

# PODER JUDICIAL: LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD

*Diego Martínez Marulanda\**

*Al Maestro BENIGNO MANTILLA PINEDA Principal alentador y colaborador en esta búsqueda.*

## PRESENTACION

Este escrito inicialmente fue pensado para servir una charla a los jueces de la ciudad de Medellín, en uno de los programas de Extensión que cubre la Facultad de Derecho. Para su publicación ha sido necesario emprender una labor de revisión, corrección y reformulación. Quiero hacer público el reconocimiento a quienes contribuyeron a ello de manera eficiente y amable. Me refiero al Dr. Hernán Valencia Restrepo, Profesor de la Facultad de Derecho y al Dr. Jorge Mejía E. Profesor del Departamento de Filosofía de la Facultad de Ciencias Humanas en la Universidad de Antioquia.

En este trabajo se pretende llamar la atención sobre la existencia de un ámbito distinto al de la legalidad, para la formulación de problemas y presentación de so-

\* Abogado Titulado. Profesor Asociado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia

luciones en la conflictiva socio-jurídica; indicar la insuficiencia del criterio legalista, cuando los problemas trascienden su ámbito.

Este escrito es propiamente el punto de partida de un tema más amplio que pretende llamarse Perfiles del Poder Judicial. Con este primer perfil, se desea llegar hasta el punto donde se abren los caminos o tareas a emprender, en la búsqueda de una información que se constituya en el universo de funciones del poder judicial.

## 1. SENTIDO DE UNA DISTINCION

Resultaría oportuno y útil distinguir para nuestro propósito, dos planos en el ejercicio de la actuación judicial como órgano especializado del poder del Estado.

La distinción de estos niveles, es de esperar, facilitará una mejor comprensión de la actividad referida y de las metodologías propias y adecuadas a cada uno de ellos.

Para una aproximación al asunto, utilicemos entonces, los conceptos de LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD, para indicar con ellos dos tipos de problemas o conflictos que pueden resultar o presentarse al interior de un Estado y donde se requiere del instrumento jurisdiccional para enfrentarlos mediante soluciones. Estas soluciones reclaman diferentes enfoques o metodologías si atendemos a las características y ubicación de los diversos problemas, bien sea que pertenezcan al nivel de la legitimidad o bien al nivel de la legalidad.

## 2. EL CONCEPTO DE LEGITIMIDAD

Empecemos entonces refiriéndonos a la Legitimidad. Como la pretensión no es hacer un estudio exhaustivo de este concepto, sino sólo utilizarlo como criterio de distinción, enfoque y tratamiento en la solución de conflictos, me permitiré hacer algunas citas de quien es considerado el más notable y quizá el primero entre los sistematizadores del concepto: me refiero a Max Weber. Habrá que advertir, que el tema de la legitimidad, toma hoy inusitada relevancia y es objeto de interesantes y enriquecedoras polémicas, que abundan en replanteamientos y lanzan interrogantes y alternativas a las consideraciones Weberianas. Hablo de los neocontractualistas: Rawls, Nozick, Buchanan y los constructivistas, como Habermas (Escuela de Frankfurt)<sup>1</sup> y Hartmut Kilemt entre otros.

1. HABERMAS, Jürgen. Heredero de la escuela de Frankfurt, ha estudiado los problemas de la legitimidad en una de sus últimas obras: La crisis de la legitimación.

Todo indica que el punto de referencia para la presentación del concepto es Max Weber. Bien lo afirma Habermas: "El tratamiento social y científico de los procesos de legitimación se mueve hoy, incluso entre los doctrinantes marxistas, dentro del círculo hechizado de Max Weber"<sup>2</sup>.

Dice Weber refiriéndose a las formas de legitimidad:

"Debe entenderse por dominación, la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos (o para toda clase de mandatos)... En el caso concreto esta dominación (autoridad), en el sentido indicado, puede descansar en los más diversos motivos de sumisión: Desde la habituación inconsciente, hasta lo que son consideraciones puramente racionales con arreglo a fines. Un determinado mínimo de voluntad de obediencia, o sea de interés (externo o interno) en obedecer, es esencial en toda relación auténtica de autoridad...

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). La naturaleza de estos motivos determina en gran medida el tipo de dominación. Motivos puramente materiales y racionales con arreglo a fines como vínculo entre el imperante y su cuadro implican aquí, como en todas partes, una relación relativamente frágil. Por regla general se le añaden otros motivos: Afectivos o racionales con arreglo a valores. En casos fuera de lo normal pueden éstos ser los decisivos. En lo cotidiano domina la costumbre y con ella intereses materiales, utilitarios, tanto en ésta como en cualquiera 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 creencia en la legitimidad...

2. HABERMAS, Jürgen. "La Legitimidad Hoy". En revista de Occidente. Madrid 1976-3-12. Este artículo, contestación a Wilhelm Hennis, fue una ponencia del Congreso de la Agrupación alemana de ciencia política que, en torno al tema "Problemas de la Legitimación de los sistemas políticos" se celebró en octubre de 1975 en Duisburg. (Alemania Occidental).

Según sea la clase de legitimidad pretendida, es fundamentalmente diferente tanto el tipo de la obediencia, como el del cuadro administrativo destinado a garantizarla, como el carácter que toma el ejercicio de la dominación, y también sus efectos. Por eso parece adecuado distinguir las clases de dominación según sus pretensiones típicas de legitimidad”<sup>3</sup>.

“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 extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas llamada (autoridad carismática)”<sup>4</sup>.

Refiriéndose a los individuos que actúan socialmente, dice que ellos pueden atribuir validez legítima a un orden determinado obedeciendo a los siguientes criterios:

- a. En mérito a la tradición: Validez de lo que siempre existió; es la forma más universal y primitiva.
- b. En virtud de una creencia afectiva. (emotiva especialmente): Validez de lo nuevo revelado o ejemplar. En este caso el sentimiento dependió de la creencia en la legitimidad de los profetas.
- c. En virtud de una creencia racional con arreglo a valores: Vigencia de lo que se tiene por absolutamente valioso. Está representado por el derecho natural. El tipo más puro de una validez racional con arreglo a valores.

3. WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México. Fondo de Cultura Económica. 1964. V.I. p. 170.

4. WEBER, Max. op. Cit. p. 172.

- d. En mérito de lo estatuido positivamente, en cuya legalidad se cree. La forma de legitimidad hoy más corriente en la creencia en la legalidad.

La obediencia a preceptos jurídicos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos<sup>5</sup>.

Después de este recorrido rápido por las citas de Weber, que nos pone en antecedentes del concepto “Legitimidad”, será conveniente retomar a Habermas e intentar desde los anteriores elementos, una aproximación más definida al concepto. Dice Habermas:

“La legitimidad de un orden de dominación se mide por la creencia en la legitimidad de los sometidos a dicha dominación. Se trata de la creencia de que las estructuras, procedimientos, acciones, decisiones, acciones políticas, funcionarios o dirigentes políticos de un Estado tienen las cualidades de la autenticidad, la mesura y el bien moral y que deberían ser reconocidos por estas cualidades”<sup>6</sup>.

También sobre la legitimidad, es importante revisar las obras de Guglielmo Ferrero. Revisamos por ejemplo, el Capítulo IV de su obra *Reconstrucción*, titulado la legitimidad del poder, donde se ocupa de resaltar la importancia que para este tema tienen las memorias de Talleyrand publicadas en 1891. Esa disertación filosófica sobre los fundamentos del poder, dice Ferrero, son siete páginas que son una página única en la historia de occidente, que por vez primera, plantea el problema de la legitimidad del poder. Para Talleyrand, el mayor interés de Europa, era suprimir las doctrinas de la usurpación y hacer revivir el principio de la legitimidad. Talleyrand sobreentiende las definiciones de Usurpación y Legitimación. Ferrero las reconstruye así: Un gobierno es legítimo cuando el poder es atribuido y ejercido según un principio de legitimidad, aceptado por quienes obedecen, o al menos por su mayoría, y respetado por quienes mandan.

Agrega Ferrero: Hemos visto que los principios de legitimidad siempre dimanar de una presunción de eficacia: mas esta presunción nunca es sino parcial y relativa. En suma, un principio de legitimidad siempre es parcial, limitado, controvertido y reversible: mas siempre debe ser serio; si se le convierte en una mistificación, tórnase para siempre impotente para legitimar el poder que queda reducido a un simple instrumento de coerción<sup>7</sup>.

5. WEBER, Max. Op. Cit. pp. 29-30.

6. HABERMAS, Jürgen, Op. Cit. p. 3.

7. FERRERO, Guglielmo. *Reconstrucción*. Buenos Aires. Sudamericana. 1943. pp. 57-66.

Hemos encontrado en Norberto Bobbio un excelente presentador de la legitimidad y para cerrar estas anotaciones que nos ayudarán a ubicar el concepto, nada mejor que hacerlo de la mano de Bobbio. Refiriéndose a los distintos principios de legitimidad, distingue al menos seis que explica en parejas antitéticas en tres grandes grupos unificadores: La Voluntad, la Naturaleza y la Historia.

- La Voluntad: Los dos principios de legitimidad que se remiten a una voluntad superior son: Los gobernantes reciben el poder de la voluntad de Dios, o de la voluntad del pueblo.
- La Naturaleza: A las doctrinas voluntaristas se han opuesto siempre las doctrinas naturalistas. Esta visión naturalista se presenta bajo dos versiones: La naturaleza cual fuerza originaria según la predominante concepción clásica del poder: y la naturaleza como orden racional, según la cual la ley de la naturaleza se identifica con la ley de la razón (es esta la versión del iusnaturalismo moderno).
- La Historia: Remitirse a la historia para encontrar la legitimación del poder en su autoridad, presenta dos vertientes según nos remitamos a la historia del pasado o del futuro: En el primer caso, remitimos el principio de legitimación a la fuerza de la tradición, o sea que el soberano legítimo es aquel que ejerce el poder desde tiempo inmemorial.

Constituye un típico criterio para la legitimidad del poder constituido; en el segundo caso remitimos el principio de legitimación a la historia futura, al poder que va a constituirse. El nuevo ordenamiento puede justificarse si lo representamos como una nueva etapa del devenir histórico, una etapa necesaria e inevitable y más avanzada axiológicamente que la anterior y que sólo puede encontrar su justificación *post factum*.

Agrega el profesor italiano, que el problema de la legitimidad está estrechamente ligado al de la obligación política, según el principio por el que debemos obediencia solamente al mando del poder legítimo. Donde termina la obligación de obedecer a las leyes (la obediencia puede ser activa o solamente pasiva), empieza el derecho a la resistencia, que a su vez puede ser solamente activa o pasiva. La decisión sobre cuáles son los límites de la obediencia y justificación de la resistencia, dependerán del criterio de legitimidad asumido<sup>8</sup>.

8. BOBBIO, Norberto. Estado Gobierno y Sociedad. Contribución a una Teoría General de la Política. Barcelona. Plaza Janes Editores. 1987. p. 95-104.

Puede consultarse además del mismo autor, su obra Contribución a la Teoría del Derecho. Valencia. Fernando Torres. Editorial 1980. Capítulo XIII sobre el Principio de Legitimidad, pp. 307-316.

Pensamos que estos elementos expuestos a través de las citas, son suficientes a nuestro propósito exploratorio. Más adelante podrán retomarse de manera más sistemática para obtener un buen provecho teórico.

### 3. EL CONCEPTO DE LEGALIDAD

Está muy en relación con el concepto anterior y es tal su cercanía que ha llegado a confundirse como lo veremos.

Sin pretender agotar el tema en el análisis y explicación del concepto, simplemente me limitaré a presentar algunas citas del profesor Carl Schmitt, que nos permitirán alguna claridad sobre la Legalidad, por contraste con la Legitimidad.

Rastreado los significados originarios de la expresión legalidad, hay que decir con Schmitt que para el progreso revolucionario, la legalidad era una expresión de racionalidad y una forma históricamente más elevada que la legitimidad<sup>9</sup>.

Respecto al concepto de legalidad, hay que tener en cuenta que histórica y conceptualmente, está estrechamente relacionado con el Estado legislativo parlamentario y con la clase de normativismo que es específica del mismo<sup>10</sup>.

No debe olvidarse que el Estado Legislativo Parlamentario, con su ideal y su sistema de legalidad herméticamente cerrado para todos los actos estatales, ha desarrollado un sistema de justificación completamente peculiar. "La legalidad" tiene aquí precisamente el sentido y la pretensión de hacer superflua y rechazar no sólo la legitimidad (tanto la del monarca como la de la voluntad plebiscitaria del pueblo), sino toda autoridad basada en sí misma o soberana.

Cuando en este sistema se emplean todavía palabras como "legítimo o autoridad", sólo se emplean como expresión de la legalidad y como derivadas de ellas. Citando a Max Weber consigna: "Esta legalidad puede valer como legitimidad"; o la forma de legitimación más correcta hoy es la fe en la legalidad".

Comenta el profesor Carl Schmitt, que la legitimidad y la legalidad, se reducen ambas aquí a un concepto común de legitimidad, mientras que la legalidad es justamente lo contrario de la legitimidad. Y asume como correcta la formulación de Otto Kirchheimer según la cual la legitimidad de la democracia parlamentaria

9. SCHMITT, Carl. Legalidad y Legitimidad. Madrid, Aguilar, 1971. p. XXVI.

10. SCHMITT, Carl. Op. Cit. p. 16.

“consiste únicamente en su legalidad” y hoy en día “los límites de la legalidad acaban manifiestamente donde empieza la legitimidad”<sup>11</sup>.

Refiriéndose a la historia de las relaciones entre legalidad y legitimidad, dice el profesor Schmitt, que “la divergencia entre legalidad y legitimidad tuvo su origen en la Francia monárquica de la época de la restauración. Allí se estableció un antagonismo sorprendente entre la legitimidad histórica de una dinastía restaurada y la legalidad del Código Napoleónico, que seguía vigente”<sup>12</sup>.

Para finalizar esta breve presentación del concepto legalidad es bueno precisarlo aunque sea en dos líneas, que bien pueden extraerse de la siguiente cita de Schmitt. “Este concepto acepta la situación creada por el absolutismo de los príncipes y, en particular, la supresión de todo derecho de resistencia, así como el “gran derecho” a la obediencia incondicional, confiriéndole la bendición de la legalidad que crea en virtud de *sus normas generales previamente determinadas*”<sup>13</sup>. El subrayado es nuestro.

Son ideas constitutivas del principio de legalidad: Las normas positivas, es decir creadas efectivamente, mediante un procedimiento que permita la verificación de su real existencia. Normas generales y previamente determinadas. Sin agotar su explicación, allí está apuntado lo esencial.

#### 4. OPERATIVIDAD DE LOS CONCEPTOS LEGITIMIDAD-LEGALIDAD

Una vez hechas estas precisiones digamos entonces, que mientras el punto referencial de la legitimidad —problemas de legitimidad— es un marco abierto, múltiplemente expresable, el de la legalidad se correspondería con un modelo de sistema cerrado, donde los supuestos de los que se parte se pretende que sean inequívocamente conocidos y convenidos y las reglas de inferencia sean igualmente las mismas. Este marco garantizaría uno de los postulados que constituyen un punto de referencia importante en el Estado moderno. El postulado de la seguridad. En tanto que la presentación precisa y sistemática de un material, de una información, permitiría su más racional manejo y su mejor aprovechamiento o utilidad, lo que daría un ambiente tranquilizador de estabilidad: La seguridad.

11. SCHMITT, Carl. Op. Cit. pp. 14-15.

12. SCHMITT, Carl. Op. Cit. p. XXVI.

13. SCHMITT, Carl. Op. Cit. p. 16.

Ese postulado de la seguridad, es apenas una consecuencia propia de los modelos inspirados en la filosofía racionalista. Se trata de consolidar y perpetuar el paraíso racional, la organización estatal ahora sí creada y dispuesta según la razón humana, máxima autoridad ordenadora y definidora. El derecho es entonces, la normativa que instrumentaliza los valores elegidos, es el gran encargado de propiciar y generar un ambiente de seguridad. Esto marca o señala un hecho bastante significativo. Estado moderno, racionalidad, derecho y lógica, son nociones que parecen aproximarse y conformar una unidad cerrada donde ya no cabrían elementos extraños: Valoraciones ajenas al sistema, que puedan atentar contra su seguridad, contra la estabilidad. La lógica aparece como un elemento contribuyente en la función estabilizadora y preservadora del derecho.

En todo este tejido, muy fino por cierto, es donde surge el principio de legalidad.

En cuanto a la legitimidad, hay que decir, que como criterio orientador, se puede pensar como un modelo de aspiraciones de solución a situaciones sociales y políticas convulsas y no deseables. Este modelo estaría conformado por lo que se podría llamar cúmulo de doctrinas y principios.

Hay entonces una conexión axiológico-política entre ellos, pero dicha conexión no corresponde necesariamente a unas reglas lógicas, sino a unas reglas de interés. La elección de los principios o presupuestos no se ha hecho asumiendo unos criterios definidamente lógicos que les den uniformidad y comunicabilidad. Las inferencias o deducciones que de ellos se han hecho, tampoco corresponden a una técnica o a una normativa lógica que conduzca al resultado de obtener un sistema cerrado que tenga sus propias reglas de inferencia y que tenga las características de un sistema independiente, coherente y completo.

En otras palabras, la normatividad positiva que encuentra su asiento en las doctrinas y principios ideológico políticos que constituyen la fuente del Estado de derecho, o ha sido incorrectamente deducida de ellos, o simplemente se ha hecho aparecer como si entre la una y los otros hubiese una conexión lógica necesaria, cuando efectivamente puede no haberla.

Una razón que podría alegarse en favor de estas dificultades en el establecimiento de unas relaciones lógicas entre doctrinas, principios ideológico-políticos y sus “inferencias”, o sea las normas positivas, sería aquella donde se asume con base empírica, que el modelo Estado de Derecho ha sufrido modificaciones bien sea a guisa de mutaciones o morigeramientos; o a guisa de adiciones y comple-

mentos, en el transcurso del tiempo que va desde su creación hasta nuestros días. Dichas modificaciones han dado origen según su importancia, a diversas denominaciones con las que se nombran las características más sobresalientes de esa nueva realidad estatal<sup>14</sup>.

De todos modos, de ese marco de propósitos doctrinarios (socio-políticos) se fueron desprendiendo, lógicamente o no, correctamente o no, un conjunto de enunciados: La norma jurídica, el Derecho Positivo, que se fue irrigando de manera más o menos similar, por todos los Estados modernos o por todas las organizaciones estatales que prohicieron la filosofía del Estado moderno.

El primer criterio de aceptación que operó en esos órdenes normativos, fue el que pudieran identificarse esos órdenes con el cuerpo doctrinario general, el saber que las normas —la ley— y las instituciones jurídico-políticas de carácter positivo, provienen de las matrices doctrinarias, frente a las que había un pleno consenso en cuanto anunciaban un nuevo y feliz acontecer histórico y significaban el entierro del viejo orden. Esa relación, esa identificación promovía conductas de obediencia y de aceptación a la normativa positiva.

Una vez creado el cuerpo normativo positivo y erigida “la ley” como la referencia máxima de los sistemas normativo-jurídicos, piénsese que la Constitución formalmente concebida, se entiende como una ley especial, como una ley de leyes. Una vez sucedió este paso, entonces se cerró el sistema y se empezó a trabajar en su explicación, en su interpretación, en su presentación y en su reproducción, con criterios lógicos, que al principio fueron balbucientes y quizás confusos, pero que con el correr de los días se fueron especificando y aclarando, hasta convertir hoy por hoy a la lógica en un instrumento indispensable en el tratamiento del Derecho.

Los tratadistas del Derecho, no han sido indiferentes al desarrollo progresivo de la lógica y mal que bien, pero siempre en constante afinamiento, podemos entrever una línea del pensamiento jurídico atenta a los planteamientos y tratamientos lógicos de los problemas del derecho y de la llamada ciencia jurídica o jurisprudencia. Esta línea adherida a una metodología apoyada en la lógica, la denominaremos línea Dogmático-jurídica y como puntos significativos destacaremos la escuela de la Exégesis, la jurisprudencia de conceptos, la Teoría Pura del Derecho y el Modelo de Ciencia Jurídica Sistematizadora.

14. Estado liberal de Derecho y Estado Social de Derecho son las denominaciones más conocidas y generales, dentro de las cuales cabrán matizaciones y nomenclaturas más precisas. A este respecto, puede consultarse entre otras, la obra del profesor español, Manuel García Pelayo: Las grandes transformaciones del Estado Moderno. Madrid, Alianza, 1980.

Podría destacarse en cada uno de estos puntos un avance en cuanto a la aproximación a una utilización cada vez más coherente, cada vez más definitiva de la lógica y en su último peldaño —el modelo sistematizador— específicamente, la aplicación de la lógica simbólica y de su expresión tal vez más joven: La Lógica deóntica o lógica de las normas<sup>15</sup>.

## 5. LA RECONSTRUCCION DEL CONCEPTO LEGITIMIDAD

Pero decíamos, que el concepto de la legitimidad fue prácticamente abandonado una vez logrados o constituidos los sistemas u ordenamientos jurídicos.

Se hace palpable en este momento del escrito, que nuestra pretensión es reconstruir el concepto de legitimidad para utilizarlo como criterio metodológico.

Quizás no lo estemos haciendo de la forma más técnica ni adecuada, pero persistimos en el objetivo, porque la iniciativa parte de la necesidad que vemos de recuperar la funcionalidad del concepto, que al parecer se agotó con el advenimiento y afirmación y consolidación del Estado moderno, o simplemente perdió relevancia frente al brillo, al uso y al abuso del concepto de legalidad. Perdió vigencia y utilidad y se momificó. Pero hoy, cuando se habla recurrentemente de crisis institucional, hay vacilación en la utilización del término, no se sabe bien cuál de los dos emplear; legalidad o legitimidad. Parece ser, que la legitimidad es una expresión apropiada en el manejo conceptual de las crisis.

De alguna manera resulta diciendo el profesor Schmitt, que “el desmoronamiento de un sistema de legalidad termina en un formalismo y un funcionalismo sin objeto, que no guarda relación con la realidad.

Por ello ha surgido también la ilusión de que sería posible encontrar vías y procedimientos legales para todo lo imaginable, incluso para las aspiraciones, objetivos y movimientos más radicales y revolucionarios, de que estos podrían alcanzar su meta sin violencia y sin subversión y finalmente, de que este proceso funcionaría a la vez como creador de un orden, manteniéndose, no obstante, “completamente neutral en cuanto a los valores”<sup>16</sup>.

15. La Lógica Simbólica, lógica matemática o lógica es una nueva denominación de la lógica formal en su actual estado de desarrollo. La clave de este progreso se halla en lo que suele denominarse la matematización de la lógica.

La lógica simbólica se ha expandido en muchas áreas, una de ellas, es la lógica modal, dentro de la cual se puede contar a la lógica deóntica. (Véase Garrido, Manuel. Lógica simbólica. Madrid. Tecnos, 1986, pp. 21-26)

16. SCHMITT, Carl. Op. Cit. p. 15.

Reconstruir el concepto de legitimidad, tendrá que hacerse, a partir de un momento histórico determinado y de un modelo concreto. Ese modelo es el Estado de Derecho en el que se inspiraron originariamente nuestras instituciones.

Habrà que definir entonces razonablemente la legitimidad limitando la tarea al campo descrito, utilizando un método adecuado, convocando para ello a la lógica para ajustar y cerrar el discurso de los valores y los axiomas políticos, pilares de nuestra organización estatal.

Una vez elaborado el reajuste, el alindamiento axiológico desde una perspectiva lógico racional, entraremos a confrontar lo modélico-ideal, con la realidad estatal tanto en fase estática (consagraciones normativas) como en su fase dinámica (eficacia, aplicación y cumplimiento de la normativa).

Para estos términos, el criterio de la legitimidad nos permitiría evaluar y determinar la validez del Estado y sus instituciones. En otras palabras, el criterio que respondería por el asunto de la obligación, del acatamiento al Estado o por la capacidad de obligar o no el Estado a los súbditos. Permitiría dar una respuesta razonable de carácter ético-político frente al interrogante o los interrogantes que se planteen en el Estado y sus instituciones.

## 6. LA LEGALIDAD Y SUS CONSECUENCIAS TEORICAS

Ahora miremos más de cerca el movimiento doctrinal que se suscita una vez se inaugura el principio de legalidad y se estrena con el manejo de las codificaciones que fueron surgiendo.

En un principio se impuso la línea dogmático-jurídica expresada en la escuela de la Exégesis, la forma más acentuada de positivismo. Luego aparecieron dentro de la misma línea otras opciones más depuradas y progresivamente más cercanas a un método expositivo, garantizado o avalado por la lógica, ciencia que iba ganando terreno como instrumento metodológico de las ciencias no sólo formales sino empíricas<sup>17</sup>.

17. El lugar de la lógica en la ciencia, queda bien señalado por la disciplina que hoy se conoce como Filosofía analítica de la ciencia.

La filosofía de la ciencia es una disciplina propia del siglo XX. Su origen se relaciona con la crisis de la ciencia que acaece en el siglo XIX. En sentido estricto la Filosofía de la ciencia es en buena medida una continuación de la tarea emprendida en el círculo de Viena.

La Filosofía de la ciencia se concibe ante todo como una aclaración de la estructura lógica del conocimiento científico, lo que supone una atención exclusiva al lenguaje científico.

El instrumento fundamental para el análisis científico es la lógica formal.

El exuberante formalismo de la naciente línea dogmático-jurídica fue arrojando aberraciones, pues en aras de la seguridad y de la legalidad, comenzaron a evidenciarse desaciertos en las decisiones judiciales que refían no sólo con valoraciones aceptadas usual y generalmente sobre lo justo, lo equitativo, lo razonable, sino que refían con la misma realidad<sup>18</sup>.

Estas aberraciones y estas exageraciones se fueron convirtiendo en insoportables y fueron creando reacciones que pugnaban por otro método, por otro punto de partida en el análisis, interpretación y definición del Derecho.

Resultan entonces el historicismo, la sociología jurídica y las corrientes realistas de viva inspiración empirista y con enérgica vocación antiformalista, antipositivista.

Dicen los argentinos Alchourrón y Bulygin: "En la primera mitad del siglo XX se produjeron notables intentos de fundar una ciencia jurídica sobre base empírica. Así, la escuela de la Libre Investigación Científica (F. Geny). La Jurisprudencia de Intereses (P. Heck), y la escuela del Derecho Libre (Kantorowicz), diversas escuelas sociológicas (Duguit en Francia, Roscoe Pound en Estados Unidos). El Realismo norteamericano (Holmes, Cardozo, Gray, Lewwlllyn, Frank) y escandinavo (Hagerstrom, Lundstedt, Olivecrona, Alf Ross), trataron de llevar a cabo de distintas maneras con diferente éxito la mencionada tarea.

El empirismo o realismo jurídico se dirige en primer lugar contra la pretensión de la dogmática de elaborar una ciencia del derecho como sistema deductivo. De ahí sus violentos ataques contra toda sistematización, su rechazo de la idea misma de sistema y su intento de fundar la verdad de los enunciados de la ciencia jurídica en la observación de hechos empíricos, a imagen y semejanza de las demás ciencias empíricas"<sup>19</sup>.

El supuesto básico, es la consideración de la ciencia como un lenguaje cuya estructura lógica hay que analizar y aclarar. De ahí la denominación de Filosofía analítica o Filosofía formalista de la ciencia. Diccionario de Filosofía Contemporánea. Dirigido por Miguel A. Quintanilla. Salamanca. Sígueme. 1985, pp. 62-63).

18. A este respecto es conveniente consultar entre otras, la obra del profesor Luis Recasens Siches: Introducción al Derecho, en el Capítulo dedicado a la interpretación del Derecho, donde da cuenta exacta de las reacciones contra el indebido uso de la lógica formal tradicional en la interpretación del Derecho. México. Porrúa, 1977.

19. ALCHOURRON, Carlos; Eugenio BULYGIN. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires. Astrea, 1974, p. 91.

## 7. EL POSITIVISMO LEGALISTA

Pero a pesar de esta fuerte reacción, no ha desaparecido la línea dogmático-jurídica. Todo lo contrario, se ha refinado y ha mejorado y enriquecido su aparato conceptual.

Este desarrollo de la tendencia logicista (la línea dogmático-jurídica) muchas veces no ha sido bien percibido por jueces y juristas, incluyendo de preferencia entre estos últimos a algunos profesores universitarios, que, a nombre de una actitud científica, antimetafísica, anti-Iusnaturalista, siguen apegados a la manifestación más radical de positivismo jurídico, asumiendo muchas veces inconscientemente, las consecuencias teóricas que provienen de aceptar los postulados de la Escuela de la Exégesis. Pero este fenómeno que obedece a ciertos perfiles de cultura jurídica y que expresa toda una actitud ideológica, no es exclusividad nuestra. En Chile y en España y muy seguramente en otras latitudes de la comunidad jurídica heredera del sistema romano-germánico encontramos voces de protesta, veamos: El profesor Fernando Fueyo Laneri, escribía como propósitos de un escrito suyo los siguientes:

“Persigo demostrar fundamentalmente lo siguiente:

- a. Demostrar la vigente equivalencia de los juristas de nuestros días, especialmente de Iberoamérica, con los que en Francia fueron exégetas y formaron la llamada escuela francesa de la exégesis.
- b. Demostrar que al seguirse dicho método, particularmente en su nivel de apogeo (1830-1880), y con el carácter de exclusivo y excluyente, se está impidiendo o retardando el avance del auténtico Derecho.
- c. Reiterar que procede el más pronto destierro del monismo de aplicación actual, en Chile y otros lugares, del método de la escuela de la exégesis.
- d. Demostrar que las escuelas que se observan en la evolución del método y que son varias, ofrecen indudablemente nuevas perspectivas dignas de examen...”<sup>20</sup>.

20. FUEYO LANERI, Fernando. “El problema está en el método”. Santiago de Chile. Editorial Derecho Moderno. Separata de la Revista de Derecho Privado. Año I, No. 4. Octubre-Diciembre, 1966 p. 1-2.

De otra parte, el profesor de la Universidad de Granada España, Andrés Ollero en un importante trabajo donde cuestiona el positivismo legalista, afirma: “Pese a todo, y en lo que a las facultades de Derecho españolas respecta, el positivismo legalista parece seguir siendo la pre-teoría dominante; algo que se da por supuesto, que se considera tan obvio que no se somete a discusión, y acaba así impregnando la enseñanza del Derecho, el arquetipo de jurista que le sirve de referencia e incluso la valoración del juego político de las instituciones jurídicas.

Llevar nuestro diagnóstico al extremo equivaldría quizá a sugerir, provocativamente, que nuestra ciencia del Derecho vive de espaldas a la reflexión teórico-jurídica de este siglo. Sin duda no es así, pero lo que sí parece cierto es que en las ocasiones en que la profundidad y el rigor llevan a someter a crítica aspectos particulares de dicha teoría, es fácil detectar cómo siguen asomando (pre-teórica y pre-reflexivamente) planteamientos básicos del positivismo legalista.

Favorecida quizá por nuestra peculiar parcelación académica, se perpetúa una situación en la que la filosofía jurídica se desprecia como un conjunto de escarceos de manifiesta inutilidad...

Por si fuera poco, no nos hemos mostrado menos condicionados que nuestros colegas científicos por la preteoría dominante. Más que una “filosofía del derecho”, se ha llevado a cabo una “filosofía de la ley”, incapaz de desvelar a los juristas la “filosofía” que inconscientemente están suscribiendo cuando creen mantenerse al margen de toda filosofía”<sup>21</sup>.

Dentro de esta observación que apunta a señalar la previgencia y la vigencia del pensamiento o la actitud positivista legalista en nuestros días y en amplios sectores de la población jurídica, cabe también señalar la equivocada postura de los antipositivistas furibundos quienes le endilgan a Kelsen todas las culpas y las aberraciones que proceden del positivismo legalista. Este último señalamiento refuerza la idea de que la línea dogmático-jurídica o sistemático logicista, ha sido mal percibida y no se han distinguido los distintos momentos que señalan una línea de refinamiento, sino que se subsumen y se confunden todos en una y la misma cosa, asimilándose generalmente a la escuela de la exégesis, que es justamente y el punto que da origen a las mayores y más enconadas críticas.

21. OLLERO, Andrés. Interpretación del Derecho y positivismo legalista. Madrid. Editoriales de Derecho reunidas, 1982, p. 15-16.



## 8. LAS TAREAS POR REALIZAR

Este punto de partida que hemos elegido, daría entonces para realizar ciertas tareas que se constituirían en consecuencias lógicas a desarrollar.

Un primer desarrollo se referirá a profundizar y a hacer un seguimiento más preciso del principio de legalidad, estableciendo su íntima conexión con la llamada línea dogmático-jurídica y la conexión íntima de ésta con el desarrollo de la lógica. Valdría la pena entonces referirse a la escuela de la exégesis, a la jurisprudencia de conceptos, a la teoría pura del Derecho, a las alternativas que a esta proponen Hart y su discípulo Raz, y al modelo de ciencia jurídica sistematizadora patrocinada por los argentinos Alchourrón y Bulygin, que parece la máxima expresión o el último escalón hasta donde ha llegado la ciencia jurídica de mano de la lógica, que dispone de un aparato lógico conceptual adaptado o importado de la lógica simbólica, que permite la formulación axiomática del Derecho, entendido este como enunciados que pertenecen a un sistema jurídico, de donde se desprende que la definición del Derecho se hace desde el concepto de sistema y no desde el concepto particular de norma jurídica.

La importancia llega hasta el punto de permitir la escritura del Derecho en un lenguaje axiomático propio para el tratamiento cibernético.

Finalmente habría que decir que el modelo de Alchourrón y Bulygin al considerar el Derecho como un conjunto de enunciados, da la posibilidad de que ese material sea manejado con criterios lógico deónticos, lo que constituye otro punto crucial, pues admite la utilización de la lógica deóntica en el Derecho<sup>22</sup>.

Una segunda tarea a desarrollar, se correspondería con la reconstrucción del principio de legitimidad en conexión con una línea que si bien no prescinde de la

22. En 1951, G. H. Von Wright, lógico finlandés, publicada en *Mind* un artículo con el nombre de *Deontic Logic*. Se iniciaba una nueva rama de la investigación lógica, que se ocupara del análisis y formalización de los conceptos e inferencias característicos del discurso normativo (obligación, prohibición de acciones, etc) de forma similar a como la lógica formal clásica se ocupa del discurso declarativo. La investigación lógica deóntica cumple una doble función:  
a. Es un instrumento imprescindible para el análisis del lenguaje moral.  
b. Facilita importantes aplicaciones prácticas de los cálculos deónticos o normativos. Por ejemplo en la automatización de la inferencia y la información jurídica.  
Diccionario de Filosofía Contemporánea. Op. Cit. pp. 260-261).

lógica, o de las relaciones lógicas que vive el discurso jurídico, tampoco la hace el centro de sus análisis<sup>23</sup>.

Esta línea la podríamos denominar socio jurídica, tendría que ver con el contexto histórico, socio político del Derecho, o si se quiere mejor, del discurso jurídico.

Pero fieles a la limitación metodológica trazada, no se pretenderá dar razón de la legitimidad como concepto universalmente válido para todos los fenómenos grupales o de asociación, en todos los lugares y en todas las épocas. Simplemente nos acercaremos a una noción de legitimidad que nos permita delimitar cuáles fueron o sobre cuáles factores específicos de legitimidad se fundó el Estado moderno, Estado constitucional de Derecho, o Estado Liberal burgués, que al fin de cuentas es nuestro más inmediato y coherente pasado institucional.

En este examen tendremos que revisar o al menos nombrar conceptos tan significativos y aclaratorios para nuestra tarea como consenso social, pacto social, contrato social, que son expresión de las doctrinas políticas; conceptos tales como racionalidad, voluntarismo, individualismo liberal, que son expresión de las tendencias filosófico-religiosas; conceptos tales como capitalismo, libre empresa, propiedad privada que son expresión de las teorías económicas.

Es decir los filones filosófico, religioso, político y económico, nos darán el zumo de las doctrinas o las matrices ideológicas que constituyeron la base legítima sobre la cual se erigió una organización jurídico política real, histórica y definida, que nos puede servir como punto de partida.

Esto nos permitirá recuperar un criterio de evaluación, una guía de juzgamiento que se ahogó con el triunfo y la rutina cotidiana del legalismo que tornó las conciencias en mecánicas e irreflexivas, aletargamiento producido por un sofisma que está en la portada: La seguridad jurídica.

Todo orden en la medida de su establecimiento, progresivamente se conserva y qué mejor justificación racional que el cuento de la seguridad jurídica.

23. Esta noción apunta a una superación de la Filosofía formalista de la ciencia. Se recoge la idea de revisar y superar el dogma de la separación entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, atribuido a H. Reichenbach en su *Filosofía Científica*. Por tanto, se permite dar cabida en el campo de intereses del filósofo de la ciencia, a aspectos históricos y sociológicos de éste y también permite una reivindicación de los derechos de la ontología y de la metafísica.

Se trata de expandir el axioma de partida, ir más allá de la ley y buscar razonablemente en los principios doctrinarios la coherencia. No se trata de un iusnaturalismo, porque estamos partiendo de una realidad histórica y no de unos sueños o ilusiones intraducidos.

Esto implicaría recorrer las teorías contractualistas clásicas, (Hobbes, Rousseau) revisar el concepto de contrato social y su relación con la legitimidad liberal. Evaluar esa relación desde la perspectiva de los cambios de la realidad jurídica política. Cabría allí enmarcar los Derechos Humanos y darles una explicación racional y razonable como legitimación del Estado de Derecho. Se llegaría a los neocontractualistas que constituyen una especie de respuesta filosófico-política a la crisis de legitimidad actual que padecen los Estados modernos.

Para finalizar diremos, que el juez o cualquiera que haga sus veces, ha de tener en cuenta no sólo la legalidad, sino la legitimidad como criterio en la toma de sus decisiones.

Si asume la legalidad, ha de ser cuidadoso, y estar muy atento a su manejo, que en ningún momento es caprichoso, sino que está íntimamente conectado con un instrumento lógico. De tal suerte, que se le hace imperativo emprender el conocimiento y el adiestramiento en la disciplina lógica y no debe soslayarla, apegado a los argumentos que la combaten, desde una perspectiva de sus abusos e ignorar sus bondades.

Pero el juez, tendrá que entender, que todos los asuntos a su consideración muy probablemente no podrán ser remitidos, o sometidos a un tratamiento formal y meramente técnico. Es en estos casos, zonas de penumbra o de textura abierta como los llama Hart<sup>24</sup>, cuando hay que volver la mirada al principio de legitimidad. Pero también en este caso, se requiere de estudio y rigor, de un conocimiento claro sobre lo que significa la legitimidad como criterio decisorio. Una interpretación racional de este criterio que parta de una comprensión histórica y que esté referida a un modelo normativo preciso, sería una guía adecuada y preferible de comprensión y decisión judicial.

Esta tensión que hemos querido exponer bajo los criterios de legitimidad y legalidad, queda bien representada en las siguientes afirmaciones: "la finalidad de la

24. La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso (sic) a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. Hart, H. L. El concepto del Derecho. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1977. Véase Capítulo VIII. pp. 155-161.

ciencia del derecho es la explicación sistemática de la realidad jurídica... un sistema no puede construirse sin lógica"<sup>25</sup>.

"La lógica constituye un instrumento indispensable para la creación, conocimiento y uso del derecho"<sup>26</sup>.

Frente a estas citas, que podrían ser muchas más, podemos oponer otras que apuntan a fijarle limitaciones a la lógica. Veamos:

"La lógica es pues, necesaria pero no suficiente para la experiencia humana que llamamos derecho"<sup>27</sup>.

"Se desconoce la esencia misma del derecho, y se incurre en un error completo queriendo, en nombre de la lógica, hacer de la jurisprudencia las matemáticas del derecho. No es en ningún modo la lógica, es la vida, son las relaciones, el sentimiento jurídico, quienes reclaman lo que debe ser, y la necesidad o imposibilidad lógica nada tienen que ver con ello"<sup>28</sup>.

Un criterio de legitimidad reconstruido a la manera propuesta, permitiría afinar y precisar el caótico mundo de la subjetividad y evitaría o al menos limitaría la incoherencia, fuente privilegiada de la arbitrariedad.

25. E. Laguna. Jurisprudencia y fuentes del Derecho. Citado por Manzón Terrazas. Manuel. Kelsen y la lógica jurídica formal. Valparaíso. Universidad de Valparaíso Chile, 1984. pp. 17.

26. E. W. Patterson. Jurisprudence: men and ideals of the law, the foundation press. Citado por Manzón Terrazas, Manuel. Ob. Cit. p. 21.

27. M. R. Cohen. Reason and law, collier books, Nueva York. Citado por Manzón Terrazas, Manuel. Ob. Cit. p. 25.

28. R. Von Ihering. El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo. Citado por Manzón, Terrazas Manuel. Ob. Cit. p. 26.

## BIBLIOGRAFIA

1. ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio. Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Astrea, 1974.
2. BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno y Sociedad: Contribución a una teoría general de la política. Barcelona: Plaza & Janes, 1987.
3. Diccionario de Filosofía contemporánea/dirigido por Miguel A. Quintanilla. Salamanca: Sígueme, 1985.
4. FERRERO, Guglielmo. Reconstrucción. Buenos Aires: Sudamericana, 1943.
5. FUEYO LANERI, Fernando. El problema está en el método. Santiago de Chile: Editorial al derecho moderno, 1966. Separata de Derecho Privado (Santiago de Chile), año I (4): octubre-diciembre 1966.
6. GARCIA PELAYO, Manuel. Las grandes transformaciones del estudio moderno. Madrid: Alianza, 1980.
7. GARRIDO, Manuel. Lógica Simbólica. Madrid: Tecnos, 1986.
8. HABERMAS, Jurgen. La legitimidad hoy. En: Revista de Occidente. Madrid.
9. HART, H. L. A. El concepto del derecho. Buenos Aires: Abeledo. Perrot, 1977.
10. MANZON TERRAZAS, Manuel. Kelsen y la lógica jurídica formal. Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 1984.
11. OLLERO, Andrés. Interpretación del derecho y positivismo legalista. Madrid: Editorial de Derecho reunidas, 1982.
12. RECASENS SICHES, Luis. Introducción al Derecho. México: Porrúa, 1977.
13. REICHENBACH, Hans. Filosofía científica. México: Fondo de Cultura Económica, 1975.

14. SCHIMITT, Carl. Legalidad y Legitimidad. Madrid: Aguilar. 1971.
15. TORRES, Fernando, Ed. Contribución a la teoría del Derecho. Valencia, 1980.
16. WEBER, Max. Economía y Sociedad. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.