

LEGITIMIDAD POLÍTICA Y PARTICIPACIÓN

MONTSERRAT HERRERO

This article analyzes the possibilities for a legitimation in contemporary democracies. Grounding in Weber's typology in *Economy and Society* we analyze the models of rational, traditional and charismatic legitimacy as they appear in contemporary thinkers as J. Habermas, C. Schmitt and J. Derrida.

La idea de participación política está inmediatamente asociada al concepto de legitimidad de un poder. Ya desde la teorización aristotélica de la democracia griega¹, la forma adecuada de *vivir* la *polis* para hombres racionales y libres —los ciudadanos— es la participación en las funciones judiciales y en el gobierno. Toda forma de ejercer el poder que se aleje de esta simple fórmula se encamina a la corrupción: entre seres racionales y libres el gobierno despótico no es adecuado.

La cuestión de la legitimidad se problematiza progresivamente en el momento en que el gobierno de las comunidades políticas deja de ser un gobierno directo, es decir, en el momento en que por circunstancias espacio-temporales y culturales, la participación directa en un poder deja de ser asequible a todos los ciudadanos. Se plantea entonces, substitutivamente, la cuestión de la legitimidad de una representación del poder.

1. *Política*, 1275 a 6.

La fórmula de la compleja relación entre participación, representación y legitimidad de un poder no ha sido idéntica a lo largo de la historia del pensamiento político. Es natural que haya sido así porque en ella entran en juego un gran número de variables: la respuesta a cómo se constituye un poder, su fundamento y la razón de la obediencia sobre la cual opera no se pueden explicar con una sola palabra.

Para abordar la cuestión no basta quedarse en el plano descriptivo y alegar que las percepciones de la idea de legitimidad han sido diferentes a lo largo de la historia política; más bien se podría decir que cada uno de esos puntos de inflexión pone de manifiesto aspectos diferentes de esa compleja y hasta cierto punto misteriosa cuestión de *las razones del poder*.

1. LOS FANTASMAS DE LA LEGITIMIDAD

Pero antes de comenzar a analizar esos aspectos, detengámonos un momento en la observación de que en el discurso político contemporáneo hablar de la legitimidad no está de moda. El conocido análisis de Max Weber en *Economía y Sociedad* consolidó la tesis de que la forma de la legitimidad para las sociedades democráticas contemporáneas es la legalidad².

John Austin, por ejemplo, nos lo dice sintéticamente: la noción de legitimidad no tiene sentido en la ciencia jurídica; por relación al derecho positivo de su propia comunidad independiente, todo gobierno establecido y soberano no es ni legítimo ni ilegítimo; no podría serlo más que por una ley creada por él mismo, que sería legítima por su propia designación; y esto es un sinsentido³.

2. M. WEBER, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1944, 173-180.

3. H. L. A. HART, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, 1954, p. 347.

Podríamos encontrar muchas más afirmaciones de este tipo en la filosofía política y jurídica contemporánea.

Desde este punto de vista la idea de legitimidad aparece siempre rodeado de fantasmas. Sergio Cotta en un artículo publicado hace ya tiempo sobre la fenomenología de la legitimidad⁴ considera cinco causas de la decadencia de este concepto en el pensamiento contemporáneo:

1. En cuanto noción diferente de la legalidad nace en una época caracterizada por la existencia de una sociedad global pluralista provista de numerosos niveles de institucionalización con una cierta autonomía constitucional y jurídica inscritos en un orden político mayor. Con la desaparición de ese orden no tiene sentido seguir manteniendo el concepto. El nacimiento de la legitimidad como concepto político se puede fijar en la publicística de 1814 y 1815, es decir, en la época de la restauración⁵.

2. En tanto que noción metajurídica o suprallegal está ligada por un lado al reconocimiento de un derecho natural y por otro a la tradición o a la existencia de *principios* políticos. En este sentido, el gobierno legítimo es aquel que es conforme a la justicia, es decir, al derecho natural encarnado en las instituciones y costumbres asentadas en la tradición. Aparece, por tanto, como noción contraria a la de progreso y enfrentada con el proyecto ilustrado.

3. Como noción axiológica remite a valores, lo cual supone un límite al método científico.

4. Parece incompatible con el “régimen legítimo” por antonomasia en las sociedades contemporáneas, a saber, la democracia. Como concepto político nace con el espíritu de la restauración y,

4. “Éléments d’une phénoménologie de la légitimité”, en: *L’Idée de Légitimité*, Institut International de Philosophie Politique, Presses Universitaires de France, Paris, 1967, pp. 61-86.

5. Cfr. R. KOSELLECK, O. BRUNNER, W. CONZE, *Geschichtliche Grundbegriffe*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1978-1997, Voz “Legitimität, Legalität”.

por tanto, como reacción a la Revolución Francesa, que había sustituido la antigua legitimidad por la legalidad⁶.

5. El juicio de legitimidad no se puede fundar objetivamente, porque pertenece al ámbito de la justificación y no de los hechos; está cargado de perentoriedad, de subjetivismo moral y de “mística”. Frente a él la legalidad que se inspira en un realismo pragmático aparece cargada de objetividad.

Sin embargo, a pesar de todos esos fantasmas, el concepto reaparece una y otra vez, aunque ya con connotaciones diferentes que ponen de manifiesto su complejidad. Fundamentalmente aparece ahora en pugna con la legalidad.

Trataremos a continuación de estas nuevas formulaciones y con ello, de las nuevas caras de la legitimidad.

2. LA LEGITIMIDAD Y EL ROSTRO DE LA LEY

Entre la legitimidad y la legalidad hay una comunidad de origen que opera en ambos conceptos y realidades como perpetua nostalgia. No es extraño por eso, que el tipo de legitimidad legal o racional, en terminología weberiana, sea el más apreciado en nuestros días.

De hecho originariamente legal y legítimo no eran dos conceptos diferenciados. Más bien se consideraba legítimo lo que hace referencia a la ley. Así uno de nuestros conocidos romanistas, Álvaro d'Ors, dice con la tradición romana y medieval en su ensayo sobre la legitimidad (1957): “Como legitimidad viene de ley, si no hay ley a la que referirla, tampoco hay legitimidad”⁷.

6. Cfr. A. d'ORS, “Legitimidad”, en *Ensayos de Teoría Política*, pp. 135-152.

7. “Legitimidad”, p. 138.

También hoy nos encontramos autores que piensan de modo semejante a la tradición romana y medieval, aunque ya en un nuevo contexto. Paul Bastid, en su artículo sobre la idea de legitimidad recuerda que efectivamente es legítimo lo que tiene carácter de ley; de hecho, subraya, la relación de la legitimidad al derecho es el punto central del tema: lo central es saber porqué una ley es obedecida efectivamente⁸. Se podría incluso añadir, que para que la legitimidad sea fundada definitivamente esa ley ha de ser obedecida por sí misma e invariablemente: *ha de tener en sí misma el fundamento de la obligación*, como es el caso del derecho natural. Aparece pues el concepto de poder legítimo como conforme a la ley.

También Raymond Polin, entiende la legitimidad como la “forma misma de la obligación política” que se expresa legalmente⁹. Así, dice, “(todo) poder establecido identifica la legitimidad que reclama con la legalidad que impone”.

En el mismo sentido habla Norberto Bobbio¹⁰, quien también intenta la conciliación entre una y otra: la legitimidad tanto como la legalidad es un atributo del poder. Y matiza diciendo que si la legitimidad es la cualidad del título, la legalidad lo es del ejercicio. La legitimidad es entonces lo que funda el derecho del soberano. No se puede separar en su opinión la teoría general del derecho de la teoría política, porque son absolutamente interdependientes: todo orden jurídico es un encadenamiento de reglas y poderes. La cuestión fundamental a la que se debe dar respuesta en ese punto es si la cadena comienza por la norma o por el poder. Si comienza por la norma entonces toda fundamentación depende de la *norma fundamental*, como es en el caso de Kelsen —con la particularidad de que él deja de lado las referencias al poder—; si comienza por el poder, toda fundamentación, es decir, toda legitimidad depende de

8. “L’Idée de Légitimité”, en: *L’Idée de Légitimité*, op. cit., pp. 1-15.

9. “Analyse philosophique de l’idée de légitimité”, en *L’Idée de Légitimité*, op. cit., (17-29), 20.

10. “Sur le principe de légitimité”, en *L’Idée de Légitimité*, op. cit., pp. 47-61.

la *summa potestas* y estaríamos entonces en un decisionismo. Bobbio se coloca del lado de la primera hipótesis.

Sin embargo, legalidad y legitimidad son realidades diferentes desde el momento en que puede haber un poder legítimo independientemente de su legalidad y una legalidad no legítima.

La discordia entre ambos polos queda abierta en el momento en que podemos hacer la distinción entre derecho y ley positiva. Con esta distinción se abre la *brecha entre legalidad y legitimidad* en el corazón mismo del orden jurídico. Y se abre fundamentalmente, porque la ley positiva es posición de voluntad y la justicia con que opere esa voluntad es siempre una cuestión abierta. Esta brecha en último término ha de reconducirse a aquella insalvable entre la decisión con la que se ejerce el poder y el derecho; entre voluntad y razón; entre *potestas* y *auctoritas*.

Una y otra vez la filosofía jurídica y política contemporánea intenta hacerla cicatrizar. Un ejemplo extremo de ello es el positivismo jurídico kelseniano vigente hoy. Kelsen en su *Reine Rechtslehre* hace desaparecer el espectro de la voluntad identificando la legitimidad con el principio por el que la validez (de un sistema de reglas dado) está determinado solamente por el orden al cual esas reglas pertenecen. Cualquier sistema es legítimo si es capaz de calificar los comportamientos individuales en legales e ilegales. En este planteamiento la *validez del derecho es algo diferente y autónomo de su poder moral de obligar*. Ahora bien, como señala Carl Schmitt, quizás su más duro crítico, en el Estado de Derecho la ley no es otra cosa que un acto deliberado de voluntad. La ley positiva obliga como posición de voluntad. Obliga porque está puesta como ley. Es decir, su carácter de obligación es externo al contenido de la ley misma y, por consiguiente, muy débil. Como observamos en más de un lugar de nuestro universo, la desobediencia civil está al orden del día.

Ahora bien, cómo legitimar, es decir, ¿cómo dar carácter de obligación a esa autoposición abstracta de la ley? La voluntad popular toma entonces el protagonismo de la legitimación. Por eso el Estado de Derecho ha de ser combinado con la filosofía demo-

crática. La conformidad que se busca implícitamente es aquella entre la ley positiva y la voluntad popular. Un poder es legítimo porque es conforme con la ley que expresa la voluntad popular. En este caso la dirección de la conformidad no es tanto de una voluntad a la ley como de la ley —idéntica, por otra parte, con la voluntad del legislador— a la voluntad popular. A pesar de que lo que de hecho se da es una identificación de voluntades, todo queda dentro de un contexto legalista, por eso, la legitimidad democrática es una “legitimidad legal”.

Volviendo los ojos atrás, lo vemos en la evolución del mismo pensamiento político: es el tránsito de Bodino o Hobbes a Rousseau. La declaración de derechos del hombre es expresión de la voluntad general. El sufragio universal será concebido a partir de ese momento como el único medio de expresar directamente esa voluntad. Montesquieu lo tematizará de un modo neto: “La legitimidad expresa la conformidad de un poder, del régimen político a la manera de pensar de una nación” (*Esprit des Loix*, XIX, 3). Es esta conformidad la que suscita el consentimiento al poder y consiguientemente la obediencia.

Un nuevo pasó lo dará Benjamin Constant al poner de manifiesto que ese único poder legítimo que es la voluntad general sólo existe de una manera limitada y relativa. Los límites del poder son para él fundamentalmente dos: la opinión pública y las instituciones, que, en cualquier caso, siguen encarnando “el modo de pensar de una nación”.

En la sociedad capitalista contemporánea esa “manera de pensar” de la fórmula de Montesquieu se convertirá en la “moralidad positiva del cálculo utilitario”. Toda ley, expresión del poder, habrá de conformarse al consenso de ese cálculo. Así lo describe Habermas al hablar de los problemas de legitimación en el capitalismo tardío: “en la medida en que las normas expresen intereses generalizables, se basan en un consenso racional (o alcanzarían tal consenso si pudiera entablarse un discurso práctico). En la medida

en que las normas regulan intereses no generalizables, se basan en la coacción; hablamos entonces de fuerza normativa”¹¹.

A nadie, tampoco a Habermas, escapa la dificultad del concepto de interés público o interés generalizable en una sociedad pluralista. Sin duda desde este punto de vista la legitimidad de un poder se vuelve una construcción compleja y precaria, en transformación constante, que difícilmente sustenta la obligación civil.

Como se ve, la democracia pretende cerrar la brecha abierta con el concepto de soberanía del Estado inaugurado por Bodino operando de otro modo con la conformidad; identificando legalidad y legitimidad del otro lado, del lado de la voluntad general cambiante y no de la justicia invariable como lo hacía el mundo romano y medieval. Pero como bien vió C. Schmitt en *Legalität und Legitimität*, la herida vuelve a abrirse —no podía ser de otro modo si son de hecho realidades diferentes— en el contexto democrático bajo la distinción entre legalidad positiva y legitimidad plebiscitaria.



3. ¿REALMENTE ES POSIBLE LA LEGITIMACIÓN A TRAVÉS DE LA LEGALIDAD?

En un artículo que lleva por título “Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?”¹² se plantea Habermas precisamente la cuestión de la debilidad de la legitimación puramente legal que se hace efectiva con el nacimiento del positivismo jurídico. En su opinión, y creo que toma una perspectiva exacta y adecuada en su análisis, con el positivismo, los tres aspectos fundamentales del derecho medieval, a saber, el sacral, el institucional y el burocrático, quedan reducidos a una sola dimensión, la burocrática. Con ello, los

11. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu, Buenos Aires, 1975, p. 135.

12. *Kritische Justiz*, Jhg. 20 Heft 1, 1987, pp. 1-17.

dos momentos fundamentales del derecho, a saber, el aspecto de “indisponibilidad” (*Unverfügbarkeit*) o quizás mejor de “incondicionalidad” y el instrumental, quedan reducidos al último, precisamente porque deja de existir el orden de lo sagrado¹³.

El aspecto sacral es anterior al derecho, se deriva del orden del cosmos regido por un espíritu cuyo dominio está por encima del dominio humano. Se entiende que ese derecho divino y natural no está a disposición del hombre, sino que justamente sostiene el marco de la legitimidad. Es por referencia a él por lo que todo dominio y toda ley son legítimos. La legitimidad es anterior al derecho instrumental y no surge con él. Como bien dice Habermas, un *nuevo derecho* sólo puede ser concebido en este contexto como una *reforma* o una *restauración*, pero no como pura novedad.

Una vez que el espacio político y jurídico queda desacralizado y reducido a burocracia estatal nace una verdadera crisis de legitimación. En este punto, mal que le pesara a Habermas, el juicio de Schmitt es exactamente el mismo que el suyo: al abandonar la teología, viene a decir, los juristas pretendían formar una tradición propia para poder resolver “limpiamente” la cuestión de la guerra justa; lo que, sin embargo, obtuvieron al separarse del dogma no fue la pretendida autonomía, sino el compromiso con el racionalismo y el progreso¹⁴ —podríamos decir con R. Alvira en su reciente artículo sobre “El problema sociopolítico del cristianismo actual”, que hubieron de abrazarse a un nuevo dogma al que han de agradecer su capacidad de legitimación, a saber la democracia¹⁵—. El análisis es el mismo, lo que varía es la solución.

Habermas ve adecuadamente que es posible la legitimación puramente legal en la medida en que ésta sea capaz de garantizar ese ámbito de indisponibilidad e incondicionalidad del derecho que garantiza la obediencia civil, sin hacerla expresa. Esa condición es

13. Cfr. *Ibid*, pp. 2-3.

14. Cfr. *Ex Captivitate Salus*, Greven Verlag, Köln, 1950.

15. R. ALVIRA, “El problema sociopolítico del cristianismo actual”, en Juan Jesús BOROBIE/ Miguel LLUCH/ José Ignacio MURILLO/ Eduardo TERRASA, *Idea cristiana del hombre*, Eunsa, Pamplona, 2002, pp. 291-302..

como el “reducto metafísico” indestructible incluso, como veremos, para la deconstrucción.

Pero, y esa es la pregunta que se hace: “¿puede del derecho político arbitrario y cambiante derivar una autoridad semejante?”¹⁶. A esa cuestión el positivismo jurídico siempre ha respondido afirmativamente. Sin embargo, por mucho que se afirme, Habermas no lo ve ni en la variante positivista de Austin, ni en la de Kelsen. La reducción de la norma a mandato del legislador político, significa que tanto el derecho como la política quedan diluidos y destruidos como tales. Tan pronto como la legitimación viene a ser un producto generado por la esfera política deja de existir como tal. Lo mismo se podría decir del derecho, que en la medida en que se diluye en la política, deja de tener una relación adecuada con ella y con la moral, y pierde su capacidad de legitimar.

Parece que el derecho positivo no ha sido capaz de encontrar un sustitutivo al derecho sagrado. Sin embargo, dice Habermas, existen nuevas *figuras de la incondicionalidad* en el pensamiento político y jurídico contemporáneo:

La primera es el *contrato*. El contrato social es una forma de justificar moralmente el poder ejercido y de asegurar la obediencia mediante la confianza depositada en común. Para Rousseau el orden estatal es legítimo si el individuo reconoce en un contrato social la voluntad general en la que todos gobiernan sobre los demás. Con él se funda un orden legítimo de gobierno, porque se instaura una compensación igualitaria entre el ejercicio de gobierno del Estado y la libertad de los individuos¹⁷.

La segunda figura que propone es el *imperativo categórico* kantiano del derecho racional: Kant construye el momento de la incondicionalidad a través de la fundamentación moral del derecho por la que el derecho positivo queda subsumido en el derecho racional. La positivización del derecho consiste en la realización de normas fundamentales bajo el imperativo de la razón. Pero la razón

16. J. HABERMAS, “¿Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?”, p. 3.

17. Cfr. J. J. ROUSSEAU, *El Contrato Social*, 1, 6.

autónoma kantiana no tiene muchos recursos contra la desobediencia civil una vez que tiene lugar, porque el autor reconduce la libertad y la razón práctica al mismo principio.

La siguiente figura fue requerida por una imagen del mundo cada vez más positivista. Se intentó entonces encontrar un aspecto moral interior al derecho positivo mismo, no en el plano trascendental, ni en el social, sino en un criterio inmanente a la construcción jurídica. Ahí aparece la tercera figura de la incondicionalidad que es *el proceso*. Con él se trata de asegurar la validez de la contingencia del contenido del derecho a través de su atributo fundamental que es la imparcialidad, que se supone como el núcleo del juicio práctico. Por eso la racionalidad pura de un procedimiento que precede a toda institucionalización conserva y garantiza el ámbito de incondicionalidad moral.

Esta última es también la convicción del mismo Habermas quien propone la *argumentación moral* como *proceso* adecuado de formación racional de la voluntad popular. Así concluye: “De la legalidad puede deducirse la legitimidad sólo si el orden jurídico reacciona reflexivamente a la necesidad de fundamentación que genera el derecho positivo, institucionalizando procesos de decisión permeables al discurso moral”¹⁸. Como se ve, la moral complementaria al derecho positivo es de naturaleza procedimental; se ha desembarazado de todo contenido normativo y se ha convertido en un proceso de fundamentación dinámico de cualquier contenido normativo posible.

Mi pregunta es hasta qué punto una racionalidad práctica, un discurso moral, revisable infinitamente, puede ser un ámbito de incondicionalidad efectivo. La crisis de legitimidad se plantea desde este punto de vista como una crisis de racionalidad. Consecuentemente la moral se hace cada vez más autónoma y se retira al ámbito de la privacidad. Como bien dice Habermas, una moral postradicional exige un distanciamiento de las formas de vida acostumbradas y no problemáticas, de modo que sólo es esperable su

18. *Ibid.*, p. 13.

seguimiento en el caso de que lleguen a ser exigibles jurídicamente. Como no se puede compartir universalmente la moral, ésta necesita del derecho positivo como fuerza compensatoria con objeto de lograr la obediencia civil; es el mínimo de fuerza que aceptaría el sistema habermasiano que, como observa Spaemann en su crítica al planteamiento¹⁹, ha eliminado de una vez para siempre la decisión —y con ella el poder— mediante la formación discursiva de la voluntad como principio de organización de la sociedad. Pero no lo olvidemos, en ese caso la fuerza del derecho positivo es una fuerza que obliga de forma exterior, porque no compromete interiormente la acción, aunque lo pretenda.

Habermas, como buen epígono del proyecto ilustrado nos quiere ofrecer una versión revisada de la legitimidad legal.

Carl Schmitt, viendo el problema desde el mismo ángulo da una solución diferente: en su opinión se precisa de una nueva fundamentación de lo jurídico y de lo político porque el principio de legalidad se abre a una hermenéutica infinita, hasta el punto de que se puede volver contra sí mismo y contra los principios de toda sociedad: eso es lo que ocurrió en la República de Weimar. En su opinión, la cuestión a la que hay que dar respuesta en cualquier sistema legal es ¿quién interpreta la ley?, cuestión que se transforma siempre en otra que apela a la voluntad y que no esconde la decisión, ¿quién juzga? Ésa es la cuestión que queda oculta tras todo procedimiento institucionalizado. Efectivamente, el límite de la interpretación es el juicio. No se puede proceder al infinito en la interpretación, porque la vida puede más que la interpretación: la vida es juicio y el juicio es translegal; la misma ley nace en el juicio, como pone de manifiesto la definición de derecho de Álvaro d'Ors.

Pero veamos a que otro tipo de argumentación legitimista, desde el ámbito constitucional, abre este crítico de la modernidad.

19. Cfr. "La utopía del buen gobernante", en *Crítica de la utopías políticas*, Eunsa, Pamplona, 1981, pp. 223-247.

4. LA RUPTURA ENTRE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD: *LEGALITÄT UND LEGITIMITÄT* DE CARL SCHMITT

El famoso escrito de 1932, “*Legalität und Legitimität*”, fue concebido por Schmitt como un aviso, una llamada de atención sobre “los peligros” a que estaba abocada la constitución de Weimar que irremisiblemente había entrado en crisis²⁰. Ella era el símbolo patente de la crisis de la legalidad como principio autónomo de legitimación. A través de su crítica muestra cómo ambos polos del poder no son reducibles el uno al otro. De hecho es posible que el poder legítimo se manifieste ilimitadamente por encima de una legalidad concreta.

El argumento central es sencillo: la constitución de Weimar resultaba tan contradictoria porque bajo la máscara de la legalidad conjugaba varios tipos de legitimidad, es decir, alternaba cuatro lógicas distintas de formalización de una representación: el estado legal (*Gesetzgebungsstaat*), el estado jurisdiccional (*Jurisdiktionsstaat*), el estado administrativo o total (*Verwaltungsstaat*), y el estado presidencial (*Regierungsstaat*).

La distinción entre ellos depende de cómo se expresa en concreto la última decisión, dice Schmitt, o sea, en saber cual es “le dernier ressort”²¹, la última instancia de poder: si en leyes, en ese caso la figura del poder es el Legislador; si en decisiones concretas para casos concretos, entonces la figura del poder es el juez; si en normas o medidas para caso de necesidad, entonces el poder se formaliza en un dictador; o si, finalmente en un mandato de autoridad, en cuyo caso la instancia legítima del poder es el pueblo o su representante, el presidente. Esas figuras, que son figuras del poder, estaban enmascaradas tras otra de carácter legal: el legislador extraordinario en sus tres versiones: *ratione materiae*,

20. Así lo reconoce en la explicación añadida para la nueva edición en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Duncker & Humblot, Berlin, 1958, p. 345. Citaremos de ahora en adelante *Legalität und Legitimität* por esa edición.

21. *Legalität und Legitimität*, p. 264

ratione suprematatis y *ratione necessitatis*. Cada uno suponía una actuación extralegal para los casos previstos. Con ello, la segunda parte de la Constitución de Weimar contenía en realidad una contra-constitución, porque en ella la figura del legislador ordinario quedaba suspendida.

Lo que quiere mostrar con esta descripción es que tras la ficción legalista se escondía la posibilidad de una decisión no conforme a leyes, la cual podía desembocar, como así fue, en una reforma total de la Constitución.

La ficción legalista llegó a tal punto que la legalidad “cerró la puerta tras de sí”. Así lo refiere Schmitt años más tarde en una nueva edición de aquel escrito: “El precedente de que un partido entre por la puerta de la legalidad y que la cierre tras de sí, es decir, el caso de una *revolución legal* fue experimentado y fijado aquí y para siempre. (...) El final del escrito era una grito de alarma, la última frase —“entonces se vengará la verdad”— un verdadero grito de auxilio. Este último se perdió entonces a lo lejos”²².

La verdad se venga: legalidad y legitimidad son conceptos irreductibles. Si se intenta reconducir uno a otro, como en el caso de Weimar, es decir, si se intenta como en el caso de todo Estado de Derecho democrático liberal parlamentario, reconducir la legitimidad a la legalidad, la verdad se venga: el poder se manifiesta de un modo ilimitado por encima de toda la legalidad, hasta al punto de anularla en cuanto tal. En palabras del jurista alemán es el “suicidio de la legalidad”.

¿Cuál es entonces esa fuente de legitimación translegal que permite acciones extralegales? O dicho en el contexto habermasiano, ¿en qué consiste el ámbito de incondicionalidad en este planteamiento?

En primer lugar hay que decir que, en el ensayo schmittiano se plantea la legitimidad de una voluntad que gobierna en relación con la voluntad de una comunidad que se entiende como la esencia

22. *Legalität und Legitimität*, p. 286

del Estado. La cuestión en ese punto es porqué una voluntad es legítima para ponerse por la voluntad de la comunidad. La solución es clara en un estado legal: una voluntad general sólo se puede expresar, en principio, en normas; no a través de otra voluntad; aunque definitivamente la norma es la voluntad del legislador, lo que ocurre es que en ese esquema quedan identificadas de tal manera que lo que pueda haber de personalidad en el legislador queda totalmente anulado por la fijeza y la objetividad de la norma.

Sin embargo, también en este esquema puramente legal, finalmente aparece la persona. En último término, y eso es lo que varias veces señala Schmitt, la legitimidad legal se fundamenta en la *confianza en el legislador*²³. Esa confianza es la que permitía en la Constitución de Weimar a un legislador elevarse incluso por encima de sí mismo en calidad de legislador extraordinario. Ahora bien, en buena comprensión ése es un tipo de legitimidad “trans-legal”, como toda legitimidad auténtica. La legitimidad se la concede la *confianza* que los gobernados ponen en él, no el hecho de que represente.

La confianza en el legislador es la razón de la legitimidad del estado legal. El legislador es un *guten*, aunque como institución y no como persona concreta. Supone un “orden concreto”, es una instancia. La ley no es más que el medio de ejercer su legitimidad en el estado legal. Ahora bien, esa ley es presuntamente un medio tan racional, tan objetivo, que genera la ficción de que el gobierno en un estado así es impersonal, general, predeterminado, hecho para durar, hasta el punto que ni siquiera se diría que la norma gobierna y que la comunidad política obedece, sino que la norma “vale”.

Distinto concepto de legitimidad aparece en la relación entre la voluntad que gobierna, pues sólo una voluntad puede gobernar, y el bien de la comunidad²⁴.

23. *Legalität und Legitimität*, p. 325

24. “Um das Schicksal des Politischen”, en *Die Schildgenossen*, 5 (1925), 313-323.

Cuando hay algo que poner por obra, un fin, la legitimidad cambia de signo; la confianza se deposita de un modo diferente, ahora ya no en el legislador, sino en una voluntad personal concreta, precisamente en la medida en que es capaz de obrar un bien; por tanto, se espera de ella una virtud; estamos entonces ya no en un estado puramente legal, sino en un estado presidencial (*Regierungsstaat*) y la confianza en el gobernante se basa en la excelencia de sus cualidades morales.

La democracia en sentido estricto sería un caso particular de este tipo de Estado, pues el pueblo funda su soberanía en su propia excelencia. El problema en este caso es cómo se constituye el pueblo en persona para poder actuar, por eso, la cuestión del bien común se convierte de nuevo en la de la voluntad común; y sólo contra sus propios principios la democracia deriva, en el mejor de los casos, en un estado legal. La tragedia de la democracia es el tener que operar siempre contra sus propios principios. En efecto, aquí en concreto, el contenido mismo del gobierno es completamente distinto según uno u otro concepto.

En el caso de un Estado administrativo la legitimidad viene de la liberación de un peligro. Quien ejerce el poder en un caso de excepción es un salvador de la sociedad misma; por eso su legitimidad es la más fuerte, aunque no tenga un fin definido, —de generar normas, de organizar el bien común—, sino simplemente el de hacer “todo lo que sea necesario” según la situación de las cosas. Como derivación de un estado legal, su acción se transforma en medidas, que se igualan a leyes. Ahora bien, la confianza no se pone aquí en el legislador, sino en la acción de gobierno que ofrece la posibilidad de salir de la excepción, y de abandonar una situación dada.

Como corolario de esta reflexión deduce Schmitt que la fuerza de la legitimación procede del *ethos*, y por eso siempre es translegal²⁵. Cada tipo de legitimidad se corresponde con un tipo de sociedad: el estado jurisdiccional con un *status quo* conservador de

25. *Legalität und Legitimität*, 268.

derechos adquiridos, el estado legal es “el vehículo típico de una era reformista, evolucionista y revisionista”; el estado presidencial y administrativo o total pertenecen a un *ethos* revolucionario o reaccionario respectivamente.

Ese fundamento de la legitimidad se engarza en el derecho sólo en la medida en que éste presupone configuraciones, instituciones y órdenes concretos. En “Das Problem der Legalität” Schmitt liga el principio de legalidad y el principio de legitimidad a dos diferentes concepciones de *lex*, que son las que se contraponen en la distinción extrema de los conceptos “legal/rechtlich”. Según el primer concepto de *lex*, legalidad es el modo de funcionar de la burocracia estatal, la ley es una pura posición del Estado, pero no tiene nada que ver con el derecho. Las sociedades que se organizan con este tipo de ley, y que se corresponden con la sociedad industrial, se rigen por el principio de legalidad. El segundo concepto de ley es el que se deduce de un derecho sustancial. Las sociedades constituidas según un derecho concreto, un derecho sustancial (*substanzhaftes Recht*), se rigen por el principio de legitimidad y ciertamente por una “geschichtliche Legitimität”.

En último término, lo que vale para Schmitt como legitimidad es la tradición constitucional de cada pueblo: *substanzhaftes Recht*. Estamos ante una legitimidad histórica o por usar la terminología weberiana una legitimidad tradicional, que es para Schmitt un refugio ante la creciente “motorización de la ley”²⁶: “El derecho como orden concreto no se deja desligar de su historia. El verdadero derecho no se hace ley, sino que surge en un desarrollo no deliberado”²⁷.

En este punto la tesis de la legitimidad histórica engarza con la teoría del *Nomos der Erde* como bien ve Hofmann²⁸ y como en su día intentamos mostrar. La legitimidad del poder no la da tanto en

26. *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, op. cit., pp. 408-420.

27. *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, p. 411

28. Cfr. *Legitimität gegen Legalität*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 226 y ss.

este caso la legalidad como el derecho. Su ámbito de incondicionalidad reside en la justicia hecha realidad histórica. La obediencia civil se origina en un orden de instituciones y figuras concretas y nunca por la posición general de una ley abstracta.

Seguimos en la tesis de Montesquieu, pero en este caso “la manera de pensar de una nación” a la que él alude no es una generalidad abstracta y cambiante, no son valores absolutos que se imponen universalmente por una opinión unánime, sino un *ethos* concreto compartido. No es la idea abstracta la que obliga, sino el universal concreto, la idea en su concreción histórica. Una norma de legitimidad responde en cierto sentido a una convicción histórica. Los valores políticos han de llegar a ser públicos para fundar una legitimidad. Públicos, mejor, compartidos, participados. El *ethos* histórico diría Schmitt es la forma más estable de participación, porque es una forma interior y no meramente exterior, cambiante y pasajera, como pudiera ser la positividad del derecho o el discurso racional. En ese sentido es más capaz de generar obediencia.

Ahora bien, ¿es la razón de la obediencia la positividad histórica? El mismo Schmitt lo pone en duda en una carta a Álvaro d'Ors del 28/6/49: “(*Ex Captivitate Salus*) es el grito de auxilio de un jurista que sabe que, el así llamado positivismo desde hace tiempo es puro nihilismo, en tanto que el intento de Savigny de un ‘positivismo histórico’ ha fracasado”. Parece evidente que la legitimidad por el puro “hecho” es un imposible. La facticidad histórica no se muestra como un ámbito suficiente de incondicionalidad.

5. LEGITIMIDAD Y PODER: EL FUNDAMENTO “MÍSTICO” DE LA LEGITIMIDAD

Aún nos queda una argumentación legitimista por examinar, a saber, aquélla que nos habla del fundamento “místico” del poder,

es decir, la carismática. Ésta se sitúa en el punto de conexión de un poder concreto con el origen mismo del poder.

A pesar de lo criticable que me parece el pensamiento de Jacques Derrida, creo que en el escrito “Fuerza de ley”²⁹, apunta también a una fundamentación translegal de la legitimidad.

Derecho es, dice este autor en las primeras páginas, una *fuerza autorizada*. Con eso quiere decir dos cosas: una, que siempre que se aplica, aunque pueda calificarse desde otro lugar como justo o injusto, es una fuerza que tiende a justificarse en el momento mismo en que se aplica; y dos, que la justificación última de esa tendencia, su condición de posibilidad, es que en sí misma la aplicabilidad, o mejor dicho, la obligatoriedad no es una posibilidad exterior o secundaria que vendría a añadirse al derecho, sino que es la *fuerza implícita del concepto mismo de derecho como justicia*.

En el planteamiento derridiano está implícita la idea —muy común en la tradición filosófico-política— de que la violencia, vamos a hablar ahora así para referirnos a este tipo de fuerza, es constitutiva y no un epifenómeno de la política y el derecho. Así piensan también el romanista español A. d’Ors en su libro *La violencia y el orden*³⁰, el mismo Schmitt e incluso W. Benjamin (*Zur Kritik der Gewalt*), aunque cada uno de ellos desde ópticas bien diferentes. Precisamente porque todos ellos dedican parte de su reflexión al origen absoluto del poder, sin lo cual parece que toda explicación de la legitimidad es insuficiente.

Desde este punto de vista todo derecho positivo dependiente de una fuerza de voluntad “exterior” al contenido de la ley estaría siempre en pugna con la fuerza misma del derecho como justicia. Es la diferencia entre una “justa violencia” y una “violencia injusta”.

29. *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, Tecnos, Madrid, 1997.

30. *Criterio*, Madrid, 1998.

Para un poder constituido la violencia sobre la que descansa su orden y que hace efectivo el derecho, se justifica por su formalización legal; pero en un momento originario, precedente a toda constitución concreta del poder, violencia y justicia deben estar fundidas.

W. Benjamin estaría en las antípodas de este planteamiento, puesto que para él la violencia originaria es destructora³¹: razón y voluntad están en perpetua discordia en el origen; y por eso también, en su planteamiento la “violencia fundadora” y “la violencia conservadora” han de ser necesariamente heterogéneas. Ahí se abre un abismo para la argumentación legitimista.

La violencia originaria es justicia originaria, dirá Derrida. Tomando por un momento prestada la “jerga deconstructivista”, podemos afirmar con él que la justicia no es deconstruible y gracias a ello es capaz de crítica, es decir, es capaz de operar la deconstrucción de todo derecho constituido³². ¿Qué otra cosa puede significar indeconstruibilidad más que indisponibilidad o incondicionalidad según la terminología empleada por Habermas? Salva, por tanto, el presupuesto de la legitimidad, es decir, que exista un ámbito de intangibilidad o indisponibilidad (*Untastbarkeit*). El problema ante el cual se encuentra el pensamiento derridiano es la imposibilidad de “decir” y de “decidir” ese ámbito. La deconstrucción opera desde una idea de justicia infinita. Por ser “experiencia de la alteridad absoluta, dice Derrida, es no-presentable”, aunque sea la “ocasión del acontecimiento y la condición de la historia”³³.

31. Cfr. *Para una crítica de la violencia*, Taururs, Pamplona, 1991.

32. *Fuerza de ley*, p. 35. El texto completo es: “En la estructura que describo de esta manera, el derecho es esencialmente deconstruible, ya se porque está fundado, construido sobre capas textuales interpretables y transformables (y esto es la historia del derecho, la posible y necesaria transformación, o en ocasiones la mejora del derecho), ya sea porque su último fundamento por definición no está fundado. (...) La justicia en sí misma, si algo así existe fuera o más allá del derecho, no es deconstruible. Como no lo es la deconstrucción, si algo así existe. La deconstrucción es la justicia”.

33. *Fuerza de ley*, p. 64.

Hasta tal punto pone el énfasis en la incondicionalidad de la justicia, que la hace invisible, de modo que todo orden jurídico concreto se queda sin fundamento y, por tanto, no salimos de la crisis de la legitimidad, aunque se haya encontrado un ámbito de incondicionalidad. Así queda manifiesto en el siguiente texto: “la operación que consiste en fundar, inaugurar, justificar el derecho, hacer la ley, consistiría en un golpe de fuerza, en una violencia realizativa y, por tanto interpretativa, que no es justa o injusta en sí misma. (...) El discurso encuentra ahí su límite: en sí mismo, en su poder realizativo mismo. Es lo que aquí propongo llamar (...) *lo místico*. Hay un silencio encerrado en la estructura violenta del acto fundador”³⁴. Ese poder realizativo es una decisión pura, de la nada. Su planteamiento no se diferencia en la práctica de cualquier decisionismo.

Lo místico del fundamento, tomando la expresión de Montaigne y de Pascal, es para él la imposibilidad de decirlo y de “tocarlo”, es decir, de cambiarlo, de modificarlo; esa es justamente su fuerza y su poder originarios.

Un caso más radical de antifundacionalismo en la época contemporánea, aunque desde dentro del proyecto ilustrado, es el de Blumenberg. Con su crítica del proceso de secularización en *Der Legitimität der Neuzeit*, el autofundacionalismo se convierte en programático. Eso es posible a través de la idea de autofundación implícita en la autoafirmación de la razón propia del proyecto ilustrado de la modernidad. La autoafirmación emerge de la nada y, por tanto, supone una discontinuidad permanente³⁵. Todo acto de voluntad, también el de creación de un derecho, es autofundante. Como subraya Carl Schmitt en la crítica a la tesis legitimista de Blumenberg³⁶, el nuevo hombre, que encarna la pura novedad, es agresivo en el sentido en que lo es un progreso inde-

34. *Fuerza de ley*, p. 33.

35. H. BLUMENBERG, *The Legitimacy of the Modern Age*, MIT Press, Cambridge, 1983, p. 97.

36. C. SCHMITT, *Politische Theologie II*, Duncker & Humblot, Berlin, 1970, Nachwort.

finido y una positividad cambiante y siempre nueva; lo viejo queda superado en el proceso científico-técnico; lo viejo no es el enemigo, sino simplemente se autoanula en el proceder de la novedad. Por mucho que Blumenberg sostenga que la autoafirmación no implica un apoderamiento (*Selbstermächtigung*), en su planteamiento la amenaza del poder humano se hace total. La negación del Absoluto es ella misma absoluta e instaura como absoluto a quien la hace.

Estamos ante dos casos muy diferentes de legitimidad carismática irracional, utilizando la caracterización weberiana. Recordemos su definición en *Economía y Sociedad*: “Debe entenderse por carisma la cualidad que pasa por extraordinaria (condicionada mágicamente en su origen, [...]), de una personalidad, por cuya virtud se la considera en posesión de fuerzas sobrenaturales o sobrehumanas [...]”³⁷. El argumento legitimador en este caso se remite al momento extraordinario; por eso Weber considera este tipo de legitimación como *específicamente irracional*, por ser, en principio, extraña a toda regla, y *específicamente revolucionaria*, porque subvierte el pasado. Ahora bien, concede, si quiere tomar el carácter de una legitimación duradera, entonces ha de traducirse en legitimidad racional o tradicional. Sin embargo, no parece esto muy convincente puesto que si es subversiva e irracional tendrá muchos problemas para convertirse en racional.

Efectivamente es eso lo que ocurre tanto en el planteamiento deconstruccionista como en el de Blumenberg. El primero respeta el ámbito de incondicionalidad, pero es incapaz de conectarlo con el puramente instrumental; el segundo anula el momento de la incondicionalidad y desarrolla incondicionalmente la racionalidad instrumental en el proceso científico-técnico; con la instrumentalidad se pierde propiamente la racionalidad en su sentido más auténtico.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si en la estructura “violenta” del acto fundador hubiera “encerrada” palabra y no silencio? Es decir, si lo

37. M. WEBER, *Economía y sociedad*, p. 193.

“místico” del fundamento fuera que al ejercerse no se agota, que su decirse no es manipulable; si el origen fuera claridad, luz, a pesar del misterio en que siempre queda sumido el fundamento. En ese caso estaríamos ante una violencia que remite a ley y ante una ley que remite a fuerza. Ésa es la esencia de lo sagrado, que es la fuente de toda obligación. La voluntad humana queda obligada, atraída por esa fuerza del origen.

Tanto la justicia como la obediencia son anteriores a toda ley positiva y a todo poder, por eso son translegales y transhistóricos; son también la condición de posibilidad de que cualquier poder concreto obligue. Estamos ante la posibilidad de una legitimidad carismática racional.

La palabra es la obra propia de la razón dice Tomás de Aquino³⁸. La palabra que se escucha, la palabra “exterior” no es más que un signo de la esencial no disponibilidad de la “palabra interior”. La palabra interior no es en su última radicalidad otra cosa que el *logos* eterno en el que la realidad originaria se conoce y se enuncia, muestra su propia imagen y se hace luz, verdad y palabra³⁹. Esa palabra interior es un poder originario, la ley originaria a la que toda posición de voluntad debe conformarse si quiere ser legítima. Por eso, toda manipulación de la palabra lo es también del poder. Es en este ámbito en el que tiene sentido la expresión derridiana “fuerza de ley”, pero Derrida está muy lejos de esta lógica. La condición de la obediencia, de toda obediencia, no puede ser otra que una palabra que es en sí misma efectiva.

Se puede decir, por tanto, con Rafael Alvira, que “la dogmática política es siempre, en última instancia, dogmática religiosa”⁴⁰, puesto que la palabra sagrada es el dogma.

38. TOMÁS DE AQUINO, *S Th.*, Y, 91, 3 ad 3.

39. Cfr. J. PIEPER, *Was heißt Gott spricht?*, *Werke*, VII, 142-167.

40. R. ALVIRA, *op. cit.*

* * *

Concluimos. Decíamos al principio de esta exposición que para la tradición griega lo propio de los hombres racionales y libres, de los ciudadanos, es la participación en el gobierno de la *polis*. Un gobierno a espaldas de esa participación, no podría ser legítimo. Ahora bien la idea de legitimidad, muestra una gran riqueza de contenido, como hemos visto, lo que va tan lejos como para hacer ver que un simple recurso genérico al concepto de participación no basta para justificar la bondad de un sistema político.

La participación política, sin la cual no hay legitimidad, requiere ser comprendida en sus diferentes niveles. Participar significa para unos gobernar y para otros obedecer. Ahora bien, hemos visto que cualquier poder constituido para atraer hacia sí la obediencia, necesita de un elemento de incondicionalidad trascendente o “místico”, de un elemento “racional” y de un elemento “institucional” histórico. El primero garantiza la confianza fundamental que supone toda participación, el segundo la universalidad, que evita los particularismos, y el tercero la concreción histórica, sin la cual no es posible la búsqueda de ningún bien. Si falta alguno de ellos se da una desintegración del poder, tal como hemos visto en los diferentes planteamientos unilaterales.

Parece que una auténtica legitimidad implica una participación integrada en sus dimensiones racionales, voluntarias e instrumentales y eso sólo es posible en la síntesis de las tres formas de dominio que Weber tipificó por separado.

Montserrat Herrero
Departamento de Filosofía
Universidad de Navarra
31080 Pamplona – España
mherrero@unav.es