

De la dialéctica entre los conceptos de legalidad y legitimidad. Un acercamiento a la idea de Derecho en los conocidos como Estados de Derecho

Mikel Lancha García. Graduado en Filosofía en la UPV/EHU
lanchamikel@gmail.com

Resumen

El artículo trata de emular, desde la relación entre la filosofía política y la iusfilosofía, la conocida tensión inherente al Derecho, a saber, las dificultades a que se enfrenta éste al verse obligado a combinar los postulados de positivación y de fundamentación. Se presenta de este modo la necesidad de una concepción de la justicia que avale la legalidad de un Estado que se pretenda legítimo. La intención principal del texto es, respetando las posiciones de los autores que han sido referencia histórica para con esta cuestión, mostrar de forma precisa la dialéctica a que se ven expuestos los conceptos iusfilosóficos. Así, desde la confrontación de las propuestas de John Rawls, Carl Schmitt y Max Weber, se pretende crear una imagen completa de la dialéctica entre los conceptos de legalidad y legitimidad, en su desarrollo político y en su operatividad jurídica en los llamados “Estados de Derecho”, los cuales no son sino Democracias legislativas parlamentarias. Se trata de conseguir llevar esta cuestión hasta el presente de modo que nos permita discernir problemas tales como la legitimidad de los Estados no democráticos, así como las dificultades a que se enfrenta el Derecho en las democracias postcapitalistas.

Palabras clave: Estado de Derecho; legalidad; legitimidad; Democracia parlamentaria.

Abstract

The paper tries to emulate, according to the relationship between political philosophy and iusphilosophy, the well-known tension inherent in the Law, namely, the difficulties that it faces when forced to combine the postulates of positivity and foundation. In this way, the necessity of a conception of justice is revealed as an endorsement for the legality of a State that claims to be legitimate. The main intention of the text, according to the positions of the authors who have been an historical reference on this issue, is to show accurately the dialectic of the iusphilosophyc concepts. So regarding to the confrontation of the proposals of John Rawls, Carl Schmitt and Max Weber, it is intended to create a whole image about the dialectic between legality and legitimacy, in its political development and in its legal operability in the so-called “States of Law” which are only parliamentary legislative Democracies. The aim is to bring up this subject to the present in a way that allows us to discern issues such as the legitimacy of non-democratic states, as well as the difficulties that Law faces in post-capitalist democracies.

Keywords: State of Law; legality; legitimacy; Parliamentary Democracy.

eikasia

De la dialéctica entre los conceptos de legalidad y legitimidad. Un acercamiento a la idea de Derecho en los conocidos como Estados de Derecho

Mikel Lancha García. Graduado en Filosofía en la UPV/EHU
lanchamikel@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Therefore in a just society the liberties of equal citizenship are taken as settled; the rights secured by justice are not subject to political bargaining or to the calculus of social interests. The only thing that permit us to acquiesce in an erroneous theory is the lack of a better one; analogously, an injustice is tolerable only when it is necessary to avoid an even greater injustice. Being first virtues of human activities, truth and justice are uncompromising. (J. Rawls, 1971: 4)

189

Noviembre-
diciembre
2018

La preocupación fundamental que nos mueve a analizar estos dos conceptos remite a sus contextos de desarrollo político. No trataremos tanto de hacer un estudio historiográfico de los mismos, como de comprenderlos en relación a unos autores concretos; que por otro lado, nos resultan de interés por abordar las distintas posiciones al respecto de este debate. A lo largo del estudio, se ha tratado de ilustrar la dialéctica entre los conceptos de legalidad y legitimidad como categorías fundamentales del derecho, su carácter recíproco y autorreferencial, es decir, cómo en referencia a la alusión a los mismos, desde las distintas doctrinas filosóficas del Derecho, la explicación de uno requiere la presencia del otro, ya sea mediante su contraposición o mediante su relación.

Nos hemos propuesto en este trabajo presentar un concepto de la justicia que, participando de una concepción política de la justicia, nos permita iniciar una discusión sobre la dialéctica entre los conceptos de legalidad y legitimidad

garantizándonos el debido rigor en la discusión. Como bien dice Rawls, del mismo modo que nuestra teoría debe tender a buscar la verdad, aunque ésta se aleje un poco más a cada paso que demos hacia ella, la justicia, en referencia al debate político, debería ser el precepto de nuestro estudio. Bien la legalidad, bien la legitimidad, ambas albergan una relación estrecha con referencia a la cuestión del poder político, ya sea por cómo éste se materializa, cómo se justifica, etc... Nuestra reflexión dialéctica consiste en presentar cómo la legalidad y la legitimidad, lo normativo o lo descriptivo, no pueden ser entendidos de forma aislada. Cómo estos conceptos participan de la tensión inherente al derecho. Cómo las concepciones normativas de la legitimidad chirrían por su tendencia autojustificatoria y las concepciones descriptivas cojean por la limitación que supone tratar de hacer justicia desde los sentimientos o las creencias. Lo que nos conduce indefectiblemente a buscar un equilibrio entre estas dos posiciones que, por un lado, garantice el rigor del discurso político, pero no pierda de vista la consideración sobre las condiciones materiales e históricas en las que éste se desenvuelve. Nos interesa profundamente ilustrar cómo el concepto de legalidad se articula en su operatividad fundamental, que es la de crear derecho, pero a su vez, y como se trata de demostrar, el derecho necesita unos fundamentos que lo respalden y lo hagan legítimo más que la sola creencia en la racionalidad de su propia legalidad.

La alusión al uso de la legitimidad en referencia a la justificación del poder político y de la legalidad como la materialización del mismo, requiere de una concepción de la justicia que sostenga los términos iusfilosóficos, pues como veremos más adelante, el derecho que carece de todo contenido moral, y busca su propia justificación, no satisface la idea de Estado de derecho que trataremos de pergeñar en la sección final. El orden del estudio, por tanto, consiste en la presentación de una teoría de la justicia abalada por el pensamiento rawlsiano, que aportará la luz suficiente a la ilustración del concepto de legitimidad política. Una vez conozcamos los vaivenes de la legitimidad, comprenderemos la necesidad de someter a ésta a análisis y presentarla en su dialéctica con la legalidad. La legalidad y la legitimidad, en consecuencia y como términos iusfilosóficos, nos situarán en el debate en torno a la constitución del Derecho y una vez aquí, entenderemos el alcance de los conceptos y sus dimensiones normativa y descriptiva, así como su participación de la

constitución del Estado como categorías fundamentales del mismo .

Nos parece imprescindible tratar esta cuestión por dos razones fundamentales, a saber, en primer lugar, porque la legalidad y la legitimidad aparecen recurrentemente en los discursos políticos y por ello merecen ser considerados desde la filosofía política, y en segundo lugar, porque tras la controversia que ambos despiertan, siguen apareciendo de forma difusa y confusa, por lo que precisan de una aclaración.

Para conseguir el objetivo propuesto, hemos estructurado nuestro trabajo en cuatro secciones y unas observaciones a modo de conclusión. La primera sección presenta la discusión acerca del concepto de justicia tomando como referencia la noción rawlsiana de justicia como equidad. En la segunda sección, nos ocupamos de focalizar la cuestión acerca de la noción misma de legitimidad, desde las dos concepciones más relevantes, esto es, la concepción normativa y la concepción descriptiva de legitimidad. En la tercera sección tratamos de la dialéctica conceptual entre legalidad y legitimidad, dedicando a ello las tres primeras subsecciones y dando cabida en la cuarta subsección a los problemas que presenta ésta en nuestra época. Finalmente, en la cuarta sección pretendemos trazar la necesaria relación entre la dialéctica arriba mencionada para con la noción de Estado de derecho. La necesidad de una reflexión filosófico-política y iusfilosófica acerca del Estado de derecho en las democracias contemporáneas se manifiesta como algo ineludible *hic et nunc*.

Una de las motivaciones principales por las que hemos escogido a estos autores—Rawls¹, Schmitt² y Habermas³—, aparentemente dispares y contrarios, es tratar de revelar cómo en lo político, la separación entre ciertas doctrinas muestra un trasfondo que no es tan divergente como aparenta. Cómo, por ejemplo, en la brevedad de la sección 4.2, se vislumbran las ideas de los autores al respecto de si es o no legítimo un Estado sin democracia, y éstas no resultan del todo contrarias para autores que aparentemente sí lo son. La propuesta de analizar estos autores parte de

¹ Para una presentación filosófica general del pensamiento de Rawls, véase: <https://plato.stanford.edu/entries/rawls/#Aca>

² Para Schmitt, véase: <https://plato.stanford.edu/entries/schmitt/>

³ Para Habermas, véase: <https://plato.stanford.edu/entries/habermas/>

que, por un lado, ellos tres están inmersos y son voces reconocidas en la discusión tanto para la filosofía política como para la filosofía del derecho (que es la relación que en última instancia se trata de emular), y por otro lado, porque consideramos que además de sus contribuciones y el reconocimiento que se les da, tienen una vigencia que no podemos eludir, al menos a propósito de la cuestión que nos ocupa. Así Rawls nos dice lo siguiente:

La justicia es la virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar (Rawls, 1971[2014]: 17).

§1 Presentación del concepto de justicia. La justicia como equidad.

Para no desviarnos en nuestra senda discursiva y descarrilar en nuestra presentación de los conceptos de legalidad y legitimidad, es imprescindible presentar una concepción de la justicia que siendo una concepción política de la justicia soporte las confusiones a las que inducen los desgastados y harapientos atavíos bajo los cuales la historia ha cobijado a estos conceptos. Aunque lo explicaremos en los párrafos siguientes, cabe mencionar que el concepto de legitimidad se ha presupuesto por algunos pensadores y por algunas voluntades políticas, sin errar, como una suerte de justificación. La justificación es la presentación de una razón por la cual algo (bien una acción, bien una decisión, etc....) ha de ser considerado como justo o excluido de toda consideración y denunciado por no serlo. Lo justo, por tanto, debe ser un precepto para cualquier sistema organizativo o voluntad política. Debe soportar las bases de cualquier concepción del Derecho y a su vez, de los términos iusfilosóficos, en nuestro caso, los de legalidad y legitimidad. Nuestra intención en este trabajo es someter a análisis algunas de estas categorías fundamentales del Derecho y discernir bajo qué parámetros estas pueden ser consideradas como justas o no. ¿Por qué ha de ser nuestra concepción de la justicia una concepción política de la justicia? La cuestión que nos preocupa, por su alcance político y así mismo

filosófico y que trataremos de ilustrar a continuación, es la de preguntarnos por los límites de la acción y los límites de la conciencia humana. ¡Difícil empresa! Pero no por ello menos apasionante y pertinente. Por esta razón ha de ser nuestra concepción de la justicia, una concepción política de la justicia pues nos preocupa la justicia como ilustraba la anterior cita de Rawls, a saber, como una virtud de las *instituciones sociales* y de las decisiones políticas. Dado el peso que se vierte sobre la legalidad en las formas de Estado contemporáneas, esto nos conduce indefectiblemente a preguntarnos sobre la legitimidad de la legalidad de las instituciones políticas y sociales, y hasta qué punto estas deben apoyarse sobre una concepción de la justicia pública y aceptada unilateralmente por todos los miembros de esa sociedad. Pero esta cuestión será abordada con profundidad en §3, por lo que no nos extenderemos más sobre ella de momento.

John Rawls en *A Theory of justice* (1971) nos presenta una concepción de la justicia a la que llama *justicia como imparcialidad*, concepción que sería reformulada por el autor y publicada nuevamente en el 2001 con el título de *Justice as fairness*. El autor, que sin errar, ha sido clasificado como uno de los continuadores de la tradición contractualista, propone una situación hipotética en la que individuos en igualdad de condiciones, mediante un mutuo acuerdo, logran alcanzar unos principios que, por ser estos justos al haber sido establecidos desde una situación inicial equitativa, habrán de ser inviolables en cualquier caso por las instituciones sociales y los demás miembros de dicha sociedad. Su intención primaria es salvarnos de las garras del utilitarismo imperante.

Rawls nos dice, imaginemos una sociedad que no esté emponzoñada por el corrosivo utilitarismo contemporáneo, es decir, en la que los individuos miembros, cubiertos bajo lo que el autor llama *velo de la ignorancia*⁴, no miren por su propio interés sino que sitúen por encima de este el bien general. A este momento en el que los individuos deciden reunirse para deliberar unos principios que guíen el futuro discurrir social el autor lo llama *la situación inicial*. Estos principios básicos, escogidos

⁴El *velo de la ignorancia* es una expresión que Rawls utiliza repetidas veces para hacer referencia a un grupo social hipotético en el que los miembros siendo racionales, esto es, sabiendo manejar del modo óptimo posible sus condiciones materiales-técnicas, no muestre el egoísmo e interés que muestran, por ejemplo, los miembros de las sociedades utilitaristas de los cuales se puede decir que priman su interés y la satisfacción de sus deseos frente al bien de la colectividad.

por individuos en igualdad de condiciones y que serán el pilar fundamental de la concepción de la justicia de Rawls, es a los que el autor llama *principios de justicia*.

Los *principios de justicia* que presenta Rawls, por haber sido elegidos mediante un pacto en una situación de igualdad, en la que los individuos no podrán discernir el interés propio ni establecer principio alguno que favorezca su condición individual, no albergarán sino las bases inalienables para que desde lo que el autor llama la *cooperación social*, todas las instituciones, decisiones y en general, todo el acontecer social que surjan posteriormente a ese pacto y cumpliendo con esos principios pueda ser considerados justo. Tras un minucioso análisis en el que el autor emula esa situación hipotética y sin cerrar del todo el resultado de esos principios, llega a una formulación de lo que pudieran ser los *principios de justicia*, los cuales se deben encargar, por un lado, de delimitar los derechos y libertades básicos y por otro lado de solventar las desigualdades sociales y económicas:

- a) cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos; y
- b) las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades; y, en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (el principio de diferencia) (Rawls, 2001[2002]: 73).⁵

Estos principios, los cuales cimentan esta concepción de la justicia, nos servirán más adelante para discurrir en contraposición con otras concepciones de la justicia que consideran que el Derecho debe fundarse sobre bases descriptivas, esto es, sobre creencias colectivas. ¿Cuál es el interés de Rawls en establecer unos principios que deben ser aceptados y secundados por todos los miembros de la sociedad?

La intención del autor es evitar las fluctuaciones del magma social y erigir un puerto desde el cual partan todas las futuras instituciones, acciones o decisiones políticas. ¿Qué sucedería si fundáramos sobre nuestras creencias y sentimientos las instituciones que en la posteridad habrán de encargarse de impartir justicia? El

⁵ Utilizo esta reformulación pues la considero más precisa que la primera presente en *Teoría de la Justicia* (1971) y además, presenta el principio de diferencia, el cual resulta fundamental en la concepción de la justicia de Rawls.

problema, nos dice el autor, es que las creencias y sentimientos son tan dispares como lo son los individuos o grupos sociales, por esto, debemos buscar unos principios que siendo estos aceptados de forma unilateral hagan de férreos raíles a las cargas de esa sociedad. Si pretendiéramos soportar el imponente peso de la justicia sobre los sentimientos y las creencias nos enfrentaríamos a un problema de grandes dimensiones para cualquier sociedad, esto es, cada individuo poseería una concepción distinta de la justicia y esto es sinónimo de que no exista ninguna concepción de la justicia. Pues como bien sabemos, cuando todo vale, nada vale.

Por supuesto podríamos pensar que esto desvirtuaría el debate político y filosófico, a saber, en una sociedad en la que exista una única concepción de la justicia secundada por todos los miembros de la sociedad de forma homogénea no debería haber controversia política. Pero esto no es así, lo que el autor pretende no es erigir una masa de individuos homólogos sometidos al imperativo de la concepción de la justicia sino que siendo éstos libres e iguales, creen de forma deliberada una cierta *homogeneidad en lo fundamental*. Es decir, establezcan unas sólidas bases que hagan de su sociedad una sociedad justa, al menos en lo fundamental.

Abordando la cuestión de una forma tan parca y precaria como lo hemos hecho en los anteriores párrafos, pareciera que el autor fuese una suerte de idealista o algo por el estilo, pero no es este el caso de John Rawls. Por el contrario, el autor muestra un ferviente deseo por libertar a las actuales sociedades de sus injustas concepciones de la justicia, por lo que a continuación intentaremos dar cuenta del pensamiento del autor y presentar el complejo entramado de conceptos que el autor erige para conseguir cerrar el hilo argumental sin caer en las ilusiones idealistas (por supuesto no deja de ser una propuesta, es decir, una hipótesis⁶).

Hay unas cuantas ideas fundamentales sobre las que Rawls pretende sostener estos imponentes *principios de justicia*, una de ellas la cual será una de las imprescindibles herramientas que construyan el devenir de esta sociedad hipotética

⁶ La diferencia que podemos establecer entre estas dos cuestiones es categorial, pues la hipótesis, aunque no sea de facto, es tangible, mientras que el ideal muestra un carácter inalcanzable. De todos modos, lo que nos interesaría señalar con claridad aquí es la intención del autor de erigir una teoría de la justicia que siendo fiel a su nombre consiga hacer frente al utilitarismo de las contemporáneas sociedades capitalistas. Por supuesto, entender sí entendemos la posibilidad de caracterizar la propuesta de Rawls como una propuesta idealista pues parte de una situación original idealizada.

es la idea de *cooperación social*. Pues bien, una de las principales críticas que podemos hacer al contrato social es que nosotros ya nacemos inmersos en una sociedad con un pacto, por lo que no somos parte de la constitución del mismo. ¿Cómo pretende salvar el autor el problema de la continuidad generacional del pacto?

Pues bien, la *cooperación social* debe partir de un sistema equitativo de cooperación a lo largo del tiempo, esto es, de una generación a la siguiente por tres razones que explicaremos a continuación. En primer lugar, la *cooperación social* cuenta con la condición de que sus reglas y procedimientos han de ser reconocidos públicamente, es decir, todos los cooperantes aceptan que haya tales reglas y procedimientos apropiados y que estos se encarguen de regular su conducta. En segundo lugar, la *cooperación social* se adscribe a unos términos equitativos de cooperación, términos según el autor que el partícipe acepta por considerarlos razonables. Los cooperantes solo podrán beneficiarse del fruto de su cooperación en función a unos criterios establecidos y aceptados públicamente, en términos del autor: “definen una idea de reciprocidad y mutualidad” (Ibíd. 2001[2002]: 29). Y, por último, la *cooperación social* incluye lo que Rawls llama la idea de *ventaja racional*, esto quiere decir que sin aprovecharse más allá de los criterios establecidos, cada miembro de esa sociedad promueva su propio bien.

La justicia como equidad tiene como preceptos los dos *principios de justicia*, por lo que en estos deberán quedar especificados los términos de cooperación equitativa. Estos principios ilustrarán y delimitarán tanto los derechos como los deberes básicos que posteriormente regularán las instituciones políticas y sociales, y a su vez, la división equitativa de los beneficios que produzca la *cooperación social*. Esta concepción política de la justicia, es decir, la que se sostiene sobre unos principios que dan nombre a la misma responden, según Rawls, a alguna de las cuestiones fundamentales de la filosofía política, a saber, coincide con la de un régimen democrático constitucional en el que se concibe a los ciudadanos como libres e iguales y como electores de su propia constitución.

[...] ¿cuál es la concepción política de la justicia que mejor define los términos equitativos de la cooperación entre ciudadanos considerados como libres e iguales y como razonables a la vez que racionales, y (añadimos nosotros) como miembros normales y plenamente cooperativos de la sociedad a lo largo de toda una vida, de una generación a la siguiente? [...]

es una cuestión fundamental porque ha sido el foco de la crítica liberal a la monarquía y la aristocracia, y de la crítica socialista a la democracia constitucional liberal (Ibíd. 31).

Mantener de forma acérrima la cooperación social a lo largo del tiempo, esto es, de una generación a otra, no es cosa baladí. Para conseguir que los nuevos miembros de la sociedad acepten y consideren razonables los términos de la cooperación social se requiere lo que el autor llama *una sociedad bien ordenada*. Decir que una sociedad está bien ordenada supone: Por un lado, hay una concepción política de la justicia que se acepta públicamente y se sabe de su aceptación pública, es decir, todos los miembros aceptan dicha concepción política de la justicia sostenida por los principios de los que hablamos al principio de la sección y además de aceptarla, son conscientes de que los demás miembros de la sociedad la aceptan del mismo modo que ellos. Por otro lado, implica lo que Rawls llama la idea de *regulación efectiva* por una concepción pública de la justicia, esto es, o se sabe o hay buenas razones para creer que, en la *estructura básica* de la sociedad, todas las instituciones políticas y sociales básicas en la medida en que participan de esa cooperación social, satisfacen los *principios de justicia*. Y por último y en relación con la idea de *regulación efectiva*, la idea de una sociedad bien ordenada implica que hay un sentido público de la justicia, a saber, cada ciudadano tiene un sentido de la justicia que le capacita para discernir y adecuar los principios de justicia públicamente reconocidos a cada caso particular. Así pues, en la sociedad bien ordenada, por el mutuo reconocimiento de los principios de justicia y la voluntad de los miembros por cumplir con los términos de la cooperación social, se consigue que los individuos miembros no degeneren su actividad pública en su propio beneficio y contribuyan a la corrupción de las instituciones sino que estos, por poseer un sentido de la justicia, situarán sus exigencias sobre las instituciones de un modo justo y proporcional a su condición social, es decir, como los principios de justicia indiquen.

Aunque sin profundizar excesivamente en ella, se mencionó en el anterior párrafo la idea de la estructura básica, otro de los conceptos que construyen el complejo entramado que sostiene la idea de cooperación social y, por tanto, da lugar a la justicia como equidad. Pues bien, la *estructura básica* tiene un papel fundamental para con la cooperación social debido a que será la encargada de impartir justicia.

Como señala Rawls “[...] la estructura básica de la sociedad es el modo en que las principales instituciones políticas y sociales de la sociedad encajan en un sistema de cooperación social, y el modo en que asignan derechos y deberes básicos y regulan la división de las ventajas que surgen de la cooperación social a lo largo del tiempo” (Ibíd. 33). La estructura básica, por tanto, es toda esa atmósfera social en la que se mece todo ese complejo entramado de relaciones sociales, esto es, en donde tienen lugar todas las actividades relativas a la asociación y demás quehaceres social. Lo que Rawls nos dice es que, si esta atmósfera que produce una estructura básica justa se cumple, nos garantiza lo que llama *justicia de trasfondo*. La estructura básica justa es una de las dimensiones imprescindibles para la justicia como equidad, pues de algún modo es la red que entrelaza y sostiene a los individuos en su estado más primario, es decir, para la justicia como equidad es el objeto principal de la justicia política.

Considero que podemos interpretar la estructura básica de Rawls como una serie de leyes que, sin quedar recogidas en algún documento formal necesariamente, son inherentes a las formas de acción social de los miembros que cooperan. Lo que pretendemos señalar con esto es que es la acción social la que debe ser justa, es decir, que todos los miembros actúen de forma justa sabiendo a su vez que los demás miembros lo harán del mismo modo, al menos en lo fundamental. Esto es lo que garantiza la *justicia de trasfondo*, pues ningún miembro de la sociedad será privado ni por las instituciones políticas y sociales, ni por ningún otro miembro de la sociedad de sus derechos y libertades básicas y fundamentales. Estas leyes no afectan sobre los ciudadanos mediante represalias al incumplimiento, sino que son adyacentes a la conducta, es decir, son el modo de acción social e institucional. Rawls pone el ejemplo de que, aunque la iglesia pueda excomulgar a los herejes, no puede quemarlos, lo que garantizaría la libertad de conciencia.

Tras este excursión en el que tratamos de introducir la concepción política de la justicia en Rawls, por fin llegamos a la parte que nos preocupa profundamente, pues será esta la que aporte la luz necesaria para iluminar nuestra senda discursiva y nos permita acercarnos a la cuestión de la legitimidad que abordaremos en las páginas que siguen.

Un rasgo esencial de una sociedad bien ordenada es que su concepción pública

de justicia política establece una base compartida que permite a los ciudadanos justificar sus juicios políticos: “cada uno coopera, política y socialmente, con el resto en condiciones que todos pueden avalar como justas. Esto es lo que significa justificación pública” (Ibíd. 52-53).

¿Por qué es tan importante para nuestro trabajo la idea de justificación pública que presenta Rawls? La repercusión que tendrá esta concepción sobre nuestro estudio será fundamental, pues aquí se presenta cómo una concepción política de la justicia llega a una noción de justificación, en este caso justificación pública, a lo que nosotros más adelante llamaremos legitimidad y trataremos de enfrentar con el término legalidad. Lo interesante aquí es que no necesitamos únicamente unos principios de justicia, sino que también se requiere de una aceptación general, esto es, un juicio público que avale y sostenga las decisiones, instituciones o acontecimientos políticos y juzgue a estos como justos o injustos. ¿Necesitamos que esta justificación sea pública? Por supuesto, la premisa de las instituciones políticas y sociales es que sean justas y para ello, tienen que responder a los principios de justicia aceptados de forma unilateral por los miembro de la sociedad, pero no solo esto, sino que además lo que garantiza que la cooperación social funcione es que haya un juicio público que no caiga sobre las instituciones políticas y sociales aisladamente, sino que recaiga también sobre las exigencias que los miembros de la sociedad puedan requerir sobre las mismas en función a sus condiciones de cooperación. La conjugación de todos estos factores es la que torna efectivas y eficientes a las instituciones. Como bien explica Rawls, los miembros en la situación original, si bien están cubiertos por el velo de la ignorancia, lo cual les priva de toda proyección interesada sobre las instituciones sociales y políticas, poseen la virtud de la razón y de la razonabilidad, es decir, por un lado saben discernir y emplear de un modo óptimo los elementos técnicos y materiales de que disponen, y del mismo modo saben elegir los medios que les conducirán a sus propósitos sin renunciar a los principios de justicia; por esto, no trasladarán sus exigencias sobre las instituciones más que del modo en que su concepción de la justicia les brinde como razonable.

La justificación pública podría ser entendida como una suerte de barómetro encargado de medir el alcance y las dimensiones de los conflictos con la intención de moderarlos, impidiendo que las sociedades vuelvan a cometer las atrocidades que la

Historia ha recogido de sus conflictos religiosos y políticos, por ejemplo. Para explicar esta idea, Rawls recurre a otras tres que son las que respaldan todas las dimensiones de esta justificación. En primer lugar, nos habla del *equilibrio reflexivo*, esto es, aceptando que los ciudadanos poseen un sentido de la justicia y capacidades racionales, pues para emitir un juicio se requiere además de la posibilidad de contrastarlo, poder mostrar un fundamento racional al mismo. La idea del equilibrio reflexivo consiste en que más allá de los juicios fundamentales, es decir, los que no podemos abandonar porque atentarían contra las bases de la justicia, como miembros de la justicia como equidad habríamos de contemplar la revisión de nuestros juicios e incluso retirarlos por fines prácticos, esto es, para alcanzar acuerdos que sean razonables, aunque no respondan a nuestros propósitos en su totalidad. Esta idea, es acompañada por la de *consenso entrecruzado*, la cual viene a decir algo así como que en una sociedad con una concepción de la justicia, aunque haya, por ejemplo, grupos religiosos o filosóficos dispares e incluso enfrentados, estos deben alcanzar un consenso que a pesar de que pueda partir de posiciones contrapuestas o lo que el autor llama *doctrinas comprehensivas* totalmente distintas, lleguen a un consenso sobre los juicios fundamentales, esto es, los que atañen a la igualdad y las libertades fundamentales que nunca pueden ser vulneradas a los miembros de la justicia como equidad. Por tanto, las dimensiones fundamentales de la concepción de la justicia han de alcanzar a doctrinas comprehensivas totalmente distintas, consiguiendo así un régimen que perdure de generación en generación. De lo contrario, cualquier sociedad está abocada a la catástrofe.

La idea que presenta Rawls de una sociedad bien ordenada plantea un problema fundamental a la filosofía política que esta debe resolver o al menos tomar en consideración. ¿Es posible una sociedad en la que todos los miembros participen de forma activa en lo político y posean una concepción política de la justicia que respalde sus juicios y su acción política, (y añado) sería efectiva la política en este tipo de sociedad? Desde luego, si no efectiva sería deseable, pues aunque podría suponer una gran serie de obstáculos al devenir político, disminuiría la corrupción inherente a la representación política. (De todos modos, parece pertinente hacer hincapié sobre la confusión que existe a este respecto, a saber, que la participación política y la administración son cosas bien distintas. El hecho de que los individuos

se preocupen por el devenir político y tengan la capacidad de analizar las decisiones de sus dirigentes enriquece cualquier sistema político y no lo desvirtúa, pues las exigencias que los ciudadanos puedan ejercer sobre sus gobernantes serán relativas a sus capacidades políticas, en este caso, una sociedad con una concepción política de la justicia, será capaz de juzgar y escoger a sus gobernantes de un modo óptimo si y solo si éstos lo merecen). La sociedad que cumple con la legalidad por miedo a la sanción que supone infringir las leyes, está abocada a la catástrofe. Pues la legalidad debe tener el precepto de ser justa y la acción social, del mismo modo, debe responder a una concepción política de la justicia, es decir, la tensión social que supone el miedo a cierta acción por las represalias crea conflictos con una dimensión mayor al simple incumplimiento de la ley. Esto no quiere decir que haya que eliminar las sanciones al incumplimiento de la legalidad vigente, simplemente que no debe ser la única, ni la más importante herramienta del Estado para que la actuación de los legislados sea justa.

Nos resulta del todo complejo extraer una interpretación clara a la concepción de la legitimidad de Rawls. Aunque la tradición ha englobado sin dudar a este autor bajo la corriente de la tradición normativa, es decir, la concepción de la legitimidad que pretende hallar unos principios que respalden a ésta como predicados de los sistemas políticos. Y esto parece claro en Rawls por su presentación de unos principios de justicia que serán la base de su concepción de la justicia, y por tanto, de toda suerte de justificación en el acontecer social dentro de ese ámbito. Pensamos que hay un cariz descriptivo e imprescindible que no se ha enfatizado tanto por la tradición de la concepción rawlsiana y creemos que merece una cierta profundización. Lo que Rawls pretende no es establecer unos principios únicamente, sino que haya una concepción pública de la justicia política que los respalde y que ésta permee sobre el ideario social, es decir, que la sociedad se empape y haga formar parte de su imaginario social los preceptos de la justicia, lo cual presenta una dimensión que no necesariamente ha de ser considerada como normativa o quizás podríamos categorizar como un normativismo moderado. Los principios regulan la acción, pero por supuesto, estos deben ser asumidos de forma consciente por los miembros racionales y razonables de la justicia como equidad y no solo asumidos sino aprehendidos.

Por supuesto, es difícil tratar de hacer compatible y defender que un hombre de tradición liberal como Rawls y defensor de unos principios que tratan de teñir de un cariz positivo el Derecho pueda ser adscrito a la tradición descriptiva de la legitimidad, pero nuestro interés primordial es matizar que el carácter normativo de la propuesta rawlsiana refiere al imaginario social y no se aplica de forma imperativa sino comprehensiva.

§2. Cómo llegar a una concepción de legitimidad o qué sea la legitimidad.

Este estudio se presenta con cierta complejidad por la simple razón de que los conceptos que se vierten sobre el discurso están plagados de arduas trampas en las que no queríamos incurrir. Los conceptos que habríamos de barajar, la legalidad y la legitimidad, tan solo se separan por una fina hebra que en ocasiones se muestra como una virtuosa ocultista, pues nos impide diferenciar con claridad, aunque fuera a rasgos generales, la separación entre nuestro objeto de estudio. Tanto la legalidad como la legitimidad muestran una ambigüedad que es lo que a su vez los convierte en conceptos fecundos y dignos de consideración. No es de extrañar que nuestras mentes modernas hallen ciertas dificultades al cavilar sobre tales conceptos. Como veremos a continuación, ambos muestran un punto de inflexión tras el periodo entendido históricamente como la modernidad. La ley, en su sentido más amplio, pasará por una metamorfosis tras la caída de gran parte de las monarquías europeas y el auge de las democracias parlamentarias, por este motivo, dejará de ser la expresión imperativa de una voluntad personal (del monarca) para convertirse en la voluntad de la soberanía popular (representada por un parlamento). Esto es lo que ha hecho que se entienda de forma equívoca, según Schmitt, a los Estados legislativos como «Estados de Derecho». «Lo que se ha entendido por «Estado de Derecho» en los Estados europeos continentales desde el siglo XIX sólo era, en realidad, un Estado legislativo, esto es, un Estado legislativo parlamentario» (Schmitt, 1932[2006]:1); esto se debe a una idea del autor que consiste en que la ley, aun siendo una categoría fundamental del Derecho no agota a éste y por tanto, es un error caracterizar como «Estado de Derecho» a un Estado legislativo. Por otro lado, esta noción instituye al parlamento como poseedor del monopolio sobre la legalidad, lo

cual le habilita para ejercer de forma impersonal una cierta autoridad por ser el órgano legislador al mismo tiempo que representante de la soberanía popular, pero de esto nos ocuparemos detenidamente en §4. Cabe destacar que este cambio tanto en la legalidad como en el orden político, crea un nuevo magma que trata de abrir nuevos horizontes y por supuesto, da lugar a nuevas autoridades políticas y formas de dominio, lo cual afecta directamente a la legitimidad de las mismas que es lo que aquí nos incumbe.

Como hemos tratado de ilustrar en la parquedad de nuestro trabajo durante §1, continuaremos con la intención de presentar un concepto político de legitimidad sin entrar en valoraciones sustantivas al mismo en nuestro estudio, es decir, tratando de presentar las posiciones dominantes, mediante caracterizaciones descriptivas.

La justicia, como mostrábamos en la cita previa a la introducción de la concepción de la justicia, debe ser (al menos según Rawls) un precepto para las instituciones sociales y políticas, esto es, la inseparable compañera de toda asociación que se instituya desde el entramado social más básico o primario. Del mismo modo que la justicia salvaguarda la validez de las instituciones, la legitimidad debe ser la virtud de lo relativo a todas estas instituciones, a saber, tanto de las decisiones y de los agentes que participan de ellas como de la vigencia de las mismas como asociaciones justas y, por tanto, del orden político. Presentándolo así, pareciera que justicia y legitimidad fueran una sola y la misma cosa; tampoco resulta complicado ver que ambas cuestiones están relacionadas al margen de cuál sea lo que en el fondo las relaciona. Muchos autores se han referido a la legitimidad como justificación, a saber, como un juicio valorativo que defiende o denuncia, en este caso una institución, una decisión o un orden político, por cumplir o no con las condiciones valorativas que nos permitirían considerar a éste como justo o injusto. En algún caso y por su dimensión política, el poder ha sido el eje en torno al cual ha girado la cuestión de la legitimidad política. Un ejemplo de ello sería el hecho de que muchos autores hayan relacionado el concepto de legitimidad con la justificación de la autoridad política, y cómo los cambios históricos en las formas de dominación y en las autoridades políticas mismas constituyen cambios en las formas de legitimidad. En este caso, habríamos de adherir un requisito indispensable a cualquier tipo de autoridad política, es decir, no se requiere de una autoridad política que sea efectiva

y que por tanto funcione, sino que además ésta debe ser legítima. Aquí, por tanto, deberemos preguntarnos; ¿qué hace de una autoridad que sea o no legítima? ¿Cuáles son los fundamentos que sostienen esa atribución de legitimidad? De lo ya expuesto durante este estudio, podríamos extraer una formulación explícita de la legitimidad, mediante el caso que ya conocemos por la explicación de la §1, el cual es conocido tradicionalmente como uno de los exponentes de la tradición normativa, esto es, la concepción normativa de la legitimidad. Para Rawls una autoridad política es legítima si y solo si cumple con los preceptos de *la justicia como equidad*. “Locke, por ejemplo, defendió que en una sociedad contractualista, la legitimidad se traduce en cómo el poder se materializa de su constitución en el contrato civil y es conducida hasta un cuerpo político concreto” (Fabienne, “Political legitimacy”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [2017], E. Zalta (ed.)).

Una de las preguntas que emergen durante este estudio atañe a los vaivenes de la tradición y es la siguiente. ¿Cómo puede concebirse de forma tan dispar un concepto que aparece de forma tan recurrente en el discurso político como es el de legitimidad?

A grandes rasgos y como ya hemos mencionado en las líneas anteriores, hay dos acepciones fundamentales mediante las cuales entender el concepto de legitimidad. O bien de forma descriptiva o bien normativa. La tradición normativa ya ha quedado presentada, en cuanto a la tradición descriptiva, uno de los mayores representantes es Max Weber el cual habla de la legitimidad en acusación a la «dominación»; “Weber parte del concepto de “dominación” entendida como la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos (Weber, [1964]: 170). En toda dominación la obediencia está ligada a motivos materiales y afectivos, pero a ellos hay que añadir otro factor: la legitimidad” (del Hierro, 2013: 184)⁷. Afirma que lo que hace válida o legítima cualquier autoridad política es la fe o las creencias de los gobernados sobre esa cierta autoridad. La obediencia de los gobernados se fundamenta sobre una creencia de estos que da lugar a un cierto orden político y social. Hay tres formas mediante las cuales esta creencia, hace legítima a una cierta forma de dominación. La legitimidad de un individuo o cuerpo político remite a condiciones o bien históricas, esto es, es una

⁷Nota seleccionada de un Art. de José Luis del Hierro en el que el autor cita este párrafo de Max Weber, que se corresponde a una obra del autor del año 1922.

creencia transmitida por la tradición de forma generacional, o bien carismáticas, a saber, que los gobernados muestran una atracción hacia un individuo concreto al cual le atribuyen unas cualidades y por lo cual lo exaltan, o bien la legitimidad se fundamenta sobre la confianza en la legalidad de esa autoridad, es decir, “porque confían en su legalidad, específicamente en la racionalidad del estado de derecho” (Ibíd.).

Por supuesto, entre estas dos concepciones hay algunas intermedias de las cuales son partícipes algunos de los autores de los que hablaremos a continuación como, por ejemplo, Habermas. Este autor plantea la idea de Weber de que la legitimidad del uso del poder coercitivo de los Estados la garantiza la fe en la racionalidad de la propia legalidad, pero no la secunda. Habermas, por otro lado, trata de defender la tesis de que sólo la racionalidad procedural acompañada de contenidos morales puede garantizar la legitimidad de una cierta legalidad. De aquí la idea que quedará presentada más claramente durante 3.1 y 3.2 de que un contenido positivo requiere de una fundamentación que garantice su reconocimiento. Habermas no aceptaría el carácter legalista autojustificatorio e impersonal, para él la legitimidad requiere de un cierto contenido moral. La función del Derecho no es la de coartar y sancionar mediante reglas impersonales, sino también la de conciliar éstas con las formas de acción, crear un consenso mayoritario que integre bajo la misma legalidad modos de vida (formas de vida) distintos.

Podemos decir que la corriente descriptiva apela a la continua toma de referencia en los contextos determinados de legitimidad, mientras que la corriente normativa harta de las fluctuaciones a las que conduce basar la legitimidad en la fe, los sentimientos o sobre creencias colectivas, pretende establecer la legitimidad como una virtud rígida que garantice un orden político austero.

Una de las cuestiones que muestran la enjundia del asunto es cómo cada autor trata de emular unas condiciones que favorezcan su posición. Mientras que Rawls parte de una situación hipotética, otros autores de cuya postura hablaremos más adelante como Schmitt hacen una lectura de un momento histórico en el que estos conceptos se ven sometidos a los vaivenes del acontecer político y muestran su naturaleza. El trabajo de Schmitt consiste en realizar, lo que podríamos denominar, una radiografía política.

Schmitt trata de situar el problema en cómo el momento histórico trata a los conceptos, es decir, cómo en las democracias parlamentarias, por ejemplo, la legitimidad se corresponde en la mayoría de los casos con una fe en la legalidad vigente. Ésta se va reinventando en cada contexto y toma una referencia, lo que dificulta que pueda ser un concepto entendido en el sentido normativo.

En cualquier caso, la legitimidad tiene que ver con la justificación del poder político, cómo este se reinventa y cómo toma vigencia. Lo que nos interesa de los autores que nos ayudarán a confrontar esta concepción de la justicia rawlsiana, es que destacan el carácter descriptivo de la legitimidad, y otorgan a ésta, por otro lado, una dimensión desvinculada de unos sólidos principios, sino que más bien consideran que sobre ella permean las condiciones de carácter bien histórico, bien contextual, bien carismático; y que son estas condiciones, las que la significan.

Como ya hemos mencionado anteriormente, aunque fuera de forma menuda, surge un problema al situar el momento legitimante en el pacto. Este es el caso de los contractualistas como Rawls, a saber, que los individuos que nacen en una sociedad con un sistema político concreto ya establecido no participan de la constitución del mismo y por tanto, no son partícipes ni agentes de ese instante de legitimación. Esto hace que otros autores como Schmitt o Habermas, vayan a buscar a otros lares las condiciones de legitimidad y el momento legitimante, es decir, qué hace que los gobernados acaten y consideren legítimas las instituciones, la legalidad y las decisiones políticas *de facto*, y en términos schmittianos, esa cierta forma de «dominación».

Habermas, por su lado, trata de conducir la cuestión hasta el presente para buscar los elementos que interfieren y participan de los *problemas de legitimación en el capitalismo tardío* [1973], pues como propone: “Legitimidad significa que la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo no está desprovista de buenos argumentos; un orden legítimo merece el reconocimiento. Legitimidad significa el hecho del merecimiento de reconocimiento por parte de un orden político. Lo que con esta definición se destaca es que la legitimidad constituye

una pretensión de validez discutible de cuyo reconocimiento (cuanto menos) fáctico depende (también) la estabilidad de un orden de dominación (RMH, 243-244)⁸

Cabe destacar que bajo el prisma que hemos tratado de presentar la concepción rawlsiana, la concepción de Habermas no quedaría desprovista de toda suerte, pues para Rawls, esos argumentos sobre los cuales se fundamentaría el «reconocimiento» de una cierta legitimidad partirían de la idea de «justificación pública», esto es, el juicio público de los miembros racionales y razonables de la *justicia como equidad*.

§3. De la dialéctica entre los conceptos de legalidad y legitimidad

La dialéctica surge en un momento en el estudio en el que comprendemos que, más allá de las interpretaciones concretas de estos conceptos, por las distintas ramas del conocimiento (Filosofía, Sociología, Derecho, Politología, etc...), éstos muestran un carácter mutuo de afirmación y negación. Entre sus muchas acepciones, la legitimidad y la legalidad unas veces se desmienten, mientras que en otras ocasiones se usan para explicarse mutuamente. Algunos autores los muestran en contraposición mientras que otros los presentan como una sola y la misma cosa. En cualquier caso, aquél que pretenda mediante un ejercicio reflexivo y analítico conocer el carácter de estos dos conceptos, tardará más bien poco en darse cuenta de lo escurridizos que son.

Hay algunas preguntas que rondan a la filosofía política a las cuales no puede eludir. Algunas de estas preguntas rozan con la iusfilosofía por ser el Derecho una de las dimensiones fundamentales que caracterizan a los Estados europeos tras la modernidad, pero por supuesto, la filosofía política también se tiene que preocupar por las cuestiones que afectan al Estado (y a la filosofía del Derecho), al menos en su dimensión política, es decir, las que tiene que ver con los límites de la acción de los ciudadanos, así como de sus libertades: ¿Qué es la legitimidad política (a lo que podemos añadir) en los Estados europeos ulteriores a la modernidad? ¿Es la legitimidad finalmente un concepto descriptivo o normativo? ¿Qué formas toma ésta y cómo se articula con respecto al Derecho? ¿Son legítimos los Estados sin

⁸Cita de Habermas extraída de Velasco, 2003: “Para leer a Habermas”: 90.

democracia? ¿Qué hace legítimo que una autoridad política posea el monopolio del uso coercitivo del poder político (de la violencia)?

Aunque hemos tratado de no tomar una posición apresurada ante tamaña discusión, algunas de las preguntas que se plantean aquí y que son centrales en nuestro estudio por su enjundia filosófica, han sido reflejadas o explicadas en momentos previos a esta sección.

No han sido pocos los autores que han presentado la legalidad en contraposición a la legitimidad. Cualquier legalidad no es legítima. La posición de Schmitt es clara a este respecto: “Según Carl Schmitt el origen de esta oposición se encuentra en la Francia monárquica de la Restauración, a partir de 1815, en la que se manifiesta de modo agudo la oposición entre la legitimidad histórica de la dinastía restaurada y la legalidad del Código napoleónico todavía vigente” (del Hierro, 2003[Schmitt, 1958: 445 ss.]: 183)

Pero hay pensadores que, por otro lado, han presentado la «legitimidad como legalidad». Por ello, hemos decidido, basándonos en una idea previa de José Luis del Hierro en su artículo *Legalidad y legitimidad* [2003] dividir esta sección en tres subsecciones, a la que añadiremos una última subsección en referencia a Habermas por su concepción de los problemas que supone el postcapitalismo, que permitan presentar la problemática de la forma más clara y distinguida posible. Así pues, trataremos por un lado la «legitimidad como legalidad» después, «la legitimidad de la legalidad», en tercer lugar las nuevas formas de legitimidad y finalmente, los *problemas de legitimación en el capitalismo tardío*.

3.1 Legitimidad como legalidad

La legitimidad es una cualidad que se atribuye a la legalidad de algunos Estados por considerar a estos racionales y justos, pero la fe en la legalidad no es lo que convierte a esta en legítima, o al menos así lo piensa Habermas. Este miembro de la segunda generación de la escuela de Frankfurt nos dice que la simple fe en la legitimidad de un cierto orden político no la convierte en legítimo *de facto*, sino que la dota de un cierto reconocimiento pero, por otro lado, este reconocimiento no es válido mientras no esté provisto de buenos argumentos que lo respalden.

¿En qué casos puede la legitimidad corresponderse con la legalidad? Para poder emular la dialéctica entre ambos conceptos parece fundamental presentar en primer lugar el concepto de legalidad.

Legalidad, en un amplio sentido, se refiere a la existencia de un sistema de leyes, así como el marco en el cual estas son operativas y cumplidas por los legislados. La legalidad, desde esta perspectiva, es una de las categorías fundamentales del Derecho⁹ pues este, en los Estados conocidos erróneamente¹⁰ según Schmitt como «Estados de Derecho», se presenta como un sistema normativo del cual las normas son, principalmente, su forma manifiesta y autolegitimante. Parece que, en este discurso, la legalidad que más se ha exaltado no es la divina, sino la jurídica. Pero hay un horizonte que no debemos dejar pasar sin que nuestras lentes examinen y sobre el cual José Luis del Hierro atina; más allá de las condiciones bajo las cuales se presente la legalidad finalmente, no podemos eludir su carácter histórico. Pues como afirma sin errar del Hierro, por mucho que los Estados contemporáneos muestren el Derecho como Derecho positivo, prácticamente de forma exclusiva, la ley es un concepto que ha tenido muchas caracterizaciones históricas.

La corriente que presenta la «legitimidad como legalidad», los conocidos como legalistas, es la que defiende que la legitimidad, en última instancia, se corresponde con el Derecho positivo, es decir, aquel conjunto de normas jurídicas (arbitrarias) que vierte su validez sobre otras normas. Esta concepción ha sido fuertemente criticada pues supondría un quebranto contra la legitimidad de la soberanía democrática (es decir, las normas que se fundan sobre otras normas, por su carácter impersonal, perderían la dimensión valorativa relativa a la condición social de las mismas, a la justicia). Para esta concepción, la legitimidad del orden político la sustentaría el ordenamiento jurídico (la Constitución del Estado, otras leyes, tratados, contratos,

⁹Parece que la concepción legalista, de la cual se hablará más adelante, fue una de las que presentó el Derecho como Derecho positivo, es decir, como la existencia de una legalidad que toma su carácter valorativo en el propio hecho de ser legal. Este es uno de los casos más claros de autojustificación, es decir, en el que la justificación del sistema normativo redunda sobre su propia condición de norma.

¹⁰Digo «erróneamente» pues como presentaremos en la siguiente sección (§4.1), para Schmitt es un error conceptual decir de los Estados legislativos que son «Estados de Derecho», la cuestión es que hay muchas otras formas de Estado que sin corresponderse con las formas que presenta el Estado legislativo, también pueden ser considerados «Estados de Derecho». «Estado de Derecho» puede hacer referencia a Estados con realidades muy dispares, por lo que en este contexto, según Schmitt es equivalente a no decir nada.

convenciones, etc....). Aquí surge el problema de que, mientras que el ordenamiento jurídico debe ser la expresión de la voluntad soberana mediante la representación de los derechos y deberes de los ciudadanos, el parlamento que posee el monopolio de la creación de las normas, toma la figura del «legislador», y en presupuesto de que la mayoría posee la verdad, toma las decisiones presuponiendo éstas como garantes de justicia o legitimidad, pero para Schmitt, el principio de la mayoría al margen de todo contenido es una vacuidad y un agravio contra la democracia. “El sentido último y principal del «principio fundamental de legalidad» de la vida estatal descansa en que, al fin y al cabo, no se domina ni se dicta nada en absoluto, porque únicamente se pueden invocar las normas válidas de manera impersonal. La justificación del ente estatal se basa en la legalidad general de todo ejercicio de poder estatal. Un sistema de legalidad cerrado establece el deber de la obediencia y descarta cualquier derecho a la resistencia. La forma específica en que se manifiesta el Derecho es aquí la ley, y la justificación específica de la coacción estatal la legalidad” (Schmitt, 1932[2006]: 2).

Esta cita de Schmitt es interesante desde el prisma en que nos presenta cómo la atribución de la legitimidad a una legalidad impersonal, como pregonera del Derecho, es contradictoria en sí, pues muestra cómo la ley, que debería ser la máxima expresión de la voluntad de la soberanía popular, solo encierra bajo su término el imperativo de la dominación legislativa. Esto es, cómo la validez de la legalidad que debería representar a los ciudadanos, no se fundamenta sino sobre su propia impersonalidad (otras normas de carácter impersonal). Por supuesto, esto no quiere decir que sea imposible conciliar la legalidad y la legitimidad, pues cuando la legalidad merece, en términos de Habermas, un cierto «reconocimiento» por poseer unos «argumentos que la respalden», sí que podremos decir que esa legalidad es legítima.

3.2 Legitimidad de la legalidad

La Legitimidad de la legalidad es probablemente, dentro de nuestro estudio, una de las cuestiones que nos preocupa especialmente por su actualidad. Continuamente en el discurso político se trae a colación la posible ilegitimidad de una cierta

legalidad para justificar un acto de resistencia o desobediencia a la misma. Esta situación es fruto de un momento histórico en el que el Derecho positivo ha ganado demasiado terreno en el debate y las referencias políticas a la legalidad de forma justificatoria son constantes. La cuestión candente es que el Derecho, como venimos comentando durante esta sección, no puede ser entendido como un sistema de normas únicamente, sino que éste debe proyectarse sobre una concepción previa de justicia o legitimidad. Es del todo comprensible el estigma que caracteriza a la concepción legalista, por reduccionista, pues el Derecho tiene que salvaguardar más dimensiones de la vida social y política que la simple regulación legislativa, es decir, el Derecho tiene que poseer una cierta carga valorativa y delimitar unas condiciones mínimas de justicia.

Una de las dificultades por las cuales se complica la posibilidad de concebir la legalidad como legítima de forma general es que la legalidad, en su sentido más primitivo, trata de regular la acción y el comportamiento de los miembros de una sociedad, pero no hemos de olvidar que las sociedades son heterogéneas y cambiantes, y que los deseos e intereses de los miembros de las sociedades son dispares del mismo modo. Por lo que la ley, no solo se tiene que encargar de salvaguardar los derechos e intereses de los miembros de la sociedad, sino que, además, ésta debe avanzar junto al acontecer social y tomar correspondencia con la nueva realidad política y social. Rawls, por ejemplo, concedería como legítima la desobediencia a la legalidad cuando ésta atente contra los principios de justicia¹¹. “El que la desobediencia esté justificada depende de la extensión que alcance la injusticia de las leyes y de las instituciones” (Rawls, 1971[2014]: 322). El problema de la justificación de la desobediencia es la posibilidad de intereses ocultos a la misma, es decir, que no se desobedezca una ley por la injusticia de la misma sino por el mero desacuerdo. Rawls llama a esto «el deber de urbanidad», el cual postula que no podemos aprovecharnos de los defectos de nuestras instituciones, sino que tenemos que aceptarlos, del mismo modo que la aceptación de la regla de mayorías en el

¹¹Quizá este no sea el mejor ejemplo porque para Rawls, ya que toda legalidad o institución que forme parte de esa sociedad hipotética (justicia como equidad) es posterior a los *principios de justicia*, los cuales impedirían el establecimiento de cualquier legalidad injusta que llevara a una situación de desobediencia. Mi interés en este punto es únicamente el de trazar un símil con la teoría rawlsiana porque puede resultar muy sugerente a nivel práctico.

régimen democrático garantiza la eficacia procedimental pero no la justicia.

Mientras que desobedecer una norma muestra un carácter más laxo y concreto, la resistencia es un Derecho que implica la confrontación a la legalidad, es decir, no solo incumplirla, sino mostrar un carácter combativo frente a ésta, esto es, enfrentarla. La discusión en torno a la legitimidad de la resistencia es más compleja, pues abre la posibilidad de que el conflicto llegue a unas dimensiones en las que uno de los «sujetos políticos», deje de reconocer al enemigo como un enemigo legítimo, y para más inri, esto abriría la puerta al litigio sobre las formas legítimas en las que ese «sujeto político» debería ejercer su resistencia, etcétera. Por otro lado, se deberá evaluar cuál ha de ser el calibre de la injusticia por la cual se pretenda hacer legítima esa resistencia. Desde luego que, si la cuestión que nos ocupa muestra un carácter confuso *per se*, tratar de conducirla al campo de la polemología lo es aún más. Por supuesto, como bien señala Sánchez Ferlosio, la historia de las naciones ha sido escrita con la espada y en muchos ocasiones, se trata de llegar voluntariamente a un conflicto armado con la intención de legitimar la lucha en pro de las muertes ya causadas por ella misma, es decir, se trata de justificar la guerra (o la violencia) con los perjurios y agravios que esta misma ya ha causado¹². Muchas de las remisiones a la cuestión de la legitimidad se dan en relación a la mistificación de una idea de Futuro, de Historia e incluso de Progreso colectivo, que devienen en conflictos por la disputa de la legitimidad. De cualquier modo, la guerra muestra ese carácter irracional sobre el cual es difícil pronunciarse con algún sentido o tratar de razonar:

La Historia, el Progreso y el Futuro, lejos de suscitar recelo alguno, se vuelven dioses en quienes se puede confiar en cuanto exigen tributo de sangre, y justamente gracias a exigirlo. El sacrificio, como ejercicio de intercambio, renueva respecto de ellos la arcaica conexión, el mítico sentimiento de alianza, de reciprocidad y de protección. En última instancia – y esta es mi cuestión – es totalmente indiferente decir «precio» o «tributo» o decir «sacrificio», porque tan religiosa sigue siendo la concepción que yace bajo la idea fiscal o comercial del tributo o de un precio que tengamos que pagar por el progreso, como era ya, en su tiempo, comercial o fiscal la concepción que yacía bajo la idea religiosa de un sacrificio que hubiese que ofrendarles a los dioses a cambio de usufructo de sus bienes. (Sánchez Ferlosio, 1986: 23,24)

¹²El carácter autojustificatorio de la guerra es lo que la hace más absurda, pues tratar de justificar la muerte por la muerte nos recuerda a ese refrán que decía algo así: “ojo por ojo acabaríamos todos tuertos”.

Lo que aquí se trata de ilustrar es cómo la guerra se aduce como un medio para conseguir legitimidad. Se sacraliza el conflicto por la mera razón de que éste se cobrará víctimas que harán de nuestra causa una causa legítima. Traigo a colación esta cita de Ferlosio en primer lugar, por su condición de polemólogo y en segundo lugar, porque nos sirve de símil para enlazar con la siguiente subsección, a saber, cómo las formas de legitimación auguran mistificaciones y proyecciones que para nada son normativas sino que poseen un carácter quasi religioso. Esta es una de las cuestiones que desvela el componente mítico de la legitimidad y las mistificaciones que lo envuelven, a saber, cómo en última instancia las formas de legitimación remiten a antiguas formas de legitimación divina, histórica o cultural, y no a condiciones positivas.

El Derecho positivo, a este punto, se debe encargar de frenar las disputas que traten de buscar legitimidad a través de sucesos históricos que no cumplan con unos mínimos de justicia. Podemos concluir tras esta excursión que la legitimidad de la legalidad reside, principalmente, en el orden político que subyace a la materialización de la misma. Es decir, bajo qué condiciones y qué preceptos se ha instituido esa legalidad de modo tal que podamos considerar a esta legítima. Y del mismo modo que la legitimidad debe encargarse de preservar las condiciones mínimas de justicia, la legalidad debe impedir que esas alegaciones a hechos históricos carezcan de justificación. Esta es una de las claves de la dialéctica entre la legalidad y la legitimidad.

3.3 Nuevas formas de legitimidad

En cuanto a las nuevas formas de legitimidad, podemos decir que la cita de Sánchez Ferlosio descubre una de las cuestiones que abordaremos a continuación, y es la del avance de la técnica. Algunas de las cuestiones sobre las que nos debemos preocupar son las siguientes: de qué modo afecta la técnica a las formas de legitimación en nuestra época que tiende con total desmesura hacia la tecnocratización, y por otro lado, de qué manera se tratan de justificar los nuevos problemas a los que el Progreso conduce indefectiblemente, como por ejemplo, la destrucción del medio ambiente.

Las sociedades, como bien dice Schmitt, deben buscar nuevas formas para legitimarse ante los nuevos cambios en el orden político. En la actualidad, uno de los problemas de las democracias liberales es, cómo legitimar la economía global¹³ y las desigualdades que ésta conlleva, esto es, cómo justificar que unos Estados por los vaivenes de la historia hayan conseguido someter a otras a su dominio, y se jacten de vivir cómodamente a costa del sufrimiento y la desventura de estos otros. ¿Qué legitima la dominación de unos Estado sobre otros por la propia imposición de un cierto orden político y económico? “A Habermas lo que le preocupa y critica de las sociedades avanzadas reside en cómo se puede disfrutar de forma injusta y, sin embargo, legítima la riqueza socialmente producida” (Ainaga, 2011: 35).

Desde luego, estas son algunas de las preguntas que la Filosofía política debe plantearse. José Luis del Hierro habla de conceptos como «transparencia» y «responsabilidad» para referirse a las formas en las que los poderes públicos deben buscar su re legitimación en nuestra era. Haciendo pública la forma en la que el poder gubernativo opera, se garantiza el conocimiento por parte de los gobernados de la buena o mala gestión u administración de los servicios y bienes públicos. Ésto, afirma, es un requisito fundamental para las nuevas democracias y es lo que las hace garantes de una buena calidad democrática.

214

Noviembre
Diciembre
2018

3.4 Problemas de legitimación en el capitalismo tardío

Los *problemas de legitimación en el capitalismo tardío* remiten, en última instancia, a las condiciones que presentan los Estados democráticos liberales postcapitalistas donde: “las normas políticas son reemplazadas por las exigencias del saber técnico” (Ainaga, 2011: 34). “Las exigencias del saber técnico, que inundan lo político, suponen nuevos problemas de legitimación por el hecho de que intervienen sobre el orden político. [...] los ciudadanos, en medio de una sociedad que sí es política, adquieren el status de ciudadanos pasivos con derecho a la aprobación y al rechazo en bloque de los hechos consumados” (Habermas, 1973[1986]: 54). Habermas, considera que el Derecho ha de encargarse de eliminar los problemas que supone la tendencia tecnocrática. El postcapitalismo presupone la generalización de los

¹³Y a su vez el orden político global que ella implica.

intereses y defiende que hay una necesidad de conciliar los distintos modos de vida, con la actual imposición de un modo de vida homogéneo a causa de la autonomía de un sistema complejo de relaciones en el que lo político queda relevado por lo económico, lo tecnológico y lo administrativo. La imposición sistémica de un modo de vida homogéneo relega la actividad política de los ciudadanos a la pasividad. Dentro de ese ámbito de lo público despolitizado estructuralmente, las urgencias de legitimación se reducen a dos necesidades residuales. “El privatismo político, es decir la indiferencia política unida con el interés dominante por la carrera, el tiempo libre y el consumo [...], promueve la expectativa de promesa adecuada, conformes al sistema (en la forma de dinero, tiempo de ocio y seguridad). [...]Y a este punto la propia despolitización estructural exige justificación” (Ibíd. 54).

Habermas nos resulta de gran ayuda pues su interés principal reside en dilucidar lo siguiente; “[...] la relación externa entre facticidad y validez, es decir, la tensión que se da entre la autocomprensión normativa del Estado de derecho, explicada en términos de teoría del discurso, y la facticidad social de los procesos políticos –que más o menos discurren en las formas propias del Estado de derecho” – (Habermas; 1992[2005]: 364). A lo que hay que añadir en las sociedades postcapitalistas: “la progresiva integración de los mercados internacionales, la mundialización de los canales de comunicación, la creciente diversidad cultural de las sociedades contemporáneas, el repunte de los sentimientos nacionalistas, el vaciamiento de la democracia o la toma de conciencia del carácter global de la protección de los derechos humanos” (Velasco, 2003: 121), entre algunas de las cuestiones que modifican las formas de legitimación. Esta tensión es característica de los Estados de derecho, como bien sabemos, por la tensión a la que se hallan sometidos los propios conceptos del Derecho. “El derecho toma para Habermas la forma de *estabilizador de expectativas*, pero muestra éste un carácter de tensión, pues mientras que las normas se imponen de modo coercitivo, por otro lado se presentan como válidas, es decir, se presupone la legitimidad de su legalidad. Aquí, por tanto, la instancia legitimante choca con la autojustificación. Esta tensión del derecho puede describirse también de esta otra manera: el derecho se caracteriza por la combinación de los postulados de positivación y de fundamentación” (Velasco, 2003[Habermas, TAC II, 447 y 517]: 77). Quizá sea ésta una de las cuestiones que a nosotros más nos interesa, a saber, cómo la

tensión del Derecho, en el fondo, se refiere a conciliar la tendencia normativa de los Estados de Derecho y a su vez, preocuparse por la integración social, es decir, que haya un consenso mayoritario o un reconocimiento público de esa normatividad que la haga legítima, que justifique el poder coercitivo del Estado y evite el uso de la fuerza, pues se garantizaría el cumplimiento de su legalidad.

Cabe señalar que la intención de Habermas es una intención práctica, es decir, que remite al *ethos*. El concepto de legitimidad, para Habermas, posee ciertas connotaciones morales. Las sociedades democráticas liberales contemporáneas se enfrentan a la ardua tarea de mediar entre lo que el autor llama, la *cultura política* y las diversas *formas de vida* de los distintos individuos miembros. Habermas está convencido de que la democracia se tiene que preocupar por la «inclusión del otro», en un momento histórico en el que es perceptible la pérdida de fuerza de *lo sagrado* como elemento unificador en *lo social*, y a la vista de que los elementos de consenso capaces de erigirse como elementos unitarios más bien escasean. Las nuevas democracias deben abogar, y en esto Habermas coincide con Rawls, por incluir a las distintas doctrinas comprehensivas, es decir, deben ser capaces de conciliar y acoger a individuos con creencias y modos de vida totalmente dispares. “¿Cómo conciliar la universalidad de los principios sobre los que se asientan las constituciones democráticas con la diversidad de identidades y con las tendencias centrífugas de la globalización?” (Velasco, 2003: 123)

El problema, tal vez, es que el elemento unificador de lo social se está imponiendo mediante la supresión de los distintos modos de vida, es decir, lo paradójico de la cuestión reside en que se impone una cultura política común que consiste en la despolitización estructural. “[...] ¿cómo integrar al otro, al diferente, [...] cuando la fuerza de las cosas conspira para poner a unos contra otros?” (Ibíd.).

Quizá una de las cosas propias a la filosofía política de nuestro siglo sea el tratar de conciliar la política relativa al Estado (política interior) con la economía global que hace de las relaciones entre Estados algo ineluctable (política exterior). Dentro de esta dicotomía, son tantos los factores de la economía exterior, por la propia proyección de los Estados en su política interior hacia su expansión económica exterior, que hacen que las cuestiones sociales relativas al Estado (en términos de política interior) queden subordinadas a las relaciones económicas entre Estados, que tornan

difícilmente separables estas dos dimensiones contemporáneas de lo político. Desde luego, debemos cuidarnos de que los gobiernos no olviden, por el frenesí de los acontecimientos, la necesidad de unos límites al progreso económico y técnico, demarcados por una concepción de la justicia.

Como se trata de ilustrar durante esta sección, el capitalismo presupone que los intereses son generalizables, es decir, que individuos con formas de vida totalmente distintas pueden acabar aceptando una cultura política común que es, en definitiva, la de la sacralización de la economía. Ahora bien, ¿cómo se puede tratar de legitimar la imposición del presente como único horizonte pensable?

Pero la proyección hacia el mañana, la eterna renovación de los futuros, ha sido el nervio y la demencia del Progreso desde la Revolución Industrial hasta hoy, y el primero y tal vez el más alto «precio que ha habido que pagar por el progreso» es, sin duda, el presente (Sánchez Ferlosio, 1986: 66).

§4. Sobre el Estado de Derecho

La intención primordial de esta sección es la de presentar la problemática que envuelve a la idea de Estado de Derecho en Carl Schmitt y también en Habermas, tratando de recoger el debate que ha quedado presentado a lo largo de la anterior sección en torno a la construcción del Derecho desde los términos iusfilosóficos que se han presentado; seguido de un breve apunte en referencia a si es legítimo o no un Estado sin democracia. Al comienzo de su libro *Legalität und Legitimität* (1932) Schmitt presenta el sistema de legalidad del Estado legislativo comparado al de otros Estados (jurisdiccional, gubernativo y administrativo) (Schmitt, 1932[2006]: 1), pero es quizás en *Politische Theologie* (1922) donde el autor presenta más claramente su tesis sobre qué sea el Estado y que a nosotros nos interesa a propósito de la vinculación de éste con las categorías del Derecho que venimos comentando.

4.1 La idea de Estado de Derecho (para Schmitt y Habermas)

El Estado es para Schmitt una «instancia de mediación» encargada de conciliar entre las partes en el conflicto inherente a lo político, esto es, en la disputa continua

por el poder de los distintos sujetos políticos. La diferencia fundamental que caracteriza la idea del «amigo-enemigo», es que se contempla al adversario político como un sujeto legítimo, esto es, que bajo ningún concepto se tratará de privar al oponente (enemigo), aun pudiendo producirnos este una cierta animadversión, de su dignidad y de su igualdad de oportunidades (*chances*)¹⁴ políticas para aspirar al poder. “En la percepción más propia de Schmitt, en el Estado hay siempre algo que sólo tiene significado en referencia al derecho, pero que en el fondo está más allá del derecho. Esto más allá del derecho, pero solo *por mor* del derecho, es la soberanía. Sin estas dos categorías, no hay Estado” (Villacañas, 2008; 113). El Estado, por tanto, se constituye por dos categorías fundamentales, el derecho y la soberanía; “el *telos* del Estado, no es sino el de instituirse como la «instancia de mediación» en el conflicto político y es que [...] no hay mejor manera de neutralizar la violencia y de limitar las actitudes arbitrarias que los seres humanos suelen dedicarse” (Ibíd. 12), pues como dice Villacañas el Estado es del todo antinatural, aunque en el fondo, efectivo. La noción de «soberanía» deviene un concepto fundamental para Schmitt que no puede escapar a una cierta comprensión metafísica. “Metafísica es la más clara e intensiva expresión conceptual de una época” (Ibíd. 114). Soberano, finalmente, es el que puede mediar en el «Estado de excepción», esto es, en el momento en el que todos los consensos básicos han quebrado y hay que lidiar en el conflicto político cuando la legalidad existente es ineficaz¹⁵. “Por eso el soberano debe existir de manera operativa en todo momento en la comunidad política, y no confundirse con ella. Mas sobre todo debe actuar en el estado de excepción, declarando que el viejo derecho ya no vale y manteniendo la unidad del Estado en el tránsito al nuevo derecho” (Ibíd. 124.). El estado de excepción no debe confundirse de ningún modo con la guerra, es justamente la forma en que el soberano la evita.

Hay una contradicción que subyace al Estado legislativo parlamentario por su propia lógica operativa, Schmitt trata de explicarlo evocando la situación a la que llama «instante crítico», que es el que conduce al «Estado de excepción» en el que

¹⁴En la traducción que hemos utilizado de *Legalidad y legitimidad*, realizada por Cristina Monereo Atienza se traduce como oportunidades, pero siempre aparece acompañado, entre paréntesis, del término “chances”, en inglés, por lo que nosotros lo haremos del mismo modo.

¹⁵La cita no es literal pero pertenece a Schmitt y trata de recoger lo que el autor plantea como «Estado de excepción», durante la sección 2 del capítulo primero de *Legalidad y legitimidad*.

tiene que mediar el soberano y recrear los consensos básicos (el nuevo Derecho). “El «Estado de excepción» muestra el carácter de una disputa por el poder político en el que, solamente se puede mantener la igualdad de oportunidades (chances) para quien está seguro de que la mantendría para los demás” (Ibíd. Schmitt: 32). Schmitt considera ésta una contradicción constitutiva a la operatividad del Estado legislativo parlamentario, a saber, que para un pesimista como él la tendencia negativa del Estado se revela en la desconfianza entre los sujetos políticos cuando la legalidad es la última instancia del poder, esto es, el miedo a que el depositante de la legalidad, que a su vez la crea, modifica y custodia, por miedo a que el adversario político altere la misma (cuando obtenga el poder), en pos de dejar de reconocer la igualdad de oportunidades (chances) de éste otro, deja de reconocerle políticamente. La legalidad, que proporciona el poder estatal en el Estado legislativo parlamentario, deviene en una suerte de disputa interna por el propio poder so pena de que el enemigo lo obtenga y cambie la legalidad con la finalidad de mantener el mismo, eso hace, según Schmitt, que los partidos políticos dejen de lado los intereses y el bienestar social preocupándose sólo por medrar y perdurar en el poder.

Conociendo así los parámetros en torno a los cuales gira esta problemática, ya podemos entrar a valorar las semejanzas que hacen que Estados con formas operativas notoriamente distintas, puedan ser aludidos, según Schmitt, de forma errónea, bajo el mismo título; «Estados de Derecho».

Schmitt nos presenta el Estado legislativo parlamentario como paradigma de los conocidos como Estados de Derecho, pues es quizá la forma de Estado dominante en la Europa continental desde el siglo XIX. “Por «Estado legislativo» se entiende aquí un cierto tipo de comunidad política cuya peculiaridad consiste en que ve la plasmación máxima y decisiva de su voluntad en un conjunto de normas que pretenden ser Derecho y que por eso requieren unas ciertas cualidades” (Schmitt, 1932[2006]: 1). El autor caracteriza al Estado legislativo parlamentario, desde una idea previa de Otto Materm, en el que: “[...] el poder de la ley de crear Derecho objetivo [...]; la supremacía de la ley (supremacía principalmente frente a todos los demás tipos de actividad estatales considerados aquí, en especial la Administración y la jurisprudencia); y la reserva de la ley, entendida como el monopolio de la ley [...]. En otras palabras: el último guardián de todo Derecho, [...] la última fuente de toda

legalidad [...] es el legislador" (Schmitt, 1932[2006]: 17). En contraposición a esta forma de Estado legislativo parlamentario en la que el parlamento, como legislador, sería la única instancia política y en este sentido productora de todo Derecho, Schmitt propone el Estado jurisdiccional, con el cual simpatiza, y cuyo rasgo constitutivo reside en que el juez tiene la última palabra y participa en la producción del Derecho, no el legislador ni el creador de la norma. "La expresión típica del Estado jurisdiccional es la decisión de casos concretos, en la que el Derecho justo, la justicia y la razón se revelan inmediatamente, sin la mediación de normas generales fijadas de antemano [...] sin caer en el normativismo de la mera legalidad" (Schmitt 1932[2006]: 3). En contraposición a éste, está también el Estado gubernativo, el cual se caracteriza por que la expresión de la voluntad soberana y el mandato recaen sobre el jefe de Estado. Finalmente, nos presenta el Estado administrativo en el que ni los hombres gobiernan, ni las normas rigen soberanamente, sino que vale la célebre fórmula «las cosas se administran por sí mismas» (Ibíd. 3). Según Schmitt el Estado administrativo es el que más se asemeja al Estado totalitario, por su tendencia a un «plan», en vez de a la libertad. Todos estos Estados, con los que podemos estar de acuerdo o no, poseen formas diversas y dispares de aplicar o crear Derecho pero en el fondo, en todos hay Derecho. La conclusión que pretende emular el autor es la siguiente: "La expresión «Estado de Derecho» puede tener tantos significados distintos como la misma palabra «Derecho» y, además, tanta variedad como organizaciones que esbozan la noción de «Estado» [...] Para su Estado de Derecho y su concepto de Derecho sirve el dicho según el cual «El Derecho, no obstante, debe decir exactamente lo que yo y los míos bendecimos»" (Ibíd. 12-13).

A modo de resumen; no se ha hablado durante esta subsección tanto del Estado de Derecho como de las múltiples formas de sistemas políticos que pueden ser recogidas bajo esta misma denominación. Schmitt trata de desacreditar este uso infundado defendiendo que hay tantas formas de Estado de Derecho como formas de entender el Derecho, por lo que hablar en esos términos es una incorrección o, al menos, una inconcreción. Schmitt pretende desvirtuar el Estado legislativo parlamentario, propio de las democracias liberales, que ha sido cobijado bajo este eufemismo (Estado de Derecho), a fin de legitimar su «funcionalismo impersonal». En su argumentación, muestra el problema adyacente a éste, que es el del Estado de

excepción, es decir, cómo el Estado legislativo muestra su inmanente contradicción en la disputa por el monopolio de la legalidad, fruto del miedo a que el oponente cambie la legalidad y no mantenga la igualdad de oportunidades (chances) a la aspiración al poder político que es, en definitiva, el monopolio de la legalidad.

Habermas, por otro lado, a propósito de esta discusión, recoge la idea de Weber de que cuando se habla de la legitimidad a través de la legalidad, se acepta una cierta racionalidad del Derecho, para someterla a análisis. La racionalidad del Derecho de que habla Weber consiste en que la propia formalidad del derecho moderno es su condición legitimante, es decir, el derecho no tiene que recurrir o hacer referencia a la razón práctica sino todo lo contrario, el derecho es racional en virtud a sus propias cualidades formales con independencia al contenido moral. La intención de Habermas es presentar las implicaciones de esta concepción positivista del derecho, que por otro lado ha sido la predominante, para demostrar: “[...] la tesis de que sólo de una racionalidad procedural llena de contenido moral puede extraer la legalidad su propia legitimidad” (Habermas, 1992[2005]: 536). La propuesta de Habermas, tiene una clara vinculación con la de Schmitt al respecto de cómo entienden la forma en que se articula lo que Schmitt llama «Estado legislativo parlamentario», que se traduce en el monopolio de la creación de derecho, mediante la legalidad, por parte del parlamento (órgano legislador) y que Habermas critica del mismo modo que Schmitt defendiendo lo siguiente: “La reducción de las normas jurídicas a mandatos de un legislador político implica que el derecho se disuelve, por así decir, en política. [...] un derecho que queda a completa disposición del sistema político pierde su fuerza legitimadora” (Ibíd. 577). Lo que Habermas defiende es que la legitimación no es producto del sistema político, es la forma en la que éste trata de justificar su uso del poder coercitivo, por lo que mezclar estas dos dimensiones no sólo supone una contradicción sino la reducción del derecho a lo político. Esto, según Habermas, es consecuencia del propio positivismo jurídico y su presunta autonomía. Así queda reflejada la paradoja inscrita en los propios fundamentos de validez del derecho positivo: “si la función del derecho consiste en estabilizar expectativas de comportamiento normativamente generalizadas, ¿cómo puede ser cumplida todavía esta función por un derecho cambiante a voluntad que sólo es válido en virtud de la decisión de un legislador político?” (Ibíd. 565). Las

críticas al positivismo jurídico no son pocas, la presunción de que un Estado puede buscar la legitimidad en su propia producción de legalidad, es decir, tratar de entender el Derecho de modo autónomo, al margen de cualquier contenido práctico, cuando éste tiene como objetivo el de normativizar las expectativas de comportamiento, es del todo absurdo. Un sistema jurídico no puede ser autónomo y mucho menos válido al margen de su relación con la política y con la moral, por lo que sabemos que derecho, moral y política, no son la misma cosa ni reducibles entre sí, pero están, en términos de Habermas, entrelazados.

“[...] ¿puede un derecho político, que es susceptible de cambiarse a voluntad, irradiar todavía ese tipo de autoridad que irradiaba antaño el derecho sacro?, ¿conserva todavía el derecho positivo un carácter obligatorio, es decir, el carácter de un «deber-ser», cuando ya no puede recibir su autoridad de un derecho previo y superior, como sucedía antaño con el derecho del principio en el sistema jurídico tradicional?” (Ibíd. 573). Esta es para Habermas una de las preguntas a las que el positivismo jurídico nunca ha podido hacer frente.

Para Habermas la idea de Estado de Derecho sustituye a la de Derecho Natural: “Muy pronto quedó claro que la dinámica de una sociedad integrada a través de mercados ya no podía quedar apresada en los conceptos normativos de derecho, ni mucho menos podía *detenérsela* en el marco de un sistema jurídico proyectado *a priori*” (Ibíd. 580). Esto proviene de la idea de que la modernidad produce un cambio en la conciencia moral y a su vez determina la posterior evolución del derecho. Kant trató de reducir el derecho a la moral pero según Habermas, éste falló en que quiso explicar los fundamentos morales del derecho positivo en términos de un derecho natural racional de orden superior. “Pero si la política y el derecho pasan a desempeñar el papel subordinado de órganos ejecutores de las leyes de la razón práctica, la política pierde su competencia legisladora y el derecho su positividad. De ahí que Kant tenga que recurrir a las premisas metafísicas de su doctrina de los «dos reinos» para distinguir entre sí, de forma altamente contradictoria, legalidad y moralidad” (Ibíd. 580)¹⁶.

Esta crítica ayuda a Habermas a aproximarse a su posición definitiva. Como

¹⁶ Nuestra cita se corresponde a su vez con una cita que Habermas hace de W. Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit*, Berlin, 1984, pp. 16 ss.

hemos visto, el Estado de Derecho no puede fundamentarse en la propia racionalidad del Derecho, ni puede estar determinado por la razón práctica de modo que la política y el derecho se subordinen a la moral. Habermas propone que en el propio derecho positivo se puede estabilizar el punto de vista moral. No se trata tanto de positivar unos principios morales como de establecer unos contenidos contingentes que puedan cambiarse a voluntad. Por lo que Habermas considera que el Estado de derecho debe crear derecho positivo regulado por una cierta moralidad procedural, a saber, que el derecho no sea dictado por el legislador político, pues esto impediría que el Estado de derecho fuera legítimo, sino que «la Justicia» debería asumir la función productora del derecho demarcando la vigencia del derecho existente y renovándolo si es preciso. Este planteamiento coincide con la justicia como equidad de Rawls, en que hay unos principios de justicia que determinan y garantizan unos mínimos de justicia a todo el derecho posterior a los mismos.

“En los procedimientos legislativos, esta moralidad emigrada al derecho positivo puede hacerse efectiva mediante el siguiente mecanismo, a saber, el de hacer que los discursos sobre objetivos políticos queden sometidos a las restricciones impuestas por el principio de que los resultados de esos discursos puedan ser susceptibles de asentimiento general, es decir, a las restricciones impuestas por el punto de vista moral [...]” (Ibíd. 585). Para explicar esta idea, Habermas apela a que el Estado de derecho garantiza la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales. Lo que garantiza la validez de los procesos jurídicos es que es la instancia competente la que decide, en última instancia.

Schmitt, por un lado, propone que la forma de Estado que más se asemeja a lo que podríamos entender como Estado de derecho es el estado jurisdiccional, porque a pesar de que el parlamento crea la legalidad, el juez, al decidir sobre los casos particulares y no aplicar la ley de modo impersonal, participa de la producción del derecho. Habermas, por otro, nos dice que la idea de Estado de derecho es el criterio del que disponemos para medir la autonomía del sistema jurídico. “[...] La autonomía no es algo que un sistema jurídico cobre por sí sólo para sí solo. Autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la producción legislativa y la administrativa de justicia garantizan una formación imparcial de la voluntad y el juicio [...]”, tanto en el derecho

como en la política, una racionalidad procedural de tipo moral. No puede haber autonomía del derecho sin democracia realizada" (Ibíd. 587). Con esto Habermas trata de apelar a la idea de que la participación de los miembros de la sociedad en lo político es la que garantiza la validez social del derecho, el reconocimiento que hace de fundamento al mismo.

4.2 Acerca de si es legítimo un Estado sin democracia

La siguiente cuestión que cabe destacar, a este punto, es la de si es legítimo un Estado sin democracia. Ante esta cuestión tenemos posibles interpretaciones de los autores de los que ya hemos hablado que pueden apoyarnos en nuestro trabajo dialéctico. La concepción de la justicia de Rawls, el cual es un ferviente defensor del liberalismo político, nos permitiría interpretar que cualquier forma de Estado que conceda autoridad al consenso básico, esto es, a los términos de la *justicia como equidad* puede ser legítima. Desde luego, la democracia lo concedería y ésta muestra, tal vez, la forma más explícita del pacto social en la aceptación de una constitución común elegida equitativamente. Para Schmitt, por ejemplo, la democracia no es el problema, sino la instrumentalización de la misma por sus pretensiones de eficacia procedural. La democracia es un orden político legítimo, el problema está en atribuir a las mayorías la verdad independientemente de los contenidos que éstas defiendan. Habermas, en esto, coincidiría con algunas de las propuestas anteriores en que concede a la democracia la condición de ser legítima, pero por supuesto no a cualquier democracia de las que podemos contemplar hasta el momento, sino más bien a un modelo de democracia participativa (democracia deliberativa), en el que los partícipes de la misma puedan discutir sobre las decisiones políticas antes del voto. Es decir, propone una democracia que no cristalice como el asentimiento de los ciudadanos a las propuestas de los gobernantes, sino que la participación de los ciudadanos en la democracia sea activa. La democracia parlamentaria que conocemos, por ejemplo, no muestra un carácter legítimo según Habermas pues se reduce a un sistema de selección de líderes políticos.

La pregunta sobre si es legítimo un régimen político sin democracia, presupone que la democracia es un orden político legítimo pero como podemos observar, los

autores que venimos trabajando no lo ven del todo claro. La legitimidad del sistema político, por tanto, no remite únicamente a la forma de este, sino también al contenido del mismo.

Nuestra posición a este respecto plantearía el siguiente problema, a saber, que en la medida en que una democracia parlamentaria se fundamenta sobre una constitución, como modelo normativo de legitimidad, la democracia es un modelo legítimo. Pero por otro lado, el carácter de éste sería autojustificatorio, pues sitúa al Derecho positivo (constitución) como garante de las condiciones de legitimidad, y la democracia caería en el problema schmittiano de la lucha interna por el poder político (por el monopolio de la legalidad)¹⁷ ante la remisión *ad infinitum* a las condiciones de legalidad. Por lo que cualquier modelo de Estado debe preocuparse, sea este democrático liberal, socialista o cualquier otro, por garantizar que la legalidad posea unas condiciones mínimas de justicia y no caiga en los contenidos arbitrarios propios al Derecho positivo y de la concepción normativa de la legitimidad. Una de las condiciones básicas para que un Estado sea legítimo y por tanto justo, es que produzca un Derecho que comprehenda las condiciones históricas y no caiga en la impersonalidad legalista. La legalidad, por tanto, no debe corresponderse con la legitimidad, más bien, ésta deba cuidar a la sociedad de las tendencias legalistas arbitrarias y permitir que haya unas condiciones básicas de justicia de la legalidad para cada momento histórico.

Nuestro momento histórico, presenta una grave crisis de legitimación por algo que ya comentábamos en la sección tercera y que tiene que ver con la fusión que han sufrido los Estados contemporáneos entre política interior y política exterior. La expansión de las democracias liberales capitalistas ha devenido en una transformación de los poderes políticos por poderes económicos. La técnica, que por otro lado delimita el avance de las economías globales, y supone uno de los mayores poderes económicos, se ha impuesto sobre la política como la instrumentalización de ésta ante las necesidades de los saberes técnicos. Habermas, como ha quedado explicado, presenta los *Problemas de legitimación del capitalismo tardío* como el problema de la búsqueda de legitimación política a un sistema económico que

¹⁷Que es el que ya hemos explicado, relativo al Estado legislativo parlamentario.

funciona mediante crisis y precisamente, somete a crisis a las posibilidades de legitimidad de las normas (3.3).

CONCLUSIÓN

En primer lugar, conviene señalar que la reflexión en torno a la relación entre los conceptos de legalidad y legitimidad requiere de una concepción previa de la justicia que avale el *locus* de dicha reflexión. Por ello hemos decidido comenzar con la teoría de la justicia de Rawls, que ha resultado ser una de las contribuciones más importantes a la filosofía en general y, en particular, a la filosofía política y jurídica del siglo pasado.

Por lo que concierne a la problemática tratada en el presente trabajo, las conclusiones fundamentales son las que siguen:

La legalidad toma, en un sentido general, la forma de la materialización del poder político *de facto*, mientras que la legitimidad remite al modo de justificar éste. En términos habermasianos, con los que coincidimos fundamentalmente, la legitimidad es la encargada de garantizar la “validez” o “invalidez” de ese poder político. Por tanto, en términos de justicia política, la legitimidad debe tomar la forma de límites a la legalidad, de modo que impida a ésta justificarse en su propia racionalidad operativa y garantice que sus contenidos sean justos.

La relación dialéctica entre los conceptos de legalidad y legitimidad no es simétrica. Como hemos visto, la legitimidad responde a los contextos políticos de desarrollo de la legalidad, es decir, a cómo ésta se justifica. La asimetría consiste, por tanto, en que la legitimidad se refiere a una cierta legalidad y ésta es considerada como tal en función del contexto en que trate de presentar su justificación.

Por otro lado, es preciso resaltar la necesidad de aclarar estos conceptos como elementos constitutivos del derecho y como partícipes de la tensión inherente al mismo. El derecho, como hemos señalado, se tiene que encargar de presentarse como válido por su propia estructura racional, a pesar de que su operatividad exige una cierta coacción, pues el derecho tiene que cristalizar mediante la imposición coercitiva de un comportamiento generalizado. La consecuencia de esto es que, en la medida en que el derecho es uno de los elementos constitutivos de los Estados tras

la modernidad, el Estado ha de buscar legitimación sobre la base de un Derecho racional autojustificatorio que opere desde lo político y tenga en consideración los contenidos morales pero no quede fagocitado por los mismos. Es decir, los llamados Estado de derecho se tienen que preocupar por impedir que el derecho muestre un carácter autónomo, pero a su vez, deben cuidarse de que se diluya en lo político (en el caso del Estado legislativo parlamentario, en el que el legislador produce el Derecho y éste se reduce, por tanto, a su imperativo político) o por otro lado, que el derecho se diluya en lo moral, es decir, que en vez de en términos de legalidad haya que referirse al derecho en términos de moralidad (lo que implicaría la pérdida de la positividad de éste). Por tanto, la moral no debe actuar de modo instrumental, sino adyacente al derecho y, de este modo, hacer de su legalidad una legalidad legítima.

Es necesario indicar que los tres autores que hemos tratado defienden nociones del Derecho distintas. Por un lado Rawls, que desde el punto de vista normativo considera que el Derecho está por encima del bien, aunque los principios que rijan el Derecho deben implicar unas condiciones de justicia equitativa; por otro lado, Schmitt considera que el Derecho debe actuar, no de forma impersonal como supone la positividad legalista sino que el juez, con total independencia, en cada caso particular, debe evaluar y aplicar una cierta legalidad que responda a ese caso concreto y no aplicar las leyes de forma impersonal. Es decir, el derecho se crea en las decisiones sobre casos concretos y finalmente Habermas, quien considera que la racionalidad procedural del derecho debe estar cargada de contenidos morales que hagan que de su legalidad se pueda extraer una cierta legitimidad. No obstante, los tres autores coinciden en la necesidad de fundamentar la legitimidad democrática sobre un consenso o, en última instancia, un asentimiento general sobre los contenidos de la misma.

Sólo nos cabe señalar, finalmente, que aquí se abre una vía de reflexión filosófica y de investigación filosófico-política y iusfilosófica, para darle continuidad en los estudios de máster y, eventualmente, en un programa de doctorado con ejes centrados en filosofía política.

Referencias bibliográficas:

- Habermas, Jürgen (1992), *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, Suhrkamp . Traducción al castellano por Manuel Jiménez Redondo (2005), *Facticidad y validez; Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Ed. Trotta. Madrid.
- Habermas, Jürgen (1973), *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. Traducción al castellano por José Luis Etcheverry (1986), *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrotu editores. Buenos Aires.
- Rawls, John (1971), *A Theory of Justice*. Cambridge. Mass.: Harvard University Press. Traducción al castellano por María Dolores González, *Teoría de la justicia*, Ed. Fondo de cultura económica. México, D.F. 2014 (1979).
- Rawls, John (2001), *Justice as Fairness*, Cambridge, Mass: Harvard University Press. Traducción al castellano por Andrés de Francisco, *La justicia como equidad; Una reformulación*, Edición a cargo de Erin Kelly (2002), Ed Paidós, Paidós Estado y sociedad 97. Barcelona.
- Sánchez Ferlosio, Rafael (1986), *Mientras no cambien los dioses, nada ha cambiado*, Alianza editorial. Madrid.
- Schmitt, Carl (1932), *Legalität und Legitimität*. Traducción al castellano de la 4.^a edición, Duncker & Humblot, Berlin 1988 por Cristina Monereo Atienza (2006), *Legalidad y legitimidad*, Ed Comares. Granada.
- Velasco, Juan Carlos (2003), *Para leer a Habermas*, Alianza Editorial. Madrid.
- Villacañas, José Luis (2008), *Poder y conflicto; Ensayos sobre Carl Schmitt*, Ed. Biblioteca nueva; Biblioteca Saavedra Fajardo de pensamiento político. Madrid.
- Weber, Max (1922). *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehender Soziologie*. Tübingen. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica, México, 1964.

Recursos electrónicos:

- Ainaga, M^a del Carmen (2011), *Algunas reflexiones sobre el problema de legitimidad, Cuestiones y reflexiones político-electorales*. México. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3031/4.pdf>
- Bohman, James and William Rehg, Jürgen Habermas (2014), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (ed. by E. Zalta). Available at: <https://plato.stanford.edu/entries/habermas>
- Del Hierro, José Luis (2013), *Legitimidad y legalidad, Eunomía*. Revista en Cultura de la Legalidad. Madrid. Disponible en <http://eunomia.tirant.com/?p=1519>

- Fabienne, Pedro (2017), Political legitimacy, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.) Disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/legitimacy/>
- Schmitt, Carl (1996), *Politische Theologie*, Duncker & Humblot, Berlin 1922
Traducción al castellano por Jorge Navarro Pérez, *Teología política* (recurso digital) Disponible en: <https://docs.google.com/file/d/0Bx8WKOILdExTNFBCcUtyRnFUC3FIekIzbUlVcXRsdw/edit>
- Vinx, Lars, Carl Schmitt (2014), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (ed. by E. Zalta). Available at: <https://plato.stanford.edu/entries/schmitt/>
- Wenar, Leif, John Rawls, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (ed. by E. Zalta). Available at: <https://plato.stanford.edu/entries/rawls/#Aca>