico).⁶

2.- Para Weber, el concepto de legitimidad se aplica, fundamentalmente, en la relación que existe entre la dominación y su cuadro administrativo y, accidentalmente, en la relación que se presenta entre la dominación y la "masa" sometida a ella. Weber dice: "...toda dominación sobre una pluralidad de hombres requiere de un modo normal (no absolutamente siempre) un cuadro administrativo; es decir, la probabilidad, en la que se puede confiar, de que se dará una actividad, dirigida a la ejecución de sus ordenaciones generales y mandatos concretos, por parte de un grupo de hombres cuya obediencia se espera. Este cuadro administrativo puede estar ligado a la obediencia de su señor (o señores) por la costumbre, de un modo puramente afectivo, por intereses materiales o por motivos ideales (con arreglo a valores)... En lo cotidiano domina la costumbre y con ella intereses materiales, utilitarios, tanto en ésta como en cualquier otra relación. Pero la costumbre y la situación de intereses, no menos que los motivos puramente afectivos y de valor (racionales con arreglo a valores), no pueden representar los fundamentos en que la dominación confía. Normalmente se les añade otro factor: la

⁶ Cfr. SANCHEZ AZCONA, Jorge, "Reflexiones sobre el poder", op. cit., pp. 101 y ss., y COTTERRELL, Roger, "Introducción a la Sociología del Derecho", Ed. Ariel, S.A., México, 1991, p. 132.

creencia en la legitimidad."⁷

3.- Según Weber, los tipos de dominación, de obediencia y de cuadro administrativo están determinados por la clase de legitimidad que cada dominación pretende.⁸

4.- En toda la tipología weberiana está presente el divorcio (aparente) entre el origen de la dominación y el valor (razón última) que la fundamenta.

Con base en los conceptos e ideas expresados, Max Weber establece su conocida tipología de las formas de dominación legítima. Este autor escribe: "Existen tres tipos puros de dominación legítima. El fundamento primario de su legitimidad puede ser:

1.- De carácter racional: que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal).

2.- De carácter tradicional: que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (autoridad tradicional).

3.- De carácter carismático: que descansa en la entrega

⁷ WEBER, Max, "Economía y Sociedad", op. cit., p. 170.

⁸ Ibidem, p. 170.

extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (llamada) (autoridad carismática)."⁹

Segun Weber, ninguno de estos tipos ideales acostumbra a darse "puro", sin embargo, a través de ellos puede establecerse, con alguna certeza, lo que hay de carismático, tradicional o legal en una determinada forma de dominación.¹⁰

Es importante insistir en que el establecimiento de los tipos ideales de dominación se encuentra basado, exclusivamente, en la pretensión de legitimidad que cada dominación manifiesta y no en la calificación de su dominio como legítimo o ilegítimo. Todas y cada una de las dominaciones existentes se encuentran, por el sólo hecho de "pretender" una determinada clase de legitimidad, dentro de alguno de los tipos ideales propuestos o dentro de alguna de sus combinaciones. En este sentido, una dominación puede clasificarse en tradicional, carismática o racional de acuerdo a la clase de legitimidad que pretenda (tradicional, carismática o racional), independientemente de que la consiga o no. Para Weber, la legitimidad sólo es una posibilidad sustentada en una creencia y no en la realidad, por ello, la creencia en la legitimidad de una dominación debe ser entendida aquí como sinónimo de ideología dominante.

⁹ Ibidem, p. 172.

¹⁰ Cfr. Ibidem, p. 173.

Con base en lo anterior, es necesario, primeramente, hacer una clara distinción de las siguientes tres ideas:

a) La pretensión de legitimidad por parte de una dominación, que constituye la base de la tipología weberiana;

b) La creencia (ideología) en la legitimidad de una dominación que, en el discurso de Weber, permite calificarla de legítima o ilegítima, y

c) La legitimidad de la dominación (para Weber, tiene una importancia secundaria).

Max Weber reconoce que la creencia en la legitimidad constituye sólo uno de los motivos por los cuales la dominación obtiene obediencia, a saber, el menos "frágil". Por lo mismo, dicha creencia puede actualizarse o no actualizarse. Weber dice: "Ni con mucho ocurre que la obediencia a una dominación esté orientada primariamente (ni siquiera siempre) por la creencia en su legitimidad. La adhesión puede fingirse por individuos y grupos enteros por razones de oportunidad, practicarse efectivamente por causa de intereses materiales propios, o aceptarse como algo irremediable en virtud de debilidades individuales o desvalimiento."¹¹ El hecho de que no se actualice la creencia en la legitimidad de una dominación no es una razón para que se excluya, a ésta, del tipo a que pertenece según su propia pretensión de

¹¹ *Ibidem*, p. 171.

legitimidad.

Al darle la categoría de motivo o razón a la creencia en la legitimidad de una dominación, Weber la opone a las demás razones que existen para la obtención de obediencia: materiales con arreglo a fines, racionales con arreglo a fines, afectivas o racionales con arreglo a valores, etc., sin embargo, la creencia misma puede estar fundada en una o varias de estas razones, o incluso en otras. Decir que una creencia se encuentra fundada en alguna razón es común, pero no lo es afirmar que una razón está fundada en otra razón. Para evitar que se piense que lo dicho hasta aquí resulta contradictorio (considerar a la creencia en la legitimidad de una dominación como una razón para obtener obediencia y, al mismo tiempo, no considerarla como tal), debemos recordar que para nosotros la legitimidad o, en este caso, la creencia en la legitimidad, no constituye, normalmente, una razón por la cual se obedezca a la dominación (tampoco se olvide que la normalidad como toda regla admite excepciones¹²).

Pero si existe oposición entre la creencia en la legitimidad y las "otras" razones por las cuales se consigue obediencia, entonces ¿cuáles son los motivos en que se funda la creencia citada? Nosotros pensamos que Max Weber no da ninguna respuesta a esta pregunta. Congruente con su metodología, lo que hace es simplemente describir los acontecimientos tal y como se presentan, decir "...lo que la gente, el grupo social considera y ha

¹²Supra p. 161.

considerado como legítimo..."¹³ En su tarea científica, Weber trata de evitar cualquier juicio valorativo, por ello no entra al estudio de si las razones que motivan la obediencia son valiosas o no; sólo expresa lo que puede constatar empíricamente, es decir, que esas razones están ahí y que influyen de un modo determinante en la producción de comportamiento. Para Weber, este es el objetivo de la ciencia: explicar los fenómenos tal y como son, independientemente de los juicios de valor que el investigador haga respecto de ellos. La ciencia es esencialmente descriptiva y no prescriptiva (a esto se le llama "principio de avaloración"),

Max Weber únicamente sabe que a lo largo de la historia las dominaciones no sólo han confiado en motivos puramente materiales o racionales con arreglo a fines o valores para obtener obediencia, sino también, y de un modo fundamental, en la creencia en su propia legitimidad. Además, que esta creencia es, desde luego, inducida por la misma dominación y que su contenido dependerá de la clase de legitimidad pretendida. Sin embargo, Weber no puede decirnos, por ejemplo, si el contenido de la creencia o el ejercicio de la propia dominación "debe" o no ser justo.

Por otro lado, hay que aclarar que aunque para Weber el contenido de la creencia sea determinado por la clase de legitimidad pretendida, ésta, por sí sola, no influye en la actualización o no actualización de la creencia. Esta

¹³ DIAZ, Elías, "Legitimidad Democrática Versus...", op. cit., p. 57.

actualización se da en función de que no se rebasen los límites fijados, no por la clase de legitimidad pretendida (en algún sentido puede considerarse que si la propia clase determina sus condiciones de existencia y funcionamiento, entonces podrá determinar, al mismo tiempo y de manera tácita, sus límites), sino sobre ella. En este orden de ideas, rebasar los límites fijados a la clase significa desequilibrar la creencia en la legitimidad de un dominio. Veamos cuáles son estos límites.

En la dominación carismática los límites son las cualidades extraordinarias del líder y la constante corroboración de las mismas¹⁴. Weber afirma: "Debe entenderse por 'carisma' la cualidad, que pasa por extraordinaria (condicionada mágicamente en su origen, lo mismo si se trata de profetas que de hechiceros, arbitros, jefes de cacería o caudillos militares), de una personalidad, por cuya virtud se le considera en posesión de fuerzas sobrenaturales o sobrehumanas -o por lo menos específicamente extracotidianas y no asequibles a cualquier otro-, o como enviados del dios, o como ejemplar y, en consecuencia, como jefe, caudillo, guía o líder... Sobre la validez del carisma decide el reconocimiento -nacido de la entrega a la revelación, de la reverencia por el héroe, de la confianza en el jefe- por parte de los dominados; reconocimiento que se mantiene por 'corroboración' de las supuestas cualidades carismáticas -siempre originariamente por medio del prodigio... Si falta de un modo permanente la corroboración, si el agraciado carismático parece abandonado de su

¹⁴ Cfr., WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, op. cit., pp. 193 y ss.

dios o de su fuerza mágica o heroica, le falla el éxito de modo duradero y, sobre todo, si su jefatura no aporta ningún bienestar a los dominados, entonces hay la probabilidad de que su autoridad carismática se disipe. Este es el sentido genuinamente carismático del imperio 'por la gracia de Dios'.¹⁵

En la dominación tradicional los límites son la costumbre socialmente aceptada y la creencia en la santidad de las ordenaciones y los poderes determinados por esa costumbre. Weber sostiene: "Debe entenderse que una dominación es tradicional cuando su legitimidad descansa en la santidad de ordenaciones y poderes de mando heredados de tiempos lejanos, 'desde tiempo inmemorial', creyéndose en ella en méritos de esa santidad... De hecho el ejercicio de la dominación se orienta por lo que, de acuerdo con la costumbre, está permitido al señor (y a su cuadro administrativo) frente a la obediencia tradicional de sus súbditos, de modo que no provoque su resistencia. Esta resistencia se dirige, cuando surge, contra la persona del señor (o de los servidores) que desatendió los límites tradicionales del poder, pero no contra el sistema como tal ('revolución tradicionalista')."¹⁶

En la dominación legal o racional el límite lo constituye el respeto y el cumplimiento, por parte del grupo dominante, de las

¹⁵ *Ibidem*, pp. 103 y 104.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 180 y 181.

reglas válidamente establecidas. A este respecto Weber dice: "La dominación legal descansa en la validez de las siguientes ideas, entrelazadas entre sí:

1.- Que todo derecho, 'pactado' u 'otorgado' puede ser estatuido de modo racional -racional con arreglo a fines o racional con arreglo a valores (o ambas cosas)-, con la pretensión de ser respaldado, por lo menos, por los miembros de la asociación; y también regularmente por aquellas personas que dentro del ámbito del poder de la asociación (en las territoriales: dentro de su dominio territorial) realicen acciones sociales o entren en relaciones sociales declaradas importantes por la asociación.

2.- Que todo derecho según su esencia es un cosmos de reglas abstractas, por lo general estatuidas intencionalmente; que la judicatura implica la aplicación de esas reglas al caso concreto; y que la administración supone el cuidado racional de los intereses previstos por las ordenaciones de la asociación, dentro de los límites de las normas jurídicas y según principios señalables que tienen la aprobación o por lo menos carecen de la desaprobación de las ordenaciones de la asociación.

3.- Que el soberano legal típico, la 'persona puesta a la cabeza', en tanto que ordena y manda, obedece por su parte el orden impersonal por el que orienta sus disposiciones.

4.- Que -tal como se expresa habitualmente- el que obedece sólo lo hace en cuanto miembro de la asociación y sólo obedece 'al derecho'.¹⁷

Como podemos observar, los límites fijados a cada una de las clases de legitimidad no sólo implican el mantenimiento de ciertas cualidades (dominación carismática) o de ciertos hechos (dominación tradicional), o el cumplimiento de ciertas reglas o procedimientos (dominación legal), sino, sobre todo, el respeto al valor que constituye la base de ese mantenimiento o cumplimiento. En la dominación carismática el valor que prevalece es el bienestar general (independientemente de que el carácter de esta dominación sea irracional) y en la tradicional, la santidad (bondad) que, en última instancia, puede quedar incluida en el mismo bienestar general.

Por lo que se refiere a la dominación legal, el valor que subyace a la creencia en su legitimidad no es determinado de un modo específico en las explicaciones de Weber, sin embargo, es posible deducirlo a partir de ellas. Max Weber sostiene que este tipo de dominación es característico de las sociedades modernas en las que "la creencia en la legalidad de las ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando" constituyen la base de la creencia en su legitimidad.¹⁸ Pero, en este caso, debemos recordar

¹⁷ Ibidem, pp. 173 y 174.

¹⁸ Ibidem, p. 172.

que la legalidad también conforma el principio que sustenta a la doctrina del constitucionalismo¹⁹ y que éste no puede ser entendido si no se le hace derivar de la voluntad popular y del consenso. Además, estas instituciones no pueden existir si no se ven apoyadas por determinados valores, a saber, la justicia, la libertad, la igualdad, el bien común, etc.

Es en la dominación legal donde puede observarse de manera más clara el divorcio entre el origen del poder y el valor en que se fundamenta y con el cual, en ciertas condiciones, se legitima. Este divorcio es expresado modernamente en la paulatina separación de las reglas y procedimientos jurídicos, del valor o valores que se encuentran en su base. Es cierto, como lo hemos dicho, que algunos procedimientos y reglas (regla de la mayoría, sufragio efectivo, elecciones populares y regulares, etc.) son en sí mismos valiosos, pero también lo es que la utilización de dichas reglas y procedimientos no es suficiente para que una dominación alcance legitimidad, sino que es indispensable que ellos tengan un sustento axiológico-teleológico a través del cual la puedan justificar. La dominación legal ha olvidado este sustento y ha propagado ideológicamente la obtención de su legitimidad a través del simple y llano cumplimiento de esas reglas.

Por otro lado, el propio Weber afirma que la dominación legal se encuentra sustentada en una serie de actividades específicas, a las que por su carácter racional, limitado y objetivo, se les ha

¹⁹ Cfr., TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, "La ciencia del derecho y la formación del ideal político", op. cit., p. 194.

denominado 'magistraturas' o 'autoridades' y que la categoría más importante de ellas la constiuyen los cargos de elección popular, es decir, los cargos obtenidos a través del cumplimiento y respeto de la voluntad del pueblo.²⁰ Además, según Weber, la legalidad puede valer como legitimidad sólo por dos razones: 1) en virtud de una estipulación por parte de los individuos interesados (en algún sentido, acuerdo social), y 2) en virtud de una imposición (en algún sentido concesión). Veamos como a partir de estas razones la legalidad deja de ser fundamento suficiente de legitimidad al tener la necesidad de ser (posteriormente) fundada por ellas.²¹

Con base en lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que la creencia en la legitimidad de una dominación se encuentra fundada, inmediatamente, en una serie de acontecimientos reales y, mediatamente, en la presencia y el respeto a un valor determinado. No tomar en cuenta esto, provocaría la actualización del ya citado divorcio (aparente) entre el origen y el valor o entre la regla (norma) y el valor, que constituye la causa por la que, en las sociedades modernas, la legitimidad ha sido reducida a la simple legalidad.

Finalmente, lo que hasta aquí se ha querido demostrar es que, aun cuando Weber opone los motivos racionales con arreglo a fines o a valores, a la creencia en la legitimidad de una dominación²²,

²⁰ Cfr., WEBER, Max, 'Economía y Sociedad', op. cit., p. 174.

²¹ Cfr., Bovero, Michelangelo, 'Lugares Clásicos y Perspectivas Contemporáneas Sobre Política y Poder', loc. cit., p. 53.

²² En la explicación de este tema hemos pretendido mantener el

su propia exposición prueba que esta creencia se encuentra basada, fundamentalmente, en esos motivos (la creencia en la legitimidad de la dominación carismática queda incluida aún cuando su "fundamento inmediato" tenga el carácter de irracional). De hecho, Weber reconoce, como lo hemos visto, que la dominación legal, que

es una forma de dominación legítima, se halla sustentada en la creencia de que todo derecho puede ser estatuido de modo racional con arreglo a fines o a valores (no obstante esta afirmación, aceptamos la posibilidad de que, con base en el discurso weberiano, los motivos que provocan la creencia en la legitimidad sean distintos a los motivos por los cuales se estatuye un orden jurídico). Además, en otro pasaje de su obra²³, Weber declara que existe una forma más de dominación legítima, cuya creencia, en caso de que se presente, estará fundada en motivos puramente racionales con arreglo a valores. El tipo más puro de esta dominación se encuentra representado por el derecho natural.

término creencia en la legitimidad', utilizado por Max Weber, y no el de "creencia legitimante", empleado por nosotros en el capítulo anterior, ya que cada uno de ellos tiene su propio significado.

²³ Cfr., Ibidem, p. 91.

5. OTROS DOS TEMAS SOBRE LA LEGITIMIDAD

En la parte final del capítulo anterior hemos dado algunas ideas concretas sobre lo que nosotros creemos constituye el fenómeno de la legitimidad, y presupuesto otras. Probablemente las ideas presupuestas no han podido ser inferidas por todos los lectores, principalmente por aquellos que carecen de una formación específica: política o jurídica. En este punto desarrollaremos, de un modo breve y analítico, los siguientes dos temas que al parecer han quedado en el aire: El consenso popular y la regla de la mayoría y El relativismo axiológico. Desde luego, la pretensión anterior se llevará a cabo en la medida de nuestras posibilidades y con el sólo fin de dejar aciaradas, repito, aunque sea de manera muy breve, las cuestiones que más nos preocupan.

5.1 EL CONSENSO POPULAR Y LA REGLA DE LA MAYORÍA

"El concepto de consenso juega un papel decisivo en los modelos modernos de justificación del Estado"¹. A partir de ahí se la ha visto como un elemento fundamental en la legitimidad de los sistemas políticos; un elemento teórico y no empírico o, dicho de un modo más correcto, un elemento numérico.

Cuando los sometidos a un poder se dan cuenta de que éste cumple

¹ BECKER, Werner, "Los significados opuestos del concepto consenso", en Derecho y Filosofía, obra compilada por Ernesto Garzón Valdés, 2a Edición, Distribuciones Fontamara, S. A., México, 1988. P. 59.

con sus más altas expectativas éticas o estimativas, surge en ellos la convicción de que ese poder debe ser obedecido y que deben aceptarse, consecuentemente, las limitaciones que les son impuestas a través de su ejercicio. Esta convicción, al fortalecerse, se transforma en la creencia que da lugar a un tipo especial de obediencia, a saber, a la obediencia libre, espontánea y racional. Si la creencia, además, es compartida por la mayoría de los sometidos, se actualiza lo que ha sido identificado con el concepto "consenso".

Desde la teoría clásica, el concepto "consenso" fue utilizado para significar, tanto el acuerdo popular necesario para la formación de la sociedad civil o del Estado (pacto social), como, y consecuentemente, el acuerdo popular en la elección de las libertades que habrían de ser consideradas como fundamentales y, por lo tanto, protegidas por la sociedad recientemente creada. Esta doble significación tenía como punto de partida la idea de que ambos acuerdos debían ser tomados por la voluntad de todos los integrantes de la comunidad, es decir, por su voluntad unánime y, por ello, sin necesidad de recurrir a la coacción. A este tipo de consenso se le ha denominado "consenso individualista".

Por otro lado, en el moderno discurso político se creó un nuevo concepto de consenso, llamado "consenso democrático". Este tipo de consenso se separa del modelo clásico al fundarse en la denominada "regla de la mayoría" y, por lo tanto, en la aceptación de un mínimo de coacción para que la minoría disidente se someta a la voluntad de

la mayoría.² El consenso democrático, aún cuando se aleje del modelo clásico y de su principio de unanimidad, no pierde su naturaleza, debido a que las resoluciones tomadas por la mayoría obligan, o al menos pretenden obligar, a la totalidad de los integrantes del conglomerado social.

A partir de la evidente oposición de estos dos conceptos de consenso, se presenta el problema de saber cual de ellos debe prevalecer, ya que cada uno cuenta con un valor distinto dependiendo del plano en que sean utilizados: teórico o práctico. En el plano teórico, por ejemplo, el concepto de consenso individualista y el principio de unanimidad en el que se basa poseen "...una sorprendente vitalidad como pauta ideal-ficticia de los modelos sociales concebidos en la actualidad por filósofos y científicos sociales."³ Sin embargo, es difícilmente concebible una situación real en la que prevalezca una coincidencia unánime respecto de decisiones, normas de conducta o reglas de procedimiento para formar la voluntad colectiva.⁴ Además, la propia unanimidad "...es una condición que, cuando el número de los que deciden es muy grande, impide fácticamente todo acuerdo..."⁵ De hecho, el concepto de consenso individualista fue creado, paradójicamente, para que una

² Ibidem, p. 50.

³ Ibidem, p. 62.

⁴ Ibidem, p. 62.

⁵ Ibidem, p. 66.

sola clase social, la burguesía, decidiera cuales eran las libertades y los derechos que debían ser reconocidos y protegidos por el sistema jurídico prevaleciente. Como el consenso se desarrolla en una relación social (relación de autoridad) en la que intervienen, con el carácter de parte, una enorme cantidad de sujetos (gobernados), entonces habrá que descartar, a priori, la utilidad real del principio de unanimidad derivado del concepto de consenso individualista.

Por otro lado, el concepto de consenso democrático y la regla de la mayoría en la que se funda, han alcanzado una importancia relevante tanto en el terreno teórico como en el práctico y, en este sentido, podrían ser considerados como directrices a seguir para calificar a un sistema político de legítimo. Sin embargo, esta medida no supera todos los problemas ya que "...por sí sola la cantidad no es garantía de verdad -ni de justicia-, sino únicamente de fuerza."⁶ Si esto es cierto, entonces, "¿qué criterio habrá de adoptarse como regla de decisión?: ¿el criterio de un hombre excepcional, guía del pueblo, prescindiendo pues de la decisión colectiva?; ¿o el de una minoría, más preparada y consciente (aceptemos la tesis óptima)?"⁷ Para dar solución a estas cuestiones es necesario distinguir entre el valor de las decisiones y el valor de las reglas procedimentales que han sido utilizadas para tomarlas (regla de la mayoría o regla de la

⁶ COTTA, Sergio, "La legitimidad ¿Un espejismo?, op. cit., p. 101.

⁷ DIAZ, Elías, "De la maldad estatal y la soberanía popular", loc. cit., p. 50.

minoría). En efecto, por lo que respecta al contenido de las decisiones tomadas a través de la regla de la mayoría éstas pueden ser parcial o totalmente justas o parcial o totalmente injustas, pero "...lo que es justo -o más justo o más ético- es que, para los asuntos de interés colectivo, sean las mayorías las que a la postre decidan y no cada individuo o grupo minoritario."^B La aplicación de la regla de la mayoría resulta ser en sí misma una manifestación de justicia y, por lo tanto, el mejor criterio para la formación de consenso (no olvidemos lo que hemos estado afirmando de que el cumplimiento de reglas o procedimientos, aún los democráticos, no es suficiente para la obtención de legitimidad, es indispensable, como lo hemos visto, que dichas reglas y procedimientos tengan un sustento estimativo).

Finalmente, lo dicho arriba puede ser demostrado de manera cuantitativa si le asignamos un valor a cada uno de los supuestos que pueden presentarse y, después, los expresamos a través de todas las posibles combinaciones. Empecemos por asignar valores:

Daremos el valor (1) a los siguientes supuestos:

- a) Aplicación de la regla de la mayoría (RM), y
- b) Contenido justo de las decisiones (CJ).

Asignaremos el valor (-1) al supuesto que a continuación se

^B *Ibidem*, p. 100.

expresa:

c) Contenido injusto de las decisiones (c_j)

Por último dejaremos sin valor al supuesto subsecuente:

d) Aplicación de la regla de la minoría (r_m).

Ahora, con base en los valores dados, expresaremos las combinaciones existentes y sus resultados numéricos:

$$A) 1(RM) + 1(CJ) = 2$$

$$B) 1(RM) + -1(CJ) = 0$$

$$C) (r_m) + 1(CJ) = 1$$

$$D) (r_m) + -1(CJ) = -1$$

Como lo hemos podido apreciar, la combinación de mayor valor resulta ser la compuesta por la aplicación de la regla de la mayoría (RM) y el contenido justo de las decisiones (CJ) tomadas con apego a ella. Por lo tanto, la sólo aplicación de las reglas y procedimientos democráticos (regla de la mayoría) resulta insuficiente para legitimar a un sistema político; es necesaria, además, la presencia de valores éticos que condicionen dichos procesos."⁹

⁹ Cfr., GARZON VALDES, Ernesto, "El concepto de estabilidad de los sistemas políticos", op. cit., p. 18.

5.2 EL RELATIVISMO AXIOLÓGICO

A lo largo de este trabajo hemos defendido la idea de que la legitimidad de un sistema político se encuentra respaldada por la creencia de que las disposiciones de ese sistema deben obedecerse por encarnar o actualizar los más altos valores (jurídicos) a los que la comunidad (principalmente los gobernados) aspira. No obstante, no se han esclarecido las muchas incógnitas que sobre este tema se suscitan. Estas cuestiones se concretizan en preguntas tales como: ¿Cuál es la esencia de los valores?, ¿qué tipo de valores hay?, ¿existen varios sistemas valorativos?, ¿o cuál es el criterio para establecer una jerarquía estimativa? En lo que sigue trataremos de dar respuesta a estas preguntas.

Un sistema axiológico se compone, generalmente, de los siguientes tipos de valores: a) utilitarios, b) estéticos, c) morales, y d) jurídicos. Cada uno de estos tipos o categorías se presentan en ámbitos perfectamente determinados, sin embargo, los dos últimos suelen compartir sus respectivos campos de manifestación. A su vez, cada categoría valorativa implica la jerarquización específica de los valores que la integran. Si se toman en cuenta todas las jerarquizaciones específicas, se puede conformar una jerarquización genérica que establezca los niveles en los que se colocan cada uno de los valores de todo el sistema axiológico. Las jerarquías resultantes nunca serán absolutas ya que el propio sistema se encuentra totalmente condicionado por factores externos de muy diversa índole, además, sería imposible llegar a conciliar las

"preferencias" estimativas de cada persona.¹⁰ De cualquier manera, "dentro de cada comunidad siempre han existido sistemas de valores que son, o reconocidos por todos, o por casi todos los miembros de ellas."¹¹ Con base en lo anterior, podemos decir que existen dos tipos de sistemas axiológicos en cada comunidad: uno general y otro particular. El primero es el que comparten todos los miembros; el segundo, es propio de cada uno de ellos.

De la misma manera en que se estructura el carácter social, el sistema axiológico de la comunidad se establece. Este tiene su origen en los sistemas valorativos de los individuos integrantes de la comunidad, pero, como aquél, nunca podrá ser reducido a la suma total de esas individualidades. El maestro Sánchez Azcona dice: "Un sistema positivo de valores no es la creación arbitraria de un individuo aislado sino que es el resultado de influencias individuales recíprocas dentro de un grupo dado, familia, raza, clan, casta, profesión, quienes se encuentra bajo determinadas condiciones socioeconómicas."¹²

Por su parte, el sistema axiológico de la comunidad, una vez formado, condiciona el contenido de los sistemas valorativos individuales, lo que permite que los cambios que experimenta la

¹⁰ Cfr., SANCHEZ AZCONA, Jorge, "Normatividad Social", op. cit., pp. 82 y ss.

¹¹ Ibidem, p. 85.

¹² Ibidem, p. 85.

comunidad en su conjunto sean asimilados, también, por cada uno de esos sistemas individuales. El sistema axiológico social y los sistemas valorativos individuales se retroalimentan y evolucionan recíprocamente, por ello son considerados como estructuras meramente históricas y circunstanciales, propias de la comunidad en la que se desarrollan.

Aún cuando los sistemas valorativos están sujetos a circunstancias espaciales y temporales, lo que verdaderamente está condicionado por ellas es el contenido de los valores que los integran y, desde luego, la forma en que los mismos son jerarquizados. El relativismo axiológico (al que nos adherimos) consiste, entonces, en reconocer que el contenido y la forma de manifestación de los valores depende de las características propias del medio en el que se desarrollan, y no en afirmar que hay tantos valores como comunidades existen.

Como en el ámbito político-estatal prevalece la categoría estimativa de los valores jurídicos (justicia, bien común, seguridad, orden, libertad, igualdad, etc.), el relativismo axiológico que se presenta en torno a ellos debe ser tomado en cuenta para la explicación de los fenómenos que se presentan en él. Uno de estos fenómenos es el de la legitimidad del poder político. Si esto se nos escapa de las manos no podremos distinguir entre una creencia libre (base de la legitimidad) y una creencia manipulada ideológicamente.

Por último el carácter indisoluble de la relación que existe

entre los valores jurídicos, principalmente la justicia, y el fenómeno de la legitimidad, queda claramente expresado en las siguientes palabras del maestro Sánchez Azcona: "La realización del valor justicia es el principio de la legitimación de un orden político-social; através de ella el mero hecho de dominación adquiere un carácter legítimo. El concepto de legitimidad por tanto, no puede ser separado de un concepto axiológico de justicia."¹³

¹³ *ibidem*, p. 82.

CAPITULO TERCERO

LEGALIDAD

1. LEGALIDAD EN GENERAL

En términos generales, la noción de "legalidad" implica dos cosas: a) la existencia de ciertas leyes que establecen proposiciones o juicios respecto de determinados fenómenos: naturales, sociales o culturales, y b) la adecuación de esos fenómenos a las proposiciones establecidas por aquellas leyes. En este sentido, "legalidad" indica, simplemente, concordancia con leyes y, por lo mismo, es posible hablar de diferentes tipos de ella: legalidad lógica, cuando existe adecuación de ciertos fenómenos a las leyes de la lógica; legalidad ética, si concuerda determinada conducta con las leyes de la ética; o legalidad jurídica, si la coincidencia es con relación a las leyes (o normas) de un determinado orden jurídico.¹ "Estas posibilidades de clasificación del concepto legalidad aquí esbozadas no son completas. Como existen también leyes físicas, químicas, científiconaturales, matemáticas, históricas, etc., es posible también elaborar otros tantos conceptos de legalidad."²

El problema de la variada connotación del concepto "legalidad", es el resultado del significado equívoco de la palabra "ley", el

¹ Cfr., KLUUG, Ulrich, "Problemas de Filosofía del Derecho", versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Editorial Sur, S. A., Buenos Aires, 1966, pp. 75 y 76.

² Ibidem, pp. 75 y 76.

cual puede ser referido tanto a la regularidad del acontecer natural, como a la determinación de ciertos modelos de conducta.³ En el primer caso, "ley" significa la manifestación de juicios enunciativos o descriptivos que expresan verdades, las cuales tienen como finalidad la explicación de las relaciones causales que "gobiernan" a los fenómenos de la naturaleza; de ahí que se habl@ de "ley natural" o "leyes naturales". En el segundo, el concepto "ley" indica la formulación de juicios prescriptivos "...que estatuyen deberes condicionados, ya que hacen depender la existencia de estos de la realización de ciertos supuestos."⁴ En este punto estudiaremos únicamente el primer significado del término "ley" y la noción de "legalidad" correspondiente.

Toda "ley", en el sentido considerado, establece que " a determinadas condiciones que en cierto respecto son iguales, se hallan siempre unidas ciertas consecuencias, que en otro cierto respecto son iguales."⁵ A esta proposición se le ha denominado "principio de causalidad" y se expresa a través de la siguiente fórmula: Si es A es B. García Maynez, al tratar de diferenciar la ley natural de la norma de conducta, menciona como características de

³ Cfr., LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "Noción de legalidad", en Revista del Instituto de Derecho Comparado, No. - 10, enero-junio, Barcelona, España, 1959. p. 7.

⁴ GARCIA MAYNEZ, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, S. A., México, 1992. p. 19.

⁵ HELMHOLTZ, citado por Eduardo García Maynez, "Introducción al Estudio del Derecho", op. cit., p. 5.

la primera las siguientes: "a) La finalidad de la ley natural es la explicación de relaciones constantes entre fenómenos...b) Las leyes naturales implican la existencia de relaciones necesarias entre los fenómenos...c) Una ley natural es válida cuando es verdadera, o sea, cuando las relaciones a que su enunciado se refiere ocurren realmente, en la misma forma en que éste indica. Para que las leyes físicas tengan validez es indispensable que los hechos se confirmen."⁶

La ley natural nunca debe ser confundida con las relaciones causales que son expresadas a través de ella; tampoco debe ser tomada como la causa o el efecto de los fenómenos que describe. La ley natural únicamente señala la forma y las condiciones en que se presentan dichos fenómenos, pero su formulación en ningún caso produce o producirá fenómeno alguno.⁷ Por ejemplo, "el enunciado: 'el calor dilata los cuerpos', no hace que éstos aumenten de volumen, cuando se les calienta; indica sólo un nexo causal entre la dilatación y el fenómeno que la provoca."⁸ Del mismo modo, la Tercera Ley de Newton que establece que "cuando un cuerpo ejerce una fuerza sobre otro, el segundo ejerce sobre el primero una fuerza igual pero

⁶ Ibidem, pp. 5 y 6.

⁷ Cfr., Ibidem, p. 5.

⁸ Ibidem, p. 5.

en dirección opuesta"⁹, no provoca, por su sólo formulación, el movimiento ascendente de un cohete. En este sentido, la ley natural sólo expresa lo que en el mundo real sucede o, dicho de otra forma, lo que en la realidad es.

Por otro lado, las descripciones que formula la ley natural tienen la pretensión de ser válidas universalmente, es decir, de convertirse en juicios o proposiciones verdaderas. Por lo tanto, la validez de la ley natural se encuentra condicionada a que las verdades que expresa sean corroboradas fácticamente.¹⁰ "Tal corroboración debe ser total e indefectible, no parcial ni esporádica. Una sólo excepción puede destruir un principio científico."¹¹

Con base en lo anterior, la noción de legalidad que resulta de la utilización del término "ley" en su sentido de proposición descriptiva, implica la adecuación de ciertos fenómenos naturales a una serie de enunciados que explican sus relaciones causales, es decir, que señalan en que casos y bajo que condiciones dichos fenómenos se presentan.

⁹ BEISER, Arthur, "Física Aplicada", traducción de Angela María Guzmán de García y María Carolina Spinel de Caro, Serie "SHAUM", Ed., McGraw-Hill, México, 1978. p. 29.

¹⁰ Cfr., GARCIA MAYNEZ, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", op. cit., p. 7.

¹¹ Ibidem, p. 8.

2. LEGALIDAD JURIDICA

Ya hemos visto que el término "ley" puede ser entendido como juicio descriptivo o como juicio prescriptivo. En este último sentido, el término "ley" es utilizado tanto en el discurso moral como en el discurso jurídico. La noción de legalidad jurídica, por lo tanto, se encuentra íntimamente relacionada con este significado de "ley":

Por su parte, la legalidad jurídica puede implicar cualquiera de las siguientes dos cosas:

a) La adecuación de una conducta a una disposición normativa, independientemente de la especie a que esta disposición pertenezca. En este caso se puede hablar de legalidad jurídica en sentido amplio o de juridicidad, y

b) La adecuación de una conducta a una disposición normativa cuya especie es la de una ley, es decir, la de una norma general, abstracta e impersonal creada a través de los procedimientos fijados para ello y por los órganos debidamente facultados. En este caso se puede hablar de legalidad jurídica en sentido estricto.

El punto b anterior puede ser incluido en el punto a. A partir de esta inclusión es posible considerar que el término "juridicidad" debe prevalecer sobre el término "legalidad", no obstante, en el

discurso jurídico sigue predominando este último. Por lo tanto, la legalidad jurídica significará, en todo caso, la adecuación de una conducta a una norma, independientemente de la especie a que ésta pertenezca (ley, reglamento, etc.).

Es necesario señalar que la noción de legalidad jurídica es aplicada fundamentalmente respecto de la conducta de los funcionarios del Estado en cuanto tales y no respecto de la conducta de particulares. Esto es cierto aún cuando en términos muy amplios y bajo otros presupuestos se pueda hablar de legalidad jurídica si existe la adecuación de la conducta de un particular a una disposición normativa.

En tanto "ley", la ley en sentido jurídico (norma general) debe cumplir con el principio de causalidad fijado en las proposiciones por las cuales se expresa el concepto general de "ley", es decir, con la causalidad descrita en las proposiciones del tipo: "Para cada X vale: si X es P, entonces X es Q"¹² o si es A es B. Sin embargo, por su naturaleza descriptiva, la ley jurídica (o norma general) lo más que puede hacer es acercarse a esta tipo de proposiciones y ser expresada del siguiente modo: Si A es debe ser B. La dicotomía que aparecía entre los dos primeros significados del término "ley", esto es, ley como descripción del ser y ley como prescripción del deber

¹² KLUG, Ulrich, "Problemas de Filosofía del Derecho", op. cit., p. 78.

ser, se relativiza a partir de este acercamiento lógico-proposicional. El principio de causalidad de las leyes naturales se transforma, así, en el principio de imputación de las leyes (normas) jurídicas. A este respecto Legaz y Lacambra dice: "Causalismo y determinismo, de un lado, en el ámbito de la naturaleza; libertad en el plano normativo, como idea y como construcción. Frente a esto, la introducción del indeterminismo y la tendencia a unificar el método científico bajo el signo del 'fiscalismo', lo que permitiría considerar los hechos sociales con un criterio 'científico' sin caer en todos los inconvenientes del viejo fisicismo, ha aproximado los dos conceptos antitéticos de 'ley': pues se relaja el rígido determinismo de las leyes naturales y al convertirse éstas en leyes de 'probabilidad estadística', parecen aplicables a los hechos sociales, los cuales, sin necesidad de ser desnaturalizados, pueden ser considerados bajo el punto de vista de una legalidad natural."¹³

Por otro lado, toda norma jurídica, incluyendo a la ley, consta de las siguientes características generales: a) su finalidad es provocar cierto comportamiento; b) presupone la libertad de los sujetos a quienes obliga, y c) puede ser calificada de válida o no válida.¹⁴ Por su parte, la ley jurídica tiene, además, los caracteres específicos siguientes: A) es general, abstracta e impersonal, y B)

¹³ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "Noción de Legalidad", loc. cit., pp. 8 y 9.

¹⁴ Cfr., GARCIA MAYNEZ, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", op. cit., pp. 5-7.

es creada por un órgano especialmente facultado para ello (Órgano legislativo, Congreso, Parlamento, etc.). El primero es el carácter material de la ley; el segundo, su carácter formal.

2.1 EL DISCURSO DEL DERECHO

En el primer capítulo de este trabajo afirmamos que el derecho, como orden jurídico positivo, constituye uno de los principales aparatos del cual se vale el Estado para ejercer su dominación. Sin embargo, éste es sólo uno de los dos aspectos en que se presenta el fenómeno jurídico.

El fenómeno jurídico se nos presenta, a la vez, como aparato y como discurso. Como aparato lleva a cabo funciones tanto políticas como ideológicas. Las principales funciones políticas que realiza el derecho son:

a) La estructuración de las relaciones sociales y la organización de la acción social. Por conducto de ellas, se especifican e institucionalizan los roles, las funciones microsociales, los fines y los status que deben prevalecer en la sociedad¹⁵;

¹⁵ Cfr., KAPLAN, Marcos, "Estado y Sociedad", op. cit., p. 210.

b) "La fijación de las reglas del juego social y político, de los principios y procedimientos de adquisición y ejercicio del poder"¹⁶, y

c) La asignación de los recursos económicos de la sociedad y el establecimiento de las formas de distribución.¹⁷

Por su parte, las principales funciones ideológicas son:

a) La institucionalización del poder estatal. El poder se institucionaliza a través de su formulación y legitimación, y se ejerce por conducto de mecanismos y procedimientos efectivos. La legitimidad y la legalidad del poder permiten que los mandatos sean considerados válidos, no por la naturaleza de su contenido, sino por el simple cumplimiento de ciertos requisitos previamente establecidos para su creación¹⁸, y

b) El mantenimiento de una imagen "buena" de la sociedad y de su sistema de valores.¹⁹

Como discurso, el derecho constituye un lenguaje distinto al

¹⁶ *Ibidem*, p. 210.

¹⁷ *Cfr.*, *Ibidem*, p. 211.

¹⁸ *Cfr.*, *Ibidem*, p. 210.

¹⁹ *Cfr.*, *Ibidem*, p. 210.

lenguaje ordinario²⁰ que lleva implícitas propiedades normativas, operativas o performativas.²¹ "El discurso jurídico, sin embargo, no es homogéneo y nos impone de entrada una distinción fundamental: una cosa es el discurso sobre el derecho (o sobre la norma), y otra cosa es el discurso del derecho (o de la norma)."²²

"Según Kalinowski²³, el discurso del derecho reviste tres modalidades principales según se trate del discurso del legislador, del discurso del juez o del discurso de la ley"²⁴

El discurso del legislador conforma un lenguaje normativo sólo de manera derivada, que tiene por objeto la ley y su promulgación. Este discurso es expresado a través de las formulas "rituales" siguientes: X promulga Y, X decreta Z o X decide W. En donde X representa al órgano facultado para crear leyes, es decir, el órgano o la instancia legislativa, y Y, Z y W al contenido de la ley. El discurso del Juez es un lenguaje generalmente normativo y se expresa en fórmulas semejantes a las utilizadas en el discurso del

²⁰ Cfr., TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, "La ciencia del derecho y la formación del ideal político", op. cit., pp. 129 y ss.

²¹ Cfr., GIMENEZ, Gilberto, "Poder, Estado y Discurso", op. cit., p. 79.

²² Ibidem, p. 79.

²³ Citado por Gilberto Giménez en "Poder, Estado y Discurso", op. cit., p. 80.

²⁴ Ibidem, p. 80.

legislador: X condena Y, X reconoce Z o X declara W. En este caso la variable X representa al juez o al tribunal, y las variables Y, Z y W al contenido de la resolución.²⁵

2.1.1 EL DISCURSO DE LA LEY

El discurso de la ley (el término ley debe ser entendido aquí como derecho) tiene un carácter esencialmente prescriptivo o normativo; se encuentra orientado a la regulación de conductas a través de la limitación del libre actuar del hombre (imposición de obligaciones o deberes). Este discurso no sólo se compone de normas generales, sino también de proposiciones que carecen de naturaleza deóntica. Estas últimas únicamente describen o definen determinadas cosas, pero por su estrecha relación con las primeras (norma en estricto sentido) se les considera, también, como parte integrante del discurso de la ley.²⁶ Por lo mismo, este discurso debe ser entendido como un sistema normativo y no como un sistema de normas. La distinción hartiana entre normas primarias o de obligación y normas secundarias o de no obligación, constituye un elemento de gran utilidad para la caracterización del discurso jurídico (discurso de la ley) como sistema normativo.

Otra forma de entender al discurso de la ley es considerándolo

²⁵ Cfr., *Ibidem*, p. 81.

²⁶ Cfr., *Ibidem*, p. 81.

como un sistema globalmente coactivo, es decir, reconociendo que no todas las normas que lo integran tienen una naturaleza sancionadora (virtualmente coercitiva) y afirmando que el ejercicio global de la fuerza es organizado y reglamentado sólo por algunas de ellas. En relación con esto, Gilberto Giménez afirma lo siguiente: "Pocos se percatan de la importancia de definir el fenómeno jurídico en términos de sistema, y no en función de normas consideradas aisladamente o en sí mismas. Este enfoque permite, entre otras cosas, invertir el modo tradicional de plantear la definición del derecho: un ordenamiento jurídico no es aquel que se compone de normas coercitivas, sino que son normas jurídicas aquellas que pertenecen a un ordenamiento globalmente coactivo."²⁷

Es necesario señalar que la expresión "discurso de la ley" es utilizada, en el discurso sobre el derecho, para designar:

a) El lenguaje precriptivo del derecho (en este sentido la expresión "discurso de la ley" puede ser equiparada a la expresión "discurso del derecho"), y

b) El lenguaje prescriptivo de la ley (proposiciones jurídicas emanadas de una norma general, abstracta e impersonal creada por el órgano especialmente facultado para ello).

²⁷ *Ibidem*, pp. 83 y 84.

El primer significado es el que se usa de manera más frecuente. Esto es entendible ya que, a partir del liberalismo, el discurso del derecho, como tal, fue absorbido casi totalmente por el discurso de la ley (en el sentido mencionado en el inciso b anterior); la creación del derecho se basó, fundamentalmente, en la producción de normas generales, abstractas e impersonales por los órganos legislativos. De esta manera el primado de la ley se convirtió en un principio incontrovertible²⁸; "...las otras formas de producir derecho aspiraban, en el fondo, a su consagración legislativa o estatal."²⁹ La ley fue considerada, entonces, como sinónimo de derecho y, por lo tanto, como sinónimo de justicia (en el discurso en el que derecho y justicia son términos equivalentes).

2.2 LA JURISPRUDENCIA DOGMÁTICA COMO DISCURSO SOBRE EL DERECHO

El discurso sobre el derecho constituye el metalenguaje con el cual se interpreta (no de un modo simple) el lenguaje del derecho. Este metalenguaje se caracteriza por ser fundamentalmente descriptivo y representativo; por reinterpretar y reformular discursivamente el material jurídico, es decir, el derecho positivo. Este metalenguaje es precisamente el lenguaje de la jurisprudencia dogmática.³⁰

²⁸ Cfr., *Ibidem*, p. 87.

²⁹ *Ibidem*, p. 87.

³⁰ Cfr., TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, "La ciencia del derecho y la formación del ideal político", op. cit., p. 129.

"La jurisprudencia dogmática (o, simplemente, jurisprudencia), es una disciplina, i.e., un oficio intelectual, en el cual hay alguien que lo practica siguiendo ciertos cánones reconocidos. Esta disciplina, comúnmente denominada 'doctrina' explica o interpreta el material (mandatos, órdenes, prácticas, etcétera) tenido como derecho, sin cuestionar su validez. Normalmente la jurisprudencia dogmática se encuentra en los escritos de los juristas."³¹

La jurisprudencia dogmática, como disciplina científica, tiene como principal objetivo la "reformulación" del derecho positivo creado a través de los procedimientos fijados para ello y por las instancias socialmente reconocidas como productoras de derecho.³² A partir de esta reformulación, la jurisprudencia dogmática establece una serie de conceptos, proposiciones, axiomas, clasificaciones, definiciones, etc., que nos permiten una correcta lectura del material jurídico.³³ A su vez, "...la 'reordenación' o 'reformulación' del derecho positivo que lleva a cabo la jurisprudencia, presupone ciertos principios fundamentales... Estos principios podemos dividirlos en: 1) concepciones fundamentales; 2) presupuestos fundamentales, y 3) *regulae*".³⁴

³¹ *Ibidem*, p. 129.

³² *Cfr.*, *Ibidem*, p. 130.

³³ *Cfr.*, *Ibidem*, p. 129.

³⁴ *Ibidem*, pp. 131 y 132.

Las concepciones fundamentales postulan las virtudes del derecho (orden, bondad, justicia) y de la jurisprudencia (ser, a la vez, ciencia y arte; ser una ciencia noble, etc.), así como dogmas en relación a los valores del derecho (libertad, igualdad, justicia, bien común, etc.).³⁵

Por su parte, "las *regulae* constituyen, propiamente hablando, los *prima iura principia* los cuales equivalen a las máximas de los dialécticos o a los *problemata* de los geómetras. Estas *regulae* son aceptadas por el jurista dogmático sin cuestionar su validez. Más que presupuestos, son sus herramientas de trabajo."³⁶ Las *regulae* realizan las siguientes funciones: a) "compendian" el derecho; b) establecen principios generales, y c) formulan reglas de inferencia y de razonamiento para interpretar e integrar al derecho.³⁷

Dejamos al final, de manera deliberada, el estudio de los presupuestos fundamentales, ya que en ellos se encuentra el denominado "principio de legalidad", el cual será especialmente analizado en el siguiente punto.

Los presupuestos fundamentales son aquellas suposiciones previas

³⁵ Cfr., *Ibidem*, p. 193.

³⁶ En relación a este tema, el profesor Tamayo y Salmorán cita la obra "*Regulae iuris*" de Peter Stein. Cfr., *Ibidem*, 194.

³⁷ Cfr., *Ibidem*, pp. 194 y 195.

que el jurista hace durante su función dogmática.³⁸ En ellas pueden incluirse a las siguientes: a) la presuposición de la normatividad y practicidad del derecho; b) la presuposición de que el derecho es un cuerpo ordenado, "exhaustivo y consistente"; c) la presuposición de que existen ciertas instituciones jurídicas, y d) la presuposición del principio de legalidad.³⁹

Finalmente, es importante mencionar que la jurisprudencia dogmática, entendida como discurso sobre el derecho, conforma una de las principales bases ideológicas para la justificación del poder político estatal. En este sentido, el discurso jurídico se encuentra estrechamente ligado a la función ideológica del derecho como aparato del Estado. A este respecto, Tamayo y Salmorán afirma: "...si la jurisprudencia 'reformula' el derecho positivo de un Estado (reino, república, principado), la jurisprudencia es, necesariamente, una teoría sobre las funciones (jurídicas) del Estado. En tanto (única) fuente autoritativa (i.e., *dotada de autoridad*) sobre cuestiones prácticas (en el sentido de que *debe* o no *debe* ser hecho), la jurisprudencia puede fundamentar (justificar) o proscribir una acción política o gubernamental."⁴⁰

³⁸ Cfr., *ibidem*, p. 199.

³⁹ Cfr., *ibidem*, pp. 199 y 184.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 196.

2.2.1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Para analizar el principio de legalidad, debemos partir de la idea de que en el moderno Estado de derecho este principio significa la adecuación de la conducta de los funcionarios estatales, en el desempeño de su labor, a las disposiciones legales (aquí se incluyen todas las normas que son, por lo menos, leyes en sentido material) o, dicho de otra forma, el sometimiento de los órganos y funcionarios del estado a las normas que regulan su competencia y establecen sus facultades (véase como el significado del principio de legalidad es idéntico al de la noción de legalidad jurídica que mencionamos anteriormente).

"El principio de legalidad opera en dos niveles: descriptivo y justificativo. El tenor del principio podría formularse así: 1) es regla de competencia; i.e., en el derecho de un Estado (*legal system, Rechtsordnung*) todo acto jurídico (orden, decisión, mandato) supone una norma jurídica que confiere facultades; todo poder o facultad, requiere, necesariamente, de *fundamentación jurídica*. 2) La legalidad *debe* controlar los actos de los funcionarios (e.g., el exceso o desvío de poder, decisión *ultra vires*, son cuestiones jurídicas)."⁴¹

Por otra parte, la aplicación del principio de legalidad

⁴¹ *ibidem*, p. 134.

encierra, en si misma, efectos pasivos y efectos activos. El principal efecto pasivo es que el ejercicio del poder se encuentra limitado en aras de la seguridad jurídica y de la libertad individual.⁴² A partir de este efecto, todo gobernado puede libremente calificar a un acto de "autoridad" de legal o ilegal y, al mismo tiempo, proteger su libertad de actuar conociendo los límites legales impuestos a dicha "autoridad". El principal efecto activo es que el Estado se encuentra obligado a sancionar las violaciones al principio de legalidad, a través del cumplimiento cabal del mismo, del establecimiento de tribunales y de la administración de justicia. Este último efecto se relaciona con el "deber" de la legalidad de controlar los actos de los funcionarios.

Lo anterior nos llevaría a formular las siguientes preguntas: ¿Existen límites a la aplicación del principio de legalidad? y, en caso afirmativo, ¿cuáles son esos límites? Nosotros creemos que en la mayoría de los modernos Estados de derecho existen, indudablemente, esos límites, si no por virtud del establecimiento de disposiciones que los fijan expresamente, si por la realización de ciertos actos que los actualizan.

En la actualidad, el propio legislador limita este principio mediante la utilización de conceptos "indeterminados". De esta manera

⁴²Cfr. KLUO, Ulrich, "Problemas de Filosofía del Derecho", op. cit., pp. 63 y 64.

siempre se dejan posibilidades al juez o al funcionario de interpretar dichos conceptos.⁴³ Además, los funcionarios y jueces tienen plena libertad de criticar y valorar no sólo sus actos sino, sobre todo, el contenido de las normas que deben cumplir o aplicar (esto no impide que la obediencia a ellas sea motivada por otras razones). Ulrich Klug afirma: "Para poder responder a la pluralidad imprevisible de casos concretos, los jueces y los funcionarios administrativos están autorizados a valorar por sí mismos de una manera amplia, decidiendo y disponiendo como si fueran legisladores."⁴⁴

En todo caso, la "transgresión" al principio de legalidad, llevada a cabo a través del incumplimiento o desobediencia a normas consideradas injustas, debe ser permitida. Por lo tanto, el límite fundamental a la aplicación de este principio debe ser, no la ilegitimidad sino la injusticia de las normas (en algún sentido antijuridicidad) que "deban" ser obedecidas. Con este límite se evitará el extremo de conjugar injusticia y legalidad, situación que se presentó, con funestas consecuencias, en la Alemania nacional-socialista.

⁴³ Cfr., *Ibidem*, pp. 68 y 69.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 68.

3. DISTINCION ENTRE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

Contrario a lo que se piensa, la asimilación de la legitimidad en la legalidad no fue causada por el positivismo jurídico, sino por la fuerza del pensamiento iusnaturalista; en especial de las teorías del contrato social, de los derechos naturales del hombre y del derecho natural racionalista. La distinción iusnaturalista entre la voluntad "apasionada" e ilimitada (también injusta) del soberano y el desapasionamiento y racionalidad de las leyes, constituyó la base de esta asimilación.⁴⁵ El propio Aristóteles, en "La Política", expone estas cuestiones "...en forma de dilema: '¿Es más conveniente ser gobernados por el mejor hombre o por las mejores leyes?' Aristóteles formula a favor del segundo punto una máxima destinada a tener gran éxito: 'La ley no tiene pasiones que necesariamente se encuentran en todo hombre'. "⁴⁶

Desde la antigüedad, las leyes fueron consideradas como una de las manifestaciones más evidentes de racionalidad (humana o divina) y, por lo tanto, como el extremo antitético de las pasiones. Pero no sólo eso, sino que por virtud de ese sustento racional, las leyes adquirieron la naturaleza de decisiones o resoluciones "justas": Se identificó el obrar de acuerdo a la justicia con el

⁴⁵ Cfr., BOBBIO, Norberto, "El Poder y el Derecho", en Origen y Fundamentos del Poder Político, op. cit., p. 31.

⁴⁶ Ibidem, p. 31.

obrar conforme a las leyes y, por lo mismo, se consideró injusticia extrema el desprecio a ellas.⁴⁷ A partir de este hecho (el acercamiento de la ley a la justicia), las leyes fueron, poco a poco, convirtiéndose en el fundamento de la legitimidad del poder político. Por ejemplo, "...en el pensamiento cristiano, el obrar conforme a la ley -razón y justicia- era lo que diferenciaba al príncipe del tirano; y si bien la ley humana aparece en un plano secundario respecto de la ley moral y jurídica natural, ello redundaba en fin de cuentas en mayor dignidad de la misma, pues una vez empapada de la racionalidad emanada de su conformidad con aquélla, alcanzaba valor vinculatorio respecto del propio príncipe, como gestor del bien común, al que la ley necesariamente había de responder."⁴⁸

Durante los siglos IX a XIII, la idea de la supremacía de la ley (derivada del orden divino) con respecto al poder del gobernante se fortaleció tanto que se convirtió en un principio moral y religioso. De este manera, todo monarca tuvo la obligación, al momento de ser coronado, de hacer el juramento "ritual" de guardar las leyes que le habían instituido: "servare leges"⁴⁹.

Posteriormente, esta idea fue arrancada de su base "teológico-metafísica" y se le hizo derivar de un nuevo orden, regido

⁴⁷ Cfr., LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "Noción de Legalidad", loc. cit., p. 8.

⁴⁸ Ibidem, p. 8.

⁴⁹ Cfr., BOBBIO, Norberto, "El Poder y el Derecho", loc. cit., pp. 29 y 30.

por leyes propias y autónomo en relación al orden divino. Este nuevo orden es el derecho natural (no debemos olvidar que la doctrina de la iglesia, aunque con dificultades, también utilizó el concepto romano de "ius naturale"⁵⁰).

El derecho natural tiene como fin el mantenimiento de los principios que "gobiernan" a la naturaleza humana. Según los estoicos (que fueron los creadores del concepto "derecho natural"), este derecho se encuentra basado en: 1) el primado de racionalidad; 2) el dogma de la igualdad (jurídica), y 3) la idea del "ius natura humani generis"⁵¹. Del "stoa griego", el concepto "derecho natural" pasa a ser el "ius naturale" del derecho romano. Esta conversión fue lograda por la jurisprudencia dogmática.⁵²

Al lograr "...reformular' coherentemente el ideal ético de la humanidad"⁵³ (derecho natural estoico), los juristas aseguraron la transformación del derecho romano "...en un corpus europeo de principios jurídicos con la pretensión de ser universales y 'naturales'. De esta forma, el derecho romano se transforma en la

⁵⁰ Cfr., TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, "La ciencia del derecho y la formación del ideal político", op. cit., p. 122.

⁵¹ Cfr., ibidem, pp. 121 y 122.

⁵² Cfr., ibidem, pp. 121 y ss.

⁵³ Ibidem, p. 114.

'materialización' del derecho natural".⁵⁴ Desde luego, a los principios y dogmas propios de la jurisprudencia también se les consideró parte integrante de este derecho.

"Como el primado fundamental del *ius naturale* era la racionalidad y el dogma de la naturaleza 'racional' del hombre, el *Corpus iuris* se convirtió en la verdadera razón humana: la *ratio scripta*".⁵⁵

Con base en el primado de la racionalidad, los regímenes absolutistas justificaron su dominación, desvirtuaron la creencia en la obediencia ciega a las leyes y propagaron, como principio de razón, la idea de que quien era capaz de obtener poder tenía también el derecho de ejercerlo. El despotismo generado por esta concepción del poder, trajo consigo la fuerte reacción ideológica de la clase burguesa.

Curiosamente, la reacción ideológica de la burguesía se sustentó, por igual, en la doctrina del derecho natural (aquí se incluyen las teorías contractualista y de los derechos naturales del hombre), sobre todo en sus primados de racionalidad e igualdad humanas. Pero no sólo en el iusnaturalismo racionalista; la ideología burguesa también encontró un fundamento en la doctrina de la

⁵⁴ *Ibidem*, p. 129.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 124.

soberanía popular y en la creencia de que las leyes eran (o debían ser) el resultado de la voluntad del pueblo. Además, como ya sabemos, la soberanía popular no puede ser entendida si no se le hace derivar de valores básicos como la libertad y la propiedad, que eran, precisamente, los valores que la clase burguesa quería convertir en derechos humanos inviolables e incluir, de una vez y para siempre, en la ley positiva (derecho positivo).

Como nos hemos podido dar cuenta, todo este cúmulo de ideas, junto con las ya expresadas, marcaron el momento histórico de la asimilación de la legitimidad en la legalidad. Elías Díaz da cuenta de ello cuando al preguntarse "¿Cómo fue posible la relativa (no total) implantación en las sociedades contemporáneas del modelo positivista de legitimación...?" él mismo responde: "Cabe contestar, por supuesto, que principalmente por imposición ideológica derivada de los intereses reales de una burguesía en ascenso imparable desde siglos atrás; pero, ¿alegando qué? Dos cosas de manera fundamental: a) la racionalidad del iusnaturalismo (sobre todo del posterior al siglo XVII), supuestamente realizada y continuada en la nueva legalidad revolucionaria (Inglaterra 1689, Estados Unidos 1776, Francia 1789) aunque lo sea también de carácter burgués y liberal; el Derecho positivo hereda así en el pasado siglo el viejo prestigio del derecho natural racionalista... b) el entendimiento de la legalidad, y esto es lo decisivo, como producto, en mayor o menor medida y proporción, de la voluntad general, de la soberanía popular; aun sin

sufragio universal y aún con desigualdad económico-social, la ley tiene allí a su favor el mérito de haber sido producida por Asambleas dotadas de una cierta representación popular".⁵⁶

Por otro lado, la importancia que adquirieron el *Corpus iuris civilis* y la jurisprudencia romana al ser considerados como la "*ratio scripta*", hizo posible que el prestigio de la ley positiva (derecho positivo) se incrementara. Esto contribuyó considerablemente a la citada asimilación de la legitimidad en la legalidad.

Finalmente, lo que a través de este análisis se ha querido demostrar es que en las sociedades contemporáneas la legalidad se ha "transformado" en principio de legitimidad, no porque en realidad lo sea, sino porque se le ha atribuido, por conducto de un largo proceso teórico, una serie de cualidades valiosas que por sí misma no posee. Estas cualidades son: a) implicar un alto grado de racionalidad (no dudamos que la legalidad implique racionalidad, lo que no aceptamos es el grado de ella que se le pretende conceder); b) ser el resultado de la voluntad popular; c) proteger la libertad y la propiedad individuales; d) limitar los excesos o desvíos del poder, y e) simbolizar a la justicia y al bien común.

Estos elementos (junto con otros) son, en definitiva, los que pueden justificar cualquier dominación; son el único fundamento de la legitimidad del poder y del derecho, sin embargo, las ideologías

⁵⁶ DIAZ, Elías, *Legitimidad Democrática Versus Legitimidad Positivista y Legitimidad Iusnaturalista*, loc. cit., pp. 58 y 59.

dominantes (no necesaria ni exclusivamente iuspositivistas) se han acostumbrado (por que así conviene a sus intereses) a tomar en cuenta (y a hacer que se tome en cuenta) sólo el orden jurídico establecido, en especial el sistema de legalidad estatal y, por lo tanto, a rechazar todo lo que no sea propio de ese orden (hechos y creencias divergentes). De cualquier manera, el simple cumplimiento de normas y procedimientos jurídicos, es decir, la legalidad, nunca podrá ser considerada como el verdadero fundamento de la legitimidad del poder político y del orden jurídico, ya que, como dice Michelangelo Bovero, "toda legalidad necesita ser posteriormente fundada"⁵⁷ (legitimada).

⁵⁷ BOVERO, Michelangelo. "Lugares clásicos y perspectivas contemporáneas sobre política y poder", en Origen y Fundamentos del Poder Político, op. cit., p. 53.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El ser humano, durante toda su vida, se encuentra dentro de un ambiente social en el que existen relaciones de diversa índole que moldean, limitan y organizan su personalidad. Para lograr su desarrollo, tiene que satisfacer las necesidades biosíquicas que le impone su propia naturaleza y cumplir con los roles que le establece ese ambiente social. Dentro de las principales relaciones en las que se coloca el hombre se encuentran: a) la relación amorosa; b) la relación de poder, y c) la relación de autoridad; todas se expresan en los extremos dominación-sumisión o mando-obediencia y, por lo mismo, en cualquiera de ellas algunas personas dominarán y otras serán sometidas.

SEGUNDA.- Tanto el poder como la sumisión implican sometimiento y, por lo tanto, una considerable dosis de angustia. Quienes dominan suelen reducir su angustia a través de la utilización de mecanismos de ajuste o de defensa (compensación, sublimación, racionalización, etc.); quienes se someten, en cambio, necesitan reforzar el efecto de estos mecanismos instintivos de ajuste, lo cual únicamente se consigue por conducto del impulso de libertad positiva que todo ser humano tiene. En el ámbito político-estatal, la justificación reforzada se expresa por virtud de la creencia de que se debe obedecer a la dominación. Esta creencia, por su parte, es el resultado de la crítica valorativa de los actos, órdenes y normas

emitidos por la instancia dominante, y, sobre todo, de la adecuación de los cuadros axiológico y teleológico de ésta con respecto a los de los gobernados. Cuando esta creencia es manifestada a través del consenso popular, es decir, cuando se expresa por la voluntad mayoritaria de pueblo, se actualiza lo que se conoce como el fenómeno de legitimidad (o, simplemente, legitimidad).

TERCERA.- La legitimidad es la justificación consensual del poder derivada del impulso de libertad (en sentido positivo), lograda por conducto de la adecuación de los cuadros axiológico y teleológico de los gobernantes con respecto a los de la mayoría de los gobernados y expresada por virtud de la obediencia libre, espontánea y racional de estos últimos o, dicho de otra forma, expresada por la eficacia del orden jurídico creado por los primeros.

CUARTA.- La legitimidad se encuentra íntimamente relacionada con los deberes de obediencia genérica al poder y al derecho y no con los deberes específicos que derivan de órdenes y normas perfectamente determinadas. De ahí que sólo podamos hacer la calificación de legítimo o ilegítimo respecto de los primeros (derecho y poder) y no respecto de las últimas (órdenes y normas). Lo anterior no implica que no podamos considerar a uno o a varios (no a todos, ni a la mayoría) de los deberes específicos como injustos. Esto significa que pueden haber órdenes y normas injustas dentro de un sistema jurídico-político considerado legítimo. Al ser legitimada

una dominación obtiene, por ese hecho, el derecho de ser obedecida.

QUINTA.- Los conceptos "validez jurídica" y "legitimidad" en ningún caso pueden ser identificados, pero sí relacionados. Esta relación conceptual puede expresarse de las siguientes formas: a) sosteniendo que la validez de un orden jurídico constituye el fundamento de su legitimidad; b) afirmando que los elementos que sirven para decir que un orden jurídico es válido, son necesarios pero no suficientes para calificar al mismo ordenamiento de legítimo, y c) argumentando que algunos de los elementos que permiten sostener que un orden jurídico es válido son suficientes para calificarlo de legítimo. Todas las posturas filosófico-jurídicas aquí analizadas expresan la relación conceptual en la forma a).

SEXTA.- Para las posturas iusnaturalista (dualistas), un orden jurídico positivo es legítimo si su contenido es valioso de manera intrínseca, es decir, si el contenido de sus disposiciones normativas logra la objetivación de valores como la justicia, el bien común, la seguridad, la libertad, la igualdad, etc. Además, la alusión al consenso libre; a la obediencia racional, espontánea y, también, libre; a la individualidad humana; a la protección de los derechos humanos, y a la participación política, es un elemento característico del discurso iusnaturalista sobre la legitimidad.

SEPTIMA.- El realismo sociológico es una postura filosófico-jurídica que estudia el problema de la validez del derecho

sin hacer "ninguna" referencia al problema de su legitimidad. Sin embargo, el elemento que para los realistas es la base de la validez de un ordenamiento jurídico positivo, ha sido considerado, por una buena parte del pensamiento político moderno, como el factor decisivo para predicar la legitimidad del poder público. Este elemento es la eficacia o efectividad del propio ordenamiento.

OCTAVA. - La eficacia no sólo ha sido considerada como fundamento de la legitimidad, sino también como su consecuencia. Nuestro análisis ha demostrado (eso creemos) la falsedad del primer argumento y la veracidad del segundo.

NOVENA. - La legitimidad es la causa de la eficacia, pero, en ningún caso, de la obediencia libre, espontánea y racional de uno o varios gobernados, ya que ambas, legitimidad y obediencia particularizada, se localizan en diferentes planos o niveles: la legitimidad pertenece al plano o nivel de la generalidad y sólo puede tener como producto la eficacia (no siempre); la libre y espontánea obediencia particularizada, por el contrario, pertenece al plano o nivel de la especificidad y únicamente puede ser el resultado de la adecuación de los cuadros estimativos de los gobernantes con respecto a los de la mayoría de los gobernados. Si se quiere entender a la eficacia derivada de la legitimidad como una obediencia libre, espontánea y racional, pero generalizada, entonces resulta válido sostener que esta obediencia es, en cierto sentido, la consecuencia

de la legitimidad.

DECIMA. - El principio de legitimidad kelseniano es un principio que simplemente establece la validez de una norma perteneciente a un sistema jurídico concreto, es decir, que propone que una norma es válida por que así lo determina el sistema a que pertenece. Cuando se sigue el procedimiento, fijado por el sistema, por el cual una norma y sus modificaciones pueden ser válidas, se actualiza lo que Kelsen ha denominado "principio de legitimidad". A partir de esta actualización es posible, en algún sentido, considerar a las normas creadas y a las modificaciones hechas, primero, como válidas y, después, como legítimas. Según Kelsen, la legitimidad o ilegitimidad de un sistema jurídico deriva, por lo tanto, de la actualización o no actualización del principio de legitimidad.

DECIMA PRIMERA. - Para Kelsen el principio de legitimidad se encuentra limitado por lo que él llama "principio de efectividad". Esta limitación resulta obvia ya que el primer principio se encuentra fundado en la norma que determina la validez de un ordenamiento jurídico, es decir, en la norma fundante básica o norma fundamental, y ésta únicamente puede ser presupuesta si el propio orden jurídico, incluyendo a la constitución, se muestra eficaz en términos generales.

DECIMA SEGUNDA. - En el esquema conceptual de Kelsen la legalidad o, mejor dicho, la constitucionalidad, no conforma el

verdadero fundamento de la legitimidad. Esta se encuentra sustentada en la norma fundante básica, la que, a su vez, se presupone por virtud de la eficacia del orden jurídico. Aún cuando, comúnmente, el procedimiento para designar o instituir un gobierno legítimo deba seguirse, lo que para el jurista vienés realmente importa es que la norma que establece ese procedimiento sea válida, y esto sólo es posible si existe (hipotéticamente) una norma fundante básica de la que derive esa validez.

DECIMA TERCERA.- La tipología weberiana de la dominación legítima es una postura avalorativa de estudiar el problema de la legitimidad. Congruente con esto, lo que Max Weber hace es decir sólo lo que los grupos sociales consideran y han considerado como legítimo. En la tipología de Weber se encuentran las siguientes formas de dominación: a) carismática, b) tradicional, y c) legal o racional. Esta tipología fue elaborada con base en la pretensión de legitimidad, que toda dominación tiene. Por lo tanto, toda dominación quedará encuadrada en alguno de los tipos o formas mencionadas (o de sus combinaciones), independientemente de que en realidad sean o no legítimas.

DECIMA CUARTA.- Para entender la tipología Weberiana de la dominación legítima es necesario distinguir entre las siguientes tres ideas: a) la pretensión de legitimidad por parte de una dominación, que constituye la base de la tipología; b) la creencia en la

legitimidad de una dominación, cuya existencia, según Weber, permite calificar a ésta (a la dominación) de legítima, y c) la legitimidad de una dominación (para Weber, esta idea tiene una importancia secundaria). En el esquema conceptual de Max Weber, el concepto "creencia en la legitimidad" se aplica, fundamentalmente, en la relación que existe entre la dominación y su cuadro administrativo y, accidentalmente, en la relación que se presenta entre la dominación y la "masa" sometida a ella.

DECIMA QUINTA. - En los modernos estados de derecho, el principio de legalidad (o, simplemente, legalidad) implica la adecuación de la conducta de los funcionarios estatales ("autoridades"), en el ejercicio de sus funciones, a las disposiciones legales (aquí se incluyen todas las normas que son, por lo menos, leyes en sentido material) que regulan su competencia y establecen sus facultades.

DECIMA SEXTA. - En las sociedades contemporáneas, la legitimidad ha sido reducida a la legalidad. Esta reducción se debe, en gran medida, a que a ésta (a la legalidad) se le ha atribuido, a través de un largo proceso ideológico, una serie de cualidades valiosas que realmente no posee. Estas cualidades son, entre otras: a) implicar un alto grado de racionalidad; b) ser el resultado de la voluntad popular; c) proteger la libertad y la propiedad individuales; d) limitar los excesos o desvíos del poder, y e) simbolizar a la justicia y al bien común. Estos elementos (junto con otros) son los que en realidad constituyen el verdadero fundamento de la legitimidad del poder y del derecho.

BIBLIOGRAFIA

- BECKER, Werner, *Los Significados Opuestos del Concepto Consenso*. En el libro *Derecho y Filosofía*, obra compilada por Ernesto Garzón Valdés, Distribuciones Fontamara, 2a. ed., México, 1988.
- BEISER, Arthur, *Física Aplicada*. Tr. de Angela María Guzmán de García y María Carolina Spinel de Caro, serie "SHAUM", Ed. McGraw-Hill, 1a. ed., México, 1978.
- BIOCHENSKI, J.M., *Qué es la autoridad*. Ed. Herder, Barcelona, 1979.
- BOBBIO, Norberto, *El Modelo Iusnaturalista*. en el libro *Origen y Fundamentos del Poder Político*. Tr. de José Fernández Santillán, Ed. Grijalbo, México 1985.
- , *El Poder y el Derecho*. En el libro *Origen y Fundamentos del Poder Político*. Tr. de José Fernández Santillán, Ed. Grijalbo, México, 1985.
- BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del derecho*. Fondo de Cultura Económica, 1a. edición en español, México, 1942.
- BONIFAZ ALFONZO, Leticia, *El Problema de la Eficacia en el Derecho*. Ed. Porrúa, S.A., 1a. ed., México, 1983.
- BOVERO, Michelangelo, *Política y Artificio. Sobre la Lógica del Modelo Iusnaturalista*. En el libro *Origen y Fundamentos del Poder Político*. Tr. de José Fernández Santillán, Ed. Grijalbo, México, 1985.
- , *Lugares Clásicos y Perspectivas Contemporáneas Sobre Política y Poder*. En el libro *Origen y Fundamentos del Poder Político*. Tr. de José Fernández Santillán, Ed. Grijalbo, México, 1985.
- BURDEAU, George, *Tratado de Ciencia Política*. Tr. de Enrique Serna Elizondo, Tomo II, Volumen I, Enep Acatlán, UNAM, 1a. ed., 1985.
- CARROLL, Herbert, *Higiene mental*. Compañía Editorial Continental, S.A., México, 1968.
- CATTANEO, Mario A., *El Concepto de Revolución en la Ciencia del Derecho*. Título original: *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1960.
- COTTERRELL, Roger, *Introducción a la Sociología del Derecho*. versión castellana de Carlos Pérez Ruiz, Ed. Ariel, S.A., 1a. ed. Barcelona, 1991.

- DIAZ, Elias, *De la Maldad Estatal y la Soberanía Popular*. Ed. Debate, 1a. ed., Madrid, 1984.
- FERNANDEZ, Eusebio, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Ed. Debate, 1a. ed., Madrid, 1984.
- FROMM, Erich, *El miedo a la libertad*. Traducción de Gino Germani, Artemisa, 1a. coedición mexicana, México, 1985.
- , *El Amor a la Vida*. Ed. Paidós Mexicana, S. A., México, 1985.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*. UNAM, 4a. ed., México, 1989.
- , *Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Porrúa, S. A., 44a. ed., México, 1992.
- GARZON VALDES, Ernesto, *El Concepto de Estabilidad de los Sistemas Políticos*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987. Edición mexicana elaborada por Distribuciones Fontamara, S. A., México, 1992.
- GEIGER, Theodor, *Estudios de Sociología del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1983. Título original: *Vorstudien zu einer Sociologie des Rechts* (1964).
- GIMENEZ, Gilberto, *Poder, Estado y Discurso*. Prespectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico, UNAM, 3a. ed. México, 1989.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*. Editora Nacional, 2a. ed., México, 1980.
- KAPLAN, Marcos, *Estado y Sociedad*. UNAM, 1a. reimpression, México, 1980.
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la Justicia?* Tr. de Ernesto Garzón Valdés, Distribuciones Fontamara, S. A., 3a. ed., México, 1992.
- , *Teoría Pura del Derecho*. Tr. de Roberto J. Vernengo, Eds. Porrúa S. A. y UNAM, 1a. ed., México, 1979, 1a. ed. en Ed. Porrúa, S. A., México, 1992.
- , *Teoría General del Derecho y del Estado*. Tr. de Eduardo García Maynez, UNAM, 2a. ed., México, 1958. 4a. reimpression, México, 1988.
- KLUG, Ulrich, *Problemas de Filosofía del Derecho*. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Editorial Sur, S. A., Buenos Aires, 1966.

- KRAWIETZ, Werner, *El Concepto Sociológico del Derecho y Otros Ensayos*. Distribuciones Fontamara, S.A., 1a. ed. México, 1992.
- NELSON, William N., *La Justificación de la Democracia*. Ed. Ariel, S.A., 1a. ed., Barcelona, 1988.
- PRECIADO HERNANDEZ, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*. UNAM, México, 1988.
- , *Ensayos Filosófico-Jurídicos y Políticos*. Ed. Jus. S.A., 1a. ed., México, 1977.
- RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho*. Ensayos sobre derecho y moral, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, 1a. ed., 1982.
- RUIZ DAZA, Manuel, *Los valores jurídicos en la metafísica del valor*. Tesis Doctoral, México, 1987.
- SANCHEZ AZCONA, Jorge, *Normatividad Social*. Ensayo de Sociología Jurídica, UNAM, 2a. ed., México, 1983.
- , *Reflexiones sobre el poder*. UNAM, 1a. ed., México, 1990.
- TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*. UNAM, 1a. ed., 1989.
- , *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Introducción al estudio de la ciencia jurídica, Ed. Themis, 1a. ed., México 1992.
- VICENZO, Ferrari, *Funciones del Derecho*. Ed. Debate. Madrid, 1989.
- WEBER, Max, *Economía y Sociedad*. Tr. de José Medina Echavarría y otros, Fondo de Cultura Económica, 2a. ed. en español, México, 1984.

HEMEROGRAFIA

- COTTA, Sergio, *La legitimidad: ¿Un Espejismo?* Tr. del francés de Mario Zamudio. pp. 97 a 105, en Rev. Diógenes. No. 134, Coordinación de Humanidades UNAM, 1986.
- DIAZ, Elias, *Legitimidad Democrática Versus Legitimidad Positivista y Legitimidad Iusnaturalista*, pp. 51 a 73, en Anuario de Derechos Humanos, No. 1, enero, Madrid, 1981.
- D'ORS, Alvaro, *Legitimidad*, pp. 41 a 53, en Rev. Chilena de Derecho, Volumen 8, No. 16, enero-diciembre, Santiago de Chile, 1981.
- GONZALEZ URIBE, Hector, *La justificación del Estado*, pp. 15 a 70, en Rev. de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Tomo XI, No. -41, enero-marzo, México, 1949.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Noción de la Legalidad*. pp. 7 a 18, En Rev. del Instituto de Derecho Comparado, No. 10, enero-junio, Barcelona, 1958.