

CIENCIA POLÍTICA Y ANÁLISIS JURÍDICO

David PANTOJA MORÁN *

Lo que los juristas estiman por sobre todas las cosas es la vida del orden y la mayor garantía del orden es la autoridad. No hay que olvidar, por otra parte, que si aprecian la libertad, colocan en general a la legalidad muy por encima de ella. Temen menos a la tiranía que a la arbitrariedad y con tal que el legislador se encargue por sí mismo de despojar a los hombres de su independencia, estarán casi contentos.

(De la démocratie en Amérique)
Alexis de Tocqueville

SUMARIO: I. Introducción. II. La legitimidad en la teoría política y en la teoría del derecho. III. Diferencias entre legitimidad y legalidad. IV. Paralelismo entre legitimidad y legalidad de poder y justicia y validez de la norma. V. Norma fundante y potestad suprema. VI. Efectividad del poder y eficacia de la norma. VII. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Abordar el tema: "Ciencia política y análisis jurídico", como se pretende hacer aquí, permite hacer el tratamiento de un problema desde una perspectiva interdisciplinaria que admita al derecho como una ciencia social más y que, en consecuencia, remontando contra toda una corriente impuesta desde hace muchos años a los estudios jurídicos, lo considere susceptible de análisis factual.¹ A su vez, brinda la oca-

* Investigador titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ El distinguido jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio se ha pronunciado en este mismo sentido en diversas ocasiones: "... el conocimiento del Derecho no se agota exclusivamente en la normatividad, pero tales disciplinas sólo deben completar los conocimientos jurídicos que se imparten en nuestras universidades...". En Fix-Zamudio, Héctor, "Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica", en *Ensayos sobre metodología, docencia e investigación*, México, UNAM, 1981, p. 376.

sión de plantear el problema al que hoy se enfrenta la ciencia política de recuperar el sentido universal de su objeto de estudio y devolverle así su carácter de ciencia de fundamentación que aspira a elucidar lo global político, en un proceso sinóptico-integrativo, bajo la atracción recíproca de las ciencias singulares que le conciernen.

Quizá, quienes han dedicado sus esfuerzos al estudio del derecho constitucional son, de entre los juristas, quienes han sentido con mayor intensidad la necesidad de encontrar respuestas, fuera de la pura normatividad, a los interrogantes que plantean los problemas propios a esta rama del derecho. Sólo a guisa de ejemplo y porque sus análisis han sido particularmente fructíferos, señalamos para ilustrar el anterior aserto a la escuela francesa de derecho constitucional, que se ha esforzado por hacer interfases entre la ciencia política y esa disciplina jurídica.²

El presente trabajo pretende inscribirse en este esfuerzo, al reflexionar sobre un tema: el de la legitimidad, que, por su naturaleza, permita hacer una intersección de la teoría política con la teoría del derecho.

La ciencia política tuvo antaño el carácter de *Scientia regia* y se justificaba su pretensión de reina de las ciencias, ya que se ocupaba de la problemática directriz de la vida buena y justa del hombre en sociedad. Visto así su objetivo, todas las demás ciencias y artes resultaban partes, medios que ejercitaban su coordinación y determinación significativas ante todo, bajo la orientación guiadora de una imagen de la vida racional y del operar del hombre en la convivencia con los otros hombres. Sin embargo, con el advenimiento de la sociedad moderna, es sustituida por disciplinas especializadas que tratan de explicar el fenómeno político desde sus propios ángulos y sirviéndose de sus propios métodos, ya que "un pensamiento de separación positivista aparece como la más elevada expresión de lo científico". De lo que se trataba era de demostrar la pureza de la ciencia mediante la particularidad de los correspondientes métodos de cada eventual disciplina: así, el método determinaba el objeto, y no al revés, y las ciencias fincaban su orgullo al afirmarse como disciplinas inconfundiblemente

"Si el Derecho es un producto social, si es vida humana objetivada, tiene que poseer las características de esa vida social, que tiene tanta flexibilidad, tantas riquezas de matices y que se encuentra en continua y constante transformación." *En torno a los problemas de la metodología del derecho, op. cit.*, p. 18.

² Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ed. Ariel, 1962; Hauriou, André, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, Ed. Montchrestien, 1968; Burdeau, Georges, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976.

independientes. Es así como la ciencia política se convirtió en suma de ciencias especializadas, ante las que, finalmente, ella misma cayó sacrificada como ciencia autónoma.³

Por su parte, la teoría del derecho y, más específicamente, la teoría del derecho público, se insertaron durante mucho tiempo en la tradición del derecho natural; pero se debe reconocer que el gran desarrollo de la ciencia jurídica a lo largo del último siglo ha sido acompañado de una constante polémica contra la pretensión del derecho natural de ser derecho en la misma medida que el derecho positivo.⁴ Así, aunque el positivismo jurídico, en tanto que método, es antiguo en la ciencia jurídica, se eleva de ese plano al rango de teoría, bajo la influencia de ese vasto movimiento de ideas que es el positivismo filosófico.⁵ En Alemania, con el influjo de Gerber y Laband,⁶ se desarrolló como una teoría jurídica del Estado, como teoría exclusivamente entendida desde el derecho, fuera de toda consideración filosófica, social o política; Jellinek, por su parte, intenta superar esta circunstancia y concibe una teoría general del Estado que, partiendo de una realidad descompuesta en dos partes, separe la teoría social del Estado, como ciencia del ser, de la teoría jurídica del Estado, como ciencia de las normas, con lo que hace imposible la concepción del Estado como unidad y refuerza la teoría jurídica alejada de lo político, ya que hace descansar el énfasis público-jurídico en esa visión jurídica.⁷ Como reacción al dualismo metódico de Jellinek, surgen dos posiciones críticas que, contrapuestas, sin embargo coinciden en tratar de dar una visión unitaria del Estado. Por un lado, la teoría pura del derecho de Kelsen que constituye una teoría sobre el derecho positivo en general y que excluye de este conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico, concibiendo al Estado como un orden jurídico relativamente centralizado,⁸ y, por otro lado, un grupo de

³ Cfr., Sonthheimer, Kurt, *Ciencia política y teoría jurídica del Estado* (trad. Luis G. Villagra), Buenos Aires, EUDEBA, Ed. 1971, pp. 12, 13 y 14.

⁴ Bobbio, Norberto, "Algunos argumentos contra el derecho natural", en Varios, *Crítica al derecho natural*, Madrid, Ed. Taurus, 1966, p. 221.

⁵ Brimo, Albert, *Les grand courants de la philosophie du Droit et de L'Etat*, Paris, Ed. Pedone, 1978, p. 271.

⁶ En el prólogo de su libro, Laband expresa su deseo de ver dominada la tarea científica del derecho y del Estado, de modo jurídico inminente, a saber: sólo mediante el recurso de la lógica. Laband, Paul, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, Paris, Giard et Brière, 1900.

⁷ Cfr., Jellinek, Georg, *L'Etat Moderne et son Droit*, Paris, vol. I, Giard et Brière, 1911, p. 11.

⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (trad. Roberto L. Vernengo), México, UNAM, 1979, pp. 15 y 292.

teóricos no coincidentes entre sí, más que en su antipositivismo y en la integración que hacen del orden jurídico en la realidad estatal como Rudolf Smend, Erich Kaufman, Heinrich Triepel, Carl Schmitt y Herman Heller. Varias son las versiones del positivismo que en el resto del mundo han influenciado los análisis jurídicos: a título de ejemplo citamos el positivismo jurídico de autores como Gaston Jèze y Marcel Waline; el positivismo pragmático de Hagerstrom, de Ross y de Olivecrona o de Pound, y el positivismo lógico de Hart. Pero sin duda, de todos, el que ha marcado y sigue marcando generaciones enteras de juristas es el de la escuela kelseniana.⁹

Para resumir, si bien el derecho logró su emancipación científica ante la filosofía y la moral y se afirmó como disciplina autónoma, en tanto que positiva, sin embargo, esta emancipación se ha reducido al autoconfinamiento en el "purismo" de la dogmática jurídica, y por lo que habría que propugnar es por la construcción de una "ciencia del derecho", cuya autonomía frente a las otras disciplinas no desemboque en una teoría autónoma de las normas, sino en su conexión con todas las ramas de la Ciencia Social, mediante la identificación de su incidencia sustancial en un mismo terreno, que es el de la relación social.¹⁰

II. LA LEGITIMIDAD EN LA TEORÍA POLÍTICA Y EN LA TEORÍA DEL DERECHO

Ahora bien, un tema que nos permite hacer la conexión entre teoría general de la política y teoría general del derecho es el de la idea de legitimidad, pues al preguntarnos cuál es el fundamento de la norma suprema que dota de validez a todas las otras normas, estamos inquiriendo también por el título en que basa sus facultades un poder necesariamente supremo para imponer esa norma que es fuente de validez última de un orden jurídico dado. Estamos, así, en el corazón mismo de la teoría del poder, objeto principal de la teoría general de la política y en el de la teoría de la norma, objeto principal de la teoría general de derecho.

Como fácilmente se advierte, este punto nodal en el que se encuentra la teoría política con la teoría del derecho coincide con la primera interrogante que se hace el problema de la soberanía, a saber: ¿quién es el titular de la soberanía?, y tampoco debemos omitir el señá-

⁹ Brimo, Albert, *Les grands coutants...*, op. cit., pp. 275-322.

¹⁰ Cerroni, Umberto, "Desilusión, placer, emancipación", en *La libertad de los modernos*, Barcelona, Ed. Martínez Roca, 1972, p. 19.

lar que ante pocas de sus creaciones ha sentido el hombre necesidad de justificarlas con la vehemencia y los artificios utilizados para justificar el poder. De esta suerte, Ferrero, el autor clásico del tema, ha podido afirmar que:

Entre todas desigualdades humanas, ninguna es tan importante en sus consecuencias, ni tiene tanta necesidad de justificarse ante la razón como la establecida por el poder y sí, salvo algunas raras excepciones, un hombre es igual a otro: ¿porqué entonces éstos tienen el derecho de mandar y los otros el deber de obedecer? Los principios de legitimidad son otras tantas respuestas a la pregunta...¹¹

Así, la idea de legitimidad, que coincide con la de soberanía, son construcciones doctrinarias tendientes a justificar la obediencia al poder.

III. DIFERENCIAS ENTRE LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD

A este respecto, es pertinente tratar de diferenciar las nociones de legitimidad y de legalidad, para que, diferenciadas, hagamos evidente su íntima relación.

Legitimidad —señala Bobbio— es la cualidad del título del poder, y legalidad es la cualidad del ejercicio del poder; la primera sirve para justificar el título del poder, la segunda para justificar el ejercicio del mismo. Y añade:

Quando se exige que el poder sea legítimo —añade este autor— se pide que quien lo detenta tenga derecho de tenerlo (no sea un usurpador). Cuando se hace referencia a la legalidad del poder, se pide que quien lo detenta lo ejerza no con base en el propio capricho, sino de conformidad con reglas establecidas (no sea un tirano). Desde el punto de vista del soberano, la legitimidad es lo que fundamenta su derecho; la legalidad es lo que establece su deber. Desde el punto de vista del súbdito, al contrario, la legitimidad es el fundamento de su deber de obedecer; la legalidad es la garantía de su derecho de no ser oprimido. Todavía más; lo contrario del poder legítimo es el poder de hecho; lo contrario al poder legal es el poder arbitrario.¹²

¹¹ Ferrero, Guglielmo, *El poder. Los genios invisibles de la ciudad*, Col. Vida del Espíritu, Buenos Aires, Ed. Interamericana, 1943, p. 36.

¹² Bobbio, Norberto, "El poder y el derecho", en Bobbio y Bovero, *Origen y fundamento del poder político*, México, Grijalbo, 1981, p. 30.

De la consideración de estas dos cualidades como necesarias y suficientes a la vez, Bobbio logra distinguir dos tipos de doctrinas llamadas por él reduccionistas: las teorías según las cuales el poder, por el solo hecho de ser legítimo, es también legal, y las teorías según las cuales el poder, por el solo hecho de ser legal, es también legítimo.¹³

Ejemplos de la primera reducción pueden ser algunas posiciones iusnaturalistas, y especialmente la teoría del Estado absolutista de Hobbes, para quien no es necesario que el poder del Estado sea legal, pues, en cuanto al ejercicio mismo del poder, el Leviathan no tiene límites, bastando que sea legítimo.

Ejemplo de la segunda reducción nos lo brinda el Estado moderno de derecho y las doctrinas que lo sustentan, pues es el Estado donde no hay necesidad de justificar su legitimidad, sino en su propia legalidad, es decir, basta que el ejercicio del poder del *Rechtsstaat* sea conforme a las leyes para que sea legítimo. Este es un hecho que Weber apuntó como característico de las comunidades políticas contemporáneas, cuando afirmó: "La forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la legalidad... —esto es—... la obediencia a preceptos jurídicos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos."¹⁴

Autores como Legaz y Lacambra han señalado este paralelismo que, en efecto, se constata en el mundo moderno entre los conceptos de legalidad y legitimidad: la legalidad para este autor es un concepto puro, apriorístico, formal y fundamental para todo sistema de derecho, y radica en "la existencia de leyes y en la conformidad a las mismas de los actos de quienes a ellas están sometidos". Añade que "la legalidad, materialmente entendida, se cifra en la legitimidad-modo, 'antiguo' de entenderla, mientras que modernamente, la máxima legitimidad se le ha visto la pura legalidad".¹⁵

Para el lector deseoso de profundizar en la historia de la formación de estos conceptos, consultar el documentado y erudito trabajo de Tamayo y Salmorán, Roldando, *La jurisprudencia y la formación del ideal político*, México, UNAM, 1983.

¹³ Bobbio, Norberto, "Sur le Principe de Légitimité", en Varios, *L'idée de Légitimité*, París, Annales de Philosophie Politique, núm. 7, PUF, 1967, pp. 50 y 51.

¹⁴ Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, t: I, p. 30.

¹⁵ Legaz y Lacambra, Luis, "Legalidad y legitimidad", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, núm. 101, septiembre-octubre, 1958, pp. 6 y 8. Véase al respecto el excelente análisis sobre el tema de Passerin d'Entrèves, Alexandre, "Légalité et Légitimité", en Varios, *L'idée de Légitimité*, *op. cit.*

IV. PARALELISMO ENTRE LA LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD DEL PODER Y JUSTICIA Y VALIDEZ DE LA NORMA

A juicio de Bobbio, donde la teoría general de la norma jurídica sale al encuentro de la teoría general del poder, es cuando aquélla distingue dos cualidades fundamentales en toda norma jurídica: justicia y validez, pues éstas tienen un evidente paralelismo con las cualidades del poder: legitimidad y legalidad. En efecto, legitimidad y legalidad cumplen la misma función en relación a la teoría del poder que la que cumplen justicia y validez en relación a la teoría de la norma, y sus términos son intercambiables, pues si se considera a la justicia como la legitimación de la norma y al contrario a la validez como su legalidad, también la legitimación será la justicia del poder y la legalidad, al contrario, su validez.

También es posible encontrar en la teoría del derecho las posiciones reduccionistas nacidas de la consideración de estas dos cualidades como necesarias y suficientes a la vez, a saber: el tipo de teoría, según el cual una norma, para ser válida, debe ser justa y es válida por el solo hecho de ser justa, que sería la teoría subyacente al derecho natural más radical y, por otra parte, el tipo de teoría según el cual una norma puede ser válida sin ser justa, aún más, ser justa por el solo hecho de ser válida, que sería la teoría del positivismo jurídico en su expresión más extrema.¹⁶

V. NORMA FUNDANTE Y POTESTAD SUPREMA

El vínculo de interdependencia recíproca, que une a la potestad suprema con la norma fundante, se hace evidente cuando la teoría de la norma fundante se enfrenta a lo que es, sin duda, su principal problema, que es el de saber cuál es el fundamento de esta norma fundamental —norma que es fuente última de validez de un orden jurídico—, y tenga que admitir que, no pudiendo ser otra norma superior, lo sea su eficacia, vale decir, “el hecho, el simple hecho, histórica y sociológicamente verificable, de que las obligaciones que de ella se desprenden son de ordinario observadas, o bien, que el poder establecido por ella, que es justamente el poder último, más allá del cual no hay otro, es efectivamente obedecido”.¹⁷

¹⁶ Bobbio, Norberto, *Sur le Principe...*, op. cit., pp. 50-52.

¹⁷ *Idem*, p. 55. A este respecto dice Kelsen: “Una Constitución es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ella son aplicadas en términos generales.” Para agregar más adelante: “fundamento de la validez es la respuesta a la pre-

Con una respuesta como la anterior, se pone en evidencia la relación entre norma y poder, y es que al escalar hasta la cima del orden jerárquico normativo y de la jerarquía de poderes, nos ha permitido confrontar norma fundante con potestad suprema y preguntar ¿qué es primero?, y si bien la respuesta no es fácil, porque un empirismo desnudo nos diría que es el poder y en cambio el idealismo normativista que es la norma, sin embargo, el arribo a la cima nos ha permitido visualizar el problema del poder y de la norma como dos caras de la misma moneda.¹⁸

VI. EFECTIVIDAD DEL PODER Y EFICACIA DE LA NORMA

Ya estamos en posibilidad de continuar con el desarrollo del paralelismo entre teoría de la norma y teoría del poder, acudiendo ahora a la comparación entre un atributo del poder, que es la efectividad, y un atributo de la norma, que es la eficacia, que hace Bobbio.

Un poder efectivo es el que logra obtener el resultado propuesto y una norma eficaz es la observada y cumplida, y Bobbio señala que existe un círculo: la eficacia de la norma depende de la efectividad del poder, de la misma manera que la efectividad del poder depende del hecho que las normas sean eficaces.

La eficacia cumple, frente a los caracteres de la legitimidad y de legalidad del poder, la misma función que tiene frente a los caracteres de justicia y validez en la teoría de derecho. En efecto: a) en relación a la validez, la eficacia representa, a término más o menos largo, el valor de una alternativa, en el sentido que la eficacia de una norma basta para confirmarla, y b) en relación a la justicia, la eficacia sirve de prueba, o, si requiere, de argumento a favor. Ahora bien, se llega a conclusiones semejantes cuando se considera a la efec-

gunta por qué las normas de ese orden jurídico deben ser acatadas y aplicadas; es la norma fundante básica presupuesta, según la cual debe acatarse y aplicarse la Constitución eficaz en términos generales y, en consecuencia, debe actuarse conforme a las normas fácticamente promulgadas conforme a esa Constitución, que sean, en términos generales, eficaces"; en Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 219 y 223.

¹⁸ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1961, p. 203. En esta obra se afirma: "La tensión entre ser y deber ser, no debe resolverse nunca unilateralmente, ni en favor de lo normativo, ni del lado de la realidad social. Sólo se comprende de manera cabal la ordenación normativa social si se considera y se da por supuesto que el ser y el deber ser no se hallan en un estado de aislamiento y en una antidualéctica ausencia de relación, sino, por el contrario, en una correlativa coordinación... Las ordenaciones normativas sociales se refieren a los hombres en cuanto soportes de intereses y entes capaces de querer."

tividad como cualidad del poder. En efecto: a) en relación al poder legal, el poder efectivo es una alternativa, en el sentido que un poder efectivo tiende a substituir al poder legal y a convertirse en la fuente misma de la legalidad; b) en relación al problema de si un poder es o no legítimo, la efectividad de éste es una prueba de su legitimidad.¹⁹

De la misma forma en que Bobbio nos descubre un círculo entre el poder último y la norma última, señala la presencia de uno existente entre el principio de legitimidad y el principio de efectividad. En efecto, el principio de legitimidad es como la norma fundante —cuya tarea es la de fundar el poder, en tanto que, finalmente, ella misma es fundada por el poder que debía fundar—, de la misma manera que el poder legítimo es el que solicita obediencia en nombre de un título de legitimidad, cuya prueba última es proporcionada solamente por el hecho de que efectivamente se le obedece.²⁰

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Una vez registradas las coincidencias, las vinculaciones, los paralelismos o las intersecciones que modernamente tanto la teoría política como la teoría del derecho han encontrado entre legitimidad y legalidad, justicia y validez y efectividad y eficacia, parece pertinente preguntarse: ¿por qué en el moderno Estado de derecho se da como fenómeno típico la reducción de legitimidad en legalidad, de justicia en validez y, en última instancia, de validez o de justicia en eficacia y de legalidad o legitimidad en efectividad? Cabe inquirir con Cotta: ¿por qué autores como Austin, Weber, Romano, Kelsen o Burdeau nos ofrecen en el tratamiento del tema un testimonio tan contundente de la decadencia actual de la idea de legitimidad, sacrificada sea a la noción de existencia (de eficacia) de un gobierno, sea a la de legalidad?²¹ En este sentido, debemos preguntarnos: ¿qué vinculación existe entre el tipo de organización política moderna, que es el Estado de derecho, y la idea de legitimidad subyacente a él? También parece necesario plantearse: ¿qué tipo de ordenación normativa corresponde

¹⁹ Bobbio, Norberto, *Sur le Principe...*, op. cit., pp. 56 y 57. Kelsen afirma que: "De acuerdo con la norma fundante básica de un orden jurídico estatal, es el gobierno efectivo, que impone fundándose en una Constitución eficaz, normas generales e individuales, el gobierno legítimo del Estado"; en Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 219.

²⁰ *Idem*, p. 58.

²¹ Cotta, Sergio, "Éléments d'une Phénoménologie de la légitimité", en Varios, *L'idée de légitimité*, op. cit., p. 64.

a la organización social histórica que hace posible que coexistan como organismos separados la sociedad civil y el Estado representativo o puramente político? Y, finalmente, ¿por qué existe la posibilidad para ciertas posiciones teóricas de plantear como justo un derecho válido o un derecho puramente eficaz?

No es la pretención de este trabajo el dar respuesta cabal a estas interrogantes, y a otras más que se pueden formular a este propósito, pues excedería con mucho a sus objetivos; sin embargo, se tratará de dar un panorama histórico, así sea somero, de cómo se considera se relaciona la organización social con la política y la jurídica, y cómo se legitiman éstas, y por qué se juzga que es en la historia donde se encuentran las respuestas de las interrogantes.

En la *Polis* griega los hombres producen su vida material gracias a la explotación del trabajo esclavo, la producción se logra mediante el sometimiento total de la persona del que produce. Como contrapartida, se organiza políticamente como una democracia directa en donde no existe la diferenciación entre gobernantes y gobernados, entre Estado y sociedad, gracias a la existencia de la población esclava que permite a la ciudadanía dedicarse plenamente a la gestión de los asuntos de la comunidad. Al no existir como esferas separadas el Estado y la sociedad, no existe diferencia entre normas religiosas, convencionalismos sociales o normas jurídicas, pues las relaciones entre los hombres están reguladas por la moral. El poder en este tipo de organización tiene el carácter de un hecho "natural" y es, en todo caso, "naturalmente" que se justifica o legitima.²²

El trabajo del siervo de la gleba, en tanto que el modo como esta época produce su vida material, es la base sobre la que se erige toda la estructura de la poliarquía feudal. La producción se realiza mediante la vinculación al medio de producción. Característica de la formación feudal es la dispersión del poder político que los autores han llamado "poliarquía". Aquí está ausente la idea del Estado, como noción de un poder público centralizado que se ejerce en nombre del interés general de la sociedad. El poder del monarca se ve puesto en entredicho, en el exterior, por la presencia de dos instituciones con pretensiones de hegemonía universal, que son el imperio y el papado, y, en el interior, por los señores feudales, que son centros de decisión frente a cuyos poderes debe coexistir, y en algunas épocas y regiones, ese poder de las monarquías también se ve restringido por

²² Cfr., Cerroni, Umberto, "Derecho e historia" en *La libertad de los modernos*, op. cit., p. 64.

el de las ciudades, los gremios, las universidades, etcétera. La propiedad feudal está calificada y sancionada por el privilegio, y su posesión otorga al señor feudal el título de nobleza, la jurisdicción, las relaciones de mando y sus privilegios. Aquí el poder toma el carácter de "sagrado" y es de ésta manera que se justifica y legitima. Las diferencias "políticas" entre los hombres, la dominación, son justificadas a través de la religión.²³

En la sociedad moderna de mercado, la producción de la vida material de los hombres se hace mediante el intercambio entre individuos independientes. El trabajo es libre, vale decir, el trabajador no está vinculado políticamente al propietario de los medios de producción y se encuentra separado de estos últimos.

La lógica de la sociedad basada en la producción para el intercambio exigía la abolición de la propiedad privilegiada, feudal, que, al otorgar poder político, encadenaba a su propietario, y permitía el establecimiento de distinciones políticas en la sociedad, dividiéndola en castas privilegiadas y en estamentos política y jurídicamente discriminados. Por lo contrario, el libre cambio de mercancías demandaba una propiedad libre de ataduras, lista para ser permutada por otras mercancías equivalentes y, en consecuencia, requería de la igualdad o la equivalencia de sus poseedores.

Al sustituirse la propiedad feudal privilegiada por la propiedad privada, ya no sólo se protege a un grupo de propietarios privilegiados, sino que se extiende esta protección a toda la propiedad privada en general. Los individuos son igualados en el mundo del derecho y de la política, aunque las desigualdades económicas subsistan.

Al privatizarse la propiedad, se privatizan los individuos, se separan las esferas de lo público y de lo privado, se separa la vida política de la sociedad civil y, en consecuencia, se separa el poder de la sociedad misma superponiéndosele, dando lugar al Estado político. Precisamente porque se sitúa en una región exclusivamente política, separada de la sociedad civil, es que el Estado moderno tiene el carácter de representativo.

La separación del Estado y sociedad no entraña su divorcio, sino que éstos se relacionan por medio del consenso de los integrantes de la sociedad, que ven en el Estado no al representante de tal o cual interés privado, de tal o cual constelación económico-social, sino como lugar de lo "genérico", de lo "universal", de la *volonté générale*, del

²³ Cfr., *ibidem*.

interés general y de lo público, esto es, como el representante del conjunto unitario de la nación de los propietarios privados.²⁴

El derecho moderno, a diferencia de las ordenaciones normativas anteriores, se caracteriza por ser un derecho igual para todos los hombres, independientemente de sus condiciones particulares. Por otra parte, la ley aparece como la voluntad del Estado, lugar donde se encuentra concentrado el interés general y no los intereses particulares, pues es adoptada por los representantes de ese interés general, quienes quieren "por la nación", por lo que la ley y el derecho se consideran expresiones de la voluntad general. Se oculta, así, en lo "genérico", la voluntad de la clase hegemónica, toda vez que depende de la estructura social y no de los individuos que forman parte de esa clase, el que su voluntad dominante adopte la forma de ley.²⁵

Un derecho semejante —ya lo señalaba Kant, como principio práctico de la razón— se presenta como si derivase no de los hombres sino de la divinidad²⁶ y no necesita justificarse en ningún orden superior, pues en sí mismo se reputa expresión de la justicia, por lo que basta con que sea formalmente válido para que se legitime. Y este derecho, que encuentra su legitimidad en la forma, es el que a su vez legitimará al Estado y a los detentadores del ejercicio del poder, quienes se convierten en anónimos funcionarios que imponen no su voluntad, sino la del Estado dentro del marco de una competencia fijada por el derecho.

Ahora bien, aunque la idea se encuentra embrionaria en Kant,²⁷ Kelsen desarrolla hasta sus últimas consecuencias la teoría de que si el Estado no es más que la personificación del derecho, puesto que el Estado es un orden jurídico relativamente centralizado, entonces la soberanía, el poder de poderes, corresponde al derecho.²⁸ Y, según él, de acuerdo con la norma fundante básica de un orden jurídico estatal, el gobierno *efectivo* que impone normas generales e indi-

²⁴ Córdova, Arnaldo, "Clase social y poder político en Marx", en *Comunidad*, México, vol. IV, núm. 20, Universidad Iberoamericana, agosto de 1969, pp. 461 y 462.

²⁵ Córdova, Arnaldo, "Sociedad y Estado en el mundo moderno", en *Ciencias Políticas y Sociales*, México, año XIII, núm. 50, FCPS, UNAM, octubre y diciembre de 1967, pp. 463 y 464.

²⁶ Kant, I., *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, México, UNAM, 1968 (Col. Nuestros Clásicos núm. 33), p. 150.

²⁷ *Idem*, p. 152.

²⁸ Cfr., Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado* (trad. Legaz y Lacambra), México, Ed. Nacional, 1965, pp. 99, 100 y 120.

viduales, fundándose en una Constitución *eficaz*, es el gobierno *legítimo* del Estado.²⁹

Con esto, los círculos evocados por Bobbio se encuentran cerrados. En efecto, la sociedad moderna de mercado, en donde se asienta el Estado de derecho, es una organización que históricamente permite la reducción a la que alude Bobbio: la eficacia de la norma basta para confirmarla y, en consecuencia, se convalida, es válida y, si esto es así, es una prueba de que es justa. Si, por otra parte, el poder efectivo sustituye al poder legal y se convierte en la fuente misma de la legalidad, su legitimidad se ve comprobada por esa efectividad. En suma, en el Estado de derecho el valor supremo de la norma es la eficacia, y el del poder es la efectividad.

Ahora bien, si no se puede disputar a Weber y a Kelsen el enorme mérito de haber explicado teóricamente, de manera tan consistente, uno en el campo sociológico y otro en el campo jurídico, este fenómeno típico de la sociedad y del derecho modernos, sí, en cambio, podemos observar que, aunque ambos autores rechacen la posibilidad de que sus respectivas construcciones doctrinales estén contaminadas de ideología, no se puede menos que constatar que éstas surgen en una circunstancia histórica propicia para que surjan filtraciones ideológicas susceptibles de permearlas, tal como se ha visto antes.

En efecto, hoy es cuestión universalmente aceptada, tanto en la teoría como en la práctica del constitucionalismo moderno, la idea de que el gobierno de las leyes (*rule of law*) es una forma de organización superior o mejor que el "gobierno de los hombres". Este es un valor tan extendido en su reconocimiento, hoy en día, que es una de las notas distintivas de los regímenes democráticos y está tan arraigado en la teoría política y jurídica de occidente y en la conciencia de los ciudadanos de estas sociedades que, a decir de Bobbio, ha tenido el sorprendente efecto de reducir el principio de legitimidad en el de legalidad.³⁰

Por otra parte, otro valor de enorme importancia en la ideología jurídica occidental y, más concretamente, en la ideología jurídica eurocontinental, es el de que la justificación de cada regla de que se compone un orden jurídico deriva de un criterio formal, a saber: de su conformidad con la ley, que no sólo es la fuente de derecho por excelencia, sino que es la expresión de la voluntad general, que es el titular de la soberanía.³¹

²⁹ Kelsen, Hans *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 219.

³⁰ Bobbio, Norberto, *El poder y el derecho*, op. cit., p. 33.

³¹ Passerin d'Entrèves, A., *Légalité et Légitimité*, op. cit., p. 33.

Por lo demás, el constitucionalismo moderno ha hecho una distinción entre ley fundamental o constitucional y ley ordinaria, y esta distinción tiene gran importancia para el Estado de derecho, pues es un medio esencial para asegurar los derechos de las personas y con tal fin fue concebida esta distinción. En todo caso, limita la acción del Estado, pues, por una parte, en las declaraciones de derechos preserva una zona inalcanzable para el legislador ordinario y, por otra, al consagrar el dogma de la separación de poderes, divide el ejercicio de la acción estatal. Y es precisamente en una Constitución que contiene estos elementos donde todo su conjunto de normas encuentra su fuente de validez.

En conclusión, en una reflexión que no agota el conocimiento jurídico en una teoría autónoma de las normas, sino que se esforzó por conectarlo con otras ciencias sociales, se ha pretendido mostrar la posibilidad de encontrar más ricas y más satisfactorias respuestas a los problemas que el derecho plantea.