



Razón jurídica: legalidad y legitimidad

Jesús Esparza

*Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. J. M. Delgado Ocando"
Universidad del Zulia - Maracaibo - Venezuela*

1. Es necesario aclarar previamente el alcance de la expresión "razón jurídica", pues el título del tema invita a pensar que existe, metodológicamente hablando, una racionalidad intrínseca en el desarrollo de los conceptos de legalidad y de legitimidad. O, alternativamente, sugiere la posibilidad de alguna clase de relación entre ellos. El racionalismo kantiano orientó la elaboración teórica del derecho hacia una vertiente formalista que dejaba de lado la posibilidad de definir la juridicidad en términos de contenidos de valor; esto se hizo marcadamente presente en la escuela neokantiana de Marburgo y en Kelsen, especialmente en la primera edición de la Teoría Pura. Sin embargo, si bien la definición del concepto de legalidad admite el modelo formalista en la medida en que sea descrito en términos de subordinación normativa, el concepto de legitimidad rebasa ese modelo. J. M. Delgado Ocando (1989: 2-3), indica que es necesario distinguir legalidad y legitimidad, de tal modo que no es posible definir esta última en términos de legalidad como lo hace Kliemt; señala que concebir el Estado de Derecho a partir de la legalidad, con los matices que fueren, deja de lado toda consideración sobre el fundamento axiológico del ori-

gen y el ejercicio del poder político. Asume de esta forma el ponente, con Bobbio, que el proceso de legitimación del poder no se agota en la legalidad y la eficacia, sino que es necesario agregar la vigencia de ciertos valores. Se nos ocurre que este es el punto crucial de la teoría, pues la herencia formalista nos impide cruzar el camino para reconocer que la legalidad puede no ser un concepto puramente formal, definido exclusivamente en términos de consecutividad normativa a la luz del ejercicio de las competencias del autor de cada uno de los actos de creación derivada del derecho.

2. John Locke (1973: 197-210), distinguía la usurpación, o ejercicio del poder a que otro tiene derecho, de la tiranía, o ejercicio del poder fuera del derecho.(1) (*Ibid*: 199). Sin embargo, la "buena" legislación (eunomia) (Delgado Ocando, *Op. cit*: 3), de que hablaba Solón introduce un elemento ético adicional al programa de sujeción a la ley del poder no tiránico. Cita Locke el discurso al Parlamento del rey Jacobo (1603): "Al hacer buenas leyes y ordenanzas, preferiré siempre el bien de la población y de toda la comunidad política a cualquier consideración particular mía. Consideraré siempre la prosperidad y el bien de la comunidad política como mi mayor bien y felicidad terrenal, que es precisamente el punto en que un rey legítimo se diferencia claramente de un tirano; porque para mí, la diferencia esencial y mayor entre un rey justo y un tirano usurpador consiste en esto: que mientras el tirano, altivo y ambicioso, cree que su reino y su pueblo existen para la satisfacción de sus deseos y apetitos desordenados, el rey justo y recto, por el contrario, cree que él existe para asegurar la riqueza y los bienes de su pueblo." (Locke, *Op. cit*: 200). Por esto señala Locke que donde acaba la ley empieza la tiranía, si se falta a la ley en daño de otro. (*Ibid*: 202). Pero cuando el poder reside en el Monarca y a él le es dada la competencia de hacer la ley, es necesario entender que no basta que él mismo se atenga a sus propias leyes, si no que, además, éstas deben responder a algún criterio de beneficio colectivo. **Legalidad** y **legitimidad** se confunden en el nivel del funcionario supremo. La aporía de la "ilegalidad irrecurrible"

que se plantea en torno a la teoría jurídica sobre el acto arbitrario descansa sobre una concepción meramente formal de la juridicidad. El soberano no es en el Estado moderno el monarca; luego de la separación de los poderes la soberanía se diluye de modo que cada uno de los poderes es, en el ejercicio de su poder supremo, vertiente de esta "legalidad legítima". Mientras en el funcionario subalterno el acto jurídico es acto de voluntad limitado a los extremos de la competencia, en el supremo el acto de voluntad se convertiría -a la luz del formalismo ético en que desemboca la teoría formal del derecho, según Bobbio- (1980: 105), en acto jurídico, de no ser por la exigencia de alguna clase de contenido de valor. Separa, sin embargo, Bobbio la "teoría científica" del derecho, en cuanto que teoría formal, de la teoría ética o teoría acerca de la valoración de la acción jurídica. (*Ibid*: 106).

El asunto reside, según Kelsen, en el sentido del acto volitivo que produce la orden. Mientras la orden del asaltante de caminos tiene el sentido subjetivo del acto debido, la de un órgano del derecho tiene, además de ese sentido subjetivo, un sentido objetivo de norma obligatoria. (Kelsen, 1981: 57-63). Sin embargo, este <<sentido objetivo>> deviene a su vez en reconocimiento a la subordinación normativa, hasta llegar a la primera constitución histórica. El tema de la justicia material o, mejor dicho, supra formal, correspondería a la ética (a una ética no formal).

3. J. M. Delgado Ocando propone un análisis ontológico de las condiciones materiales que determinan la vigencia de los valores sociales, del mismo modo que Bobbio reclama el análisis axiológico de la legitimidad. (Delgado Ocando, *Op. cit*: 4). Definida la sociedad civil como la esfera de las relaciones económicas y su reglamentación externa según los principios del Estado liberal, el conflicto de intereses surge como el desideratum de la sociedad política justa: En el contexto social el conflicto construye en forma ascendente la estructura comunitaria; ésta es el ser o la situación de la humanidad social, la superación del conflicto, la real vigencia de los valores construidos por la sociedad conflictiva. (*Ibid*: 4-6) T -

legitimidad en la sociedad civil sería la conflictividad ascendente o humanizadora. En la comunidad estaría integrados legalidad y legitimidad.

4. En todo caso, el análisis de la noción de la legitimidad parece estar inscrito dentro del ámbito de una teoría de los valores. Incluso la perspectiva ontológica propuesta por Delgado Ocando, pues esa conflictividad ascendente hacia una estructura comunitaria superior se va construyendo mediante la incorporación de ciertos valores al estado de legalidad actual. Sin embargo, la teoría jurídica contemporánea es legataria de un pasado formalista, producto de una necesaria definición metodológica que superaba el iusnaturalismo metafísico. Pero al trazar la barrera entre el ser y el deber ser sentó la base del neutralismo axiológico que ha dominado todo el panorama del positivismo jurídico.

Pensemos la teoría jurídica en término de deber hacer, pues no es el resultado en el mundo físico lo que espera el derecho de su regulación. La norma establece cómo debe ser el comportamiento, qué debe hacer el destinatario de la misma. Existe una técnica para definir ese deber hacer, también un sistema social y político que define cuándo un estatuto deóntico será reconocido como jurídico. La teoría jurídica, en su afán de alcanzar el estatus de cientificidad, ha desarrollado modelos descriptivos de ese sistema o sistemas. Pero el reconocimiento del carácter deóntico del contenido jurídico nos lleva a pensar esa teoría jurídica en términos de teoría ética. El análisis de lo legal no se agotaría, entonces, en la descripción de las competencias, sino que alcanzaría al descubrimiento de los valores del sistema. En cierta forma, eso es lo que un Juez hace al sentenciar, asume la fuente legal como un marco de referencia objetivo para depositar en éste una solución. La solución supone una opción estimativa.

La razón jurídica concebida en términos éticos, no es la razón técnica ni la razón científica al modo de las ciencias que conciernen al mundo físico. La teoría formal del derecho en cuanto

que descriptiva del estado de legalidad (formal), no es apta para comprender aquella dimensión estimativa. La incorporación progresiva de nuevos valores sobre los que originalmente fue construida la norma de acuerdo con determinado régimen de competencias, o la transformación de dichas normas y sus contenidos materiales, encaminada a la construcción de modelos superiores de convivencia, constituye una auténtica dimensión de lo jurídico, inabordable desde la perspectiva metodológica del legalismo formalista. De allí que legalidad y legitimidad sean conceptos comunicados bajo esa perspectiva.

Notas

- (1) "En todos los gobiernos legítimos, la designación de las personas que han de gobernar es un paso tan natural y tan necesario como la designación de la propia forma de gobierno, y el pueblo mismo decidió primitivamente cómo debía hacerse, debiendo considerarse como una situación tan anárquica aquella en que se carece de forma de gobierno, como aquella otra en que, después de haber acordado que esa forma sea la monárquica, no se ha dejado establecida la manera como habrá de designarse la persona que ha de ejercer el poder y hacer de rey. De ahí que todas las comunidades políticas que tienen establecida una forma de gobierno posean también normas para nombrar a quienes han de participar de algún modo en la autoridad pública, y para conferirles la investidura. Quien entra en el ejercicio de alguna función del poder de otra manera que siguiendo las leyes que para ello tiene señaladas la comunidad, no tiene derecho a ser obedecido, aunque se mantenga el régimen establecido, ya que no es la persona legalmente designada, y, en su consecuencia, tampoco es aquella a la que el pueblo ha dado su consentimiento. Semejante usurpador no tendrá título, y tampoco sus sucesores, para ocupar el poder mientras el pueblo no pueda otorgar libremente su consentimiento, y lo haya efectivamente otorgado, reconociéndole y

conformándolo en el poder que hasta entonces ha usurpado" (Locke, **Op. cit.**: 198).

Lista de Referencias

- BOBBIO**, Norberto. **Contribución a la Teoría del Derecho**, trad. A. Ruiz Miguel, Fernando Torres-Editor, S.A., Valencia (España), 1980.
- DELGADO OCANDO**, J. M. "**Razón Jurídica: Legalidad y Legitimidad**" Revista Cuestiones Políticas, No. 7. 1991, Ed. EDILUZ, Maracaibo-Venezuela.
- KELSEN**, Hans. **Teoría Pura del Derecho**, trad. R. J. Vernengo. U.N.A.M., México, 1981.
- LOCKE**, John. **Ensayo sobre el Gobierno Civil**, trad. A. Lázaro Ros, Aguilar, Madrid, 1973.