

SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO: UN PUNTO DE VISTA CONCEPTUAL*

Aulis Aarnio

Resumen.- El profesor Aulis Aarnio elabora un estudio del concepto de legitimación para aplicarlo, específicamente, al mundo jurídico. A estos efectos introduce los conceptos de crisis de legitimación y tendencia a la crisis de legitimación, así como sus implicaciones empíricas y conceptuales. Otro aspecto importante está constituido por las relaciones, complejas y multívocas, entre legitimación y racionalidad. Finalmente la tradicional problemática Derecho-Moral aparece a la luz de la reconstrucción racional del razonamiento jurídico.

1.

El lenguaje de la legitimidad del Derecho tiene un significado dual interesante. Normalmente, cuando se habla de legitimidad, se refiere a la legitimidad de una actividad o institución que está determinada por el Derecho. Por ejemplo, puede ser un problema de mecanismo político, de maquinaria administrativa o una decisión individual en la administración de justicia. Los conceptos se usan en esta forma, por ejemplo, cuando preguntamos si es o no legítima la autoridad de cierto gobierno en el estado S.

En esta perspectiva, la legitimidad del Derecho es otra cosa. Cuando esto está en discusión, consideramos el orden jurídico como un todo, o como el resultado del proceso legislativo, o como una ley o una disposición singular. También podríamos restringir el problema a las normas que se desarrollan por medio del Derecho consuetudinario. Por ejemplo, este sería el caso cuando el problema de la legitimidad se trata en conexión con el problema de la desuetudo.

En lo que sigue me ceñiré a examinar el problema de la legitimación principalmente desde esta segunda perspectiva. Esto se debe a que las discusiones en nuestro simposio se centraron especialmente en la legitimidad de las normas jurídicas. Finalmente, lo que estábamos —y estamos— discutiendo es la legitimidad del orden jurídico. Sin embargo, las conclusiones derivadas de esta discusión también pueden aplicarse, *mutatis mutandis*, a un análisis de la legitimidad de las actividades, procedimientos e instituciones.

2.

Kaarlo Tuori ha limitado su análisis del problema de la legitimidad al Derecho moderno. Esta restricción no pretende implicar que no existi-

(*) Publicado en *Ratio Iuris*, vol. 2, núm. 2, en julio de 1989 y traducido por Sebastián Urbina

rían problemas de legitimidad con el Derecho en general, o con el Derecho en el pasado. Esta restricción se hace solamente para enfatizar que el problema de la legitimidad puede ser especialmente agudo en las sociedades post-industriales, como los Estados miembros de la Comunidad Europea y los países nórdicos. Hay muchas razones para esto. La principal es la dinámica de la sociedad (en especial la velocidad del cambio) que ha suscitado un número de problemas que se desconocían en sociedades tan recientes como las de principios de siglo. Naturalmente, el tema de mayor importancia en el desarrollo está conectado con el papel cada vez más importante del Estado en toda la sociedad, y con el nacimiento de los llamados Estados del bienestar.

La discusión sobre la legitimidad del Derecho moderno está, aparentemente, gravada por una ambigüedad sobre la diferencia entre los conceptos de crisis de legitimación y tendencia a la crisis en la legitimación. Las alegaciones a las crisis generalmente contienen declaraciones empíricas acerca del estado de una determinada sociedad y en un tiempo determinado. Si los criterios para definir algo como una crisis están dados, la afirmación puede contrastarse con la ayuda de información empírica que se refiera a la sociedad en cuestión.

A diferencia de esto, un examen de las tendencias de crisis no implica, necesariamente, la afirmación de que existe en una sociedad una crisis de legitimidad. En este sentido, las alegaciones o tendencias de crisis no son básicamente empíricas. Lo que está implicado es un intento de discutir un concepto de sociedad con la ayuda de un análisis de ciertas posibilidades de desarrollo. Si las tendencias como tales se han cumplido o no, no es el problema principal de una análisis de las tendencias.

Por otra parte, también es obvio que las afirmaciones que se refieren a las tendencias de crisis no pueden presentarse en ausencia de información empírica. Tenemos que conocer la historia de la sociedad y su situación actual para ser capaz de conceptualizar sus posibilidades de desarrollo.

Es en este sentido especial que un análisis de las tendencias de crisis está siempre basado, también, en conocimiento empírico. Sin embargo, el punto esencial es que el aspecto central en una discusión sobre las tendencias descansa en la propia conceptualización. La distinción de Jürgen Habermas entre el sistema y el mundo de la vida con sus conceptos asociados, puede mencionarse como un buen ejemplo de esto. Nos ayuda a reconocer los problemas y formar una visión global de la realidad social prevaleciente. Sin tal conceptualización no tendríamos idea de cómo evitar o controlar las amenazas a la legitimidad.

3.

Brevemente: el siguiente análisis se centrará en el tema estructural

de las tendencias de crisis que amenazan el Derecho moderno, y la clasificación de los conceptos básicos que se necesitan. La estructuración procede de acuerdo con la siguiente estructura conceptual (ver cuadro) que también presenta, de forma, simplificada, la lógica interna de mi presentación y —espero— los temas centrales en la discusión del simposio sobre "Legitimación del Derecho". También es el propósito del cuadro esbozar los temas de las futuras discusiones que, probablemente, estarán estrechamente relacionadas con el problema de la legitimación en la sociedad.

CONCEPTOS BASICOS

1. Legitimación del Derecho (en general).
2. Legitimación en el Derecho moderno.
3. Crisis de legitimación en el Derecho moderno versus tendencias de crisis

Teoría Descriptiva de las tendencias de crisis	Teoría Normativa de las tendencias	Reconstrucción racional de las tendencias de crisis
Tendencias de crisis en la Racionalidad Interna del Derecho	Tendencias de crisis en la Racionalidad Subjetiva del Derecho	Tendencia de crisis en la Racionalidad Normativa del Derecho
Racionalidad Formal/sustancial — Valor racional — Institucional r. — Jurídica r. — Sistémica r.	Racionalidad instrumental — Finalidad racional	Problemas de legitimación Racionalidad comunicativa
Discurso moral	Razonamiento jurídico	Discurso socio-económico
Ética Moral	Filosofía del razonamiento jurídico (Justificación profunda)	Reconstrucción racional
Derecho y moralidad	Contexto de descubrimiento	Contexto de Justificación
Teoría Descriptiva	Teoría Normativa	Legislación
Positiva	Negativa	Aplicación
Maximalista	Minimalista	Estudio Doctrina del Derecho (Dogmática jurídica)

En principio, puede haber tres tipos de teoría en las tendencias de crisis: descriptiva, prescriptiva (normativa en sentido fuerte) y reconstrucción racional (normativa en sentido fuerte) y reconstrucción racional (normativa en sentido débil). El primero sólo describe desarrollos generales en la prevaleciente realidad social y en el ordenamiento jurídico que regula esta realidad, y hace predicciones sobre lo que va a venir. De este modo, describe y predice. Tal análisis es siempre empírico en el sentido en que, generalmente, se entiende esta noción, por ejemplo, en las ciencias sociales empíricas. La teoría prescriptiva presenta normas, definiciones estipulativas o recomendaciones de cómo deberían ser las cosas o, alternativamente, cómo deberían analizarse las cosas. En lo que sigue, abandonaré ambos estudios y me centraré únicamente en la reconstrucción racional de las tendencias de crisis. Al hacer esto, mi intención es explicar, por medios teóricos, qué es lo que ya subsiste en nuestro lenguaje y en nuestra cultura. El test de la reconstrucción racional no es "directamente" empírico. No podemos verificar o falsar la reconstrucción racional por medio de métodos de investigación empírica. El único test descansa en si la reconstrucción está o no en armonía con todo lo demás que sabemos sobre lenguaje y cultura. El núcleo del test, en otras palabras, es si nuestra reconstrucción encaja o no con nuestro puzzle conceptual de cultura y sociedad. Si este es el caso, entonces la reconstrucción nos ayuda en la sistematización de la realidad mejor de lo que sería posible sin tal reconstrucción.

En la presentación de Kaarlo Tuori la reconstrucción racional tiene tres partes o elementos. El habla de crisis de tendencias en la racionalidad interna, racionalidad del sujeto subjetiva y la racionalidad de la norma normativa del Derecho. El problema de la legitimación puede, así, mostrarse en todos los tres aspectos (o sólo en alguno de ellos).

El concepto de racionalidad interna está conectado con el sistema jurídico, con sus internas conexiones sistemáticas. Es bien sabido que el conjunto de normas jurídicas está controlado por medio de ciertos conceptos básicos y no-conceptos deductivamente derivados. El término "doctrinas generales" es algo vago aunque expresión característica para esta estructura conceptual en donde los vínculos del sistema juegan un papel central. Hablamos, por ejemplo, de doctrinas generales del derecho civil, del derecho penal y del constitucional. Para simplificar algo la cuestión, podríamos decir que las doctrinas generales son un núcleo del sistema que yace en el trasfondo de un, a menudo, dispar conjunto de normas, de hecho una clase de modelo para la reflexión y estructuración de los conceptos, una red conceptual que nos permita reconciliar las disposiciones individuales. Los elementos normativos pueden cambiar, y lo hacen, en el curso de la dinámica social, pero el núcleo del sistema puede permanecer intacto por períodos de tiempo considerables. Es, como era, el núcleo del pensamiento jurídico. La racionalidad interna del Derecho está amenazada por una crisis cuando (y específicamente cuando) los vínculos del sistema empiezan a desaparecer

del conjunto de normas. Parecería que tal tendencia existe ahora en el derecho de bienestar social de los estados del bienestar; sucede incluso en partes de las áreas del núcleo del Derecho como el Derecho civil. El Derecho está fragmentado en dispares conjuntos reguladores en donde los problemas que nacen se desvían adoptando nuevos conjuntos reguladores sin tener en cuenta las conexiones sistemáticas entre las diferentes normas. Este peligro también aparece cuando las llamadas flexibles y varias normas de equidad empiezan a encontrarse en el Derecho en gran medida. Normalmente conducen a una administración de justicia más bien casuística, a un proceso que, a su vez, acelera las tendencias de crisis en la racionalidad interna. El círculo se completa.

Está implicada una tendencia de crisis en la racionalidad subjetiva cuando hay una desproporción entre la necesidad de regulación de la materia, por una parte, y la existente regulación, por otra. Esto podría significar, o que el material normativo se expande demasiado, o que un campo específico (por ejemplo, la posición de los empresarios en la sociedad) está regulada con excesivo detalle.

Cuando esto sucede, la esfera de libertad está restringida en una forma que disminuye la espontaneidad de la acción y levanta barreras a la responsable y auto-iniciada realización del individuo. Ambos problemas son típicos de los estados del bienestar avanzados. En el uso político, a menudo se habla de "estado guardián" cuando se trata el problema de la racionalidad del sujeto. Este tópico, también, implica teóricamente el problema de la tensión el sistema y el mundo de la vida, y de la intrusión del sistema en la realidad cotidiana de la gente de una forma restrictiva y rígida.

En los países nórdicos, por ejemplo en Finlandia, la expansión del número de normas ha significado, entre otras cosas, que una parte considerable de los elementos normativos se han dirigido a determinar los poderes de la administración para actuar, y la línea de demarcación entre los poderes de las diferentes autoridades. Un estudio realizado en 1985 mostró que estaban en vigor alrededor de 50.000 disposiciones normativas referentes sólo a la relación interna entre las autoridades administrativas del nivel medio. Al mismo tiempo, la reglamentación, por ejemplo, en el derecho de bienestar social de los derechos y obligaciones del ciudadano individual eran, considerablemente, menos efectivas. La sobresaturación del derecho empresarial antes mencionado, ha provocado una situación en la que es bastante difícil para el empresario individual conseguir el ticket de suministros. Ha sido necesario, por una parte, tener mecanismos de control para vigilar el cumplimiento de las normas, y por otra, tener organizaciones consultivas para prevenir la violación de tales normas. Cuando se añade a esto la rápida expansión del sistema planificador, es fácil entender dónde, desde el punto de vista del orden jurídico, descansa el germen de la crisis en la llamada racionalidad del sujeto. En cualquier caso, está justifi-

cado hablar de una tendencia que crece con fuerza junto con la continúa expansión del número de normas.

La racionalidad de la norma está conectada con la legitimación del Derecho en la sociedad. El Derecho (o su elemento individual, una norma) puede conseguir legitimación de muy diferentes formas.

Es una cuestión de legitimación instrumental cuando se considera cómo ha conseguido su objetivo una norma. La racionalidad del Derecho, en el sentido utilizado por Max Weber, está específicamente conectada con esta relación entre fines y medios.

La legitimación basada en el interés significa que una disposición jurídica o una reglamentación especial está legitimada cuando satisface las expectativas de un grupo de interés de forma máxima. En los sistemas corporativos la legitimación, a menudo, está basada en compromisos entre los diferentes grupos de interés, compromisos que satisfacen mutuamente fines opuestos de una forma óptima. Sin embargo, la base de la legitimación también puede ser —y en la práctica sucede a menudo— la aceptabilidad del Derecho o de una norma. A este respecto, Niklas Luhmann (1983) ha enfatizado la significación de la confianza general en el sistema (*Legitimation durch Verfahren*). Una reglamentación normativa se acepta en virtud del proceso de aceptación que la produjo (por ejemplo el sistema legislativo parlamentario). La idea de Habermas de un papel central del mundo de la vida en la legitimación está conectado con la legitimación de otra forma, que Tuori también destaca en el simposium en el que ahora estamos. Habermas específicamente conecta la legitimación con la racionalidad comunicativa, en otras palabras, con el proceso de integración social, socialización y comunicación que constituyen la realidad cotidiana del hombre. Por medio de esto, el derecho y la moralidad también se constituyen en un estrecho contacto, uno con otro, lo que, a su vez, nos permite hablar de una base moral de legitimación.

En esencial, por tanto, que mantengamos la estrecha conexión entre los conceptos de legitimación y racionalidad. En el cuadro anterior esta conexión está representada por una flecha. A su vez, dado que la racionalidad puede entenderse de diferentes formas, la conexión entre legitimación y racionalidad también puede entenderse de diferentes formas, dependiendo de qué forma de racionalidad se trate (cf. Wroblewski, 1988). Creo que este aspecto no siempre ha sido suficientemente reconocido, dado que, a veces, las discusiones sobre legitimidad implican innecesarias yuxtaposiciones entre los conceptos que están basados en diferentes conceptos de racionalidad y de este modo no son compatibles (por ejemplo, la racionalidad sistemática frente a la racionalidad comunicativa) pero se pueden complementar uno a otro (racionalidad instrumental frente a racionalidad comunicativa). Uno de los significativos pasos adelante adoptados en este simposium, en mi opinión, ha sido la creciente claridad de análisis de tales relaciones conceptuales.

4. La racionalidad comunicativa fue una de las cuestiones clave aceptadas en el simposium. Esta forma de racionalidad se manifiesta en el llamado discurso práctico, en que el objeto puede ser, por ejemplo, la moral, el derecho o la vida económica. Consecuentemente, se puede hablar de discurso moral, discurso jurídico y discurso socio-económico. En el campo de la moral, el discurso puede centrarse sobre standards éticos o bien sobre problemas sustantivos de la moral. En referencia a la legitimación del derecho lo que es importante es la relación entre derecho y moral.

Esta relación puede afrontarse teóricamente por medio de una teoría descriptiva o prescriptiva. La primera describe y explica los puntos de vista morales, el último adopta una postura moral en relación a los problemas morales. La teoría prescriptiva proporciona criterios materiales para los puntos de vista morales y, a través de esto, también puntos de vista jurídicos. Muchas teorías del derecho natural moderno pueden mencionarse como típicos ejemplos de teorías materiales, como ha observado Garzón Valdés en la discusión de conclusiones del simposium, la teorías materiales pueden construirse sobre la base de la moralidad positiva o negativa; más aún, esto es posible en un grado mínimo o máximo. La clasificación cuádruple que emerge de esta manera es bastante ilustrativa y nos ayuda a situar, por ejemplo, las teorías del derecho natural en su propio contexto. Sin embargo, este aspecto no recibió ninguna atención adicional en el simposium.

También hay otra conexión, completamente diferente, entre el derecho y la moral. Esto aparece cuando examinamos el razonamiento jurídico. Se puede construir de esto último una teoría de dos niveles. En primer lugar, es posible preguntar cuál es la justificación última para el razonamiento jurídico. ¿Por qué es posible, en general, el razonamiento jurídico y qué legitima sus resultados?. Aleksander Peczenik tiene razón cuando habla, en este sentido, de la llamada justificación profunda del razonamiento jurídico. Esta noción implica los fundamentos filosóficos del razonamiento jurídico.

Sin embargo, estas fundamentaciones no pueden analizarse sin examinar cuáles son los elementos del razonamiento jurídico. Más sencillamente: ¿qué es el razonamiento jurídico? Necesitamos una reconstrucción racional del mismo. Este no es un problema de normas o definiciones que demostrarían lo que debería ser el razonamiento. El objetivo es explicar los elementos constitutivos del razonamiento jurídico, incluso si no siempre somos conscientes de estos elementos en nuestra actividad diaria. Actuamos, incluso aunque no sepamos con precisión cuál es la naturaleza última de nuestra acción. La reconstrucción racional del razonamiento jurídico puede dirigirse a cómo se descubre una decisión (por ejemplo, la interpretación de cierta disposición)(el contexto de descubrimiento) o bien, qué argumentos se presentan en nombre del resultado, en otras palabras, cómo está justificado (contexto de justificación). Esta distinción tiene una posición interesante en el análisis presentado por Klaus Günther, sobre todo en la for-

ma en que interpretó la teoría del discurso práctico desde el punto de vista del razonamiento jurídico. Por otra parte, Robert Alexy y Aleksander Peczenik, por ejemplo, se limitaron al problema de la justificación. Parecería que en la reciente discusión sobre la teoría del discurso, el énfasis último ha sido lo claramente predominante. El razonamiento jurídico se analiza un proceso de justificación y se busca demostrar qué tipo de proceso resulta en una decisión jurídica llamada aceptable o potencialmente aceptable (interpretación, decisión sobre una laguna jurídica o aplicación del Derecho). En muchas realciones, Jerzy Wroblewski (1988) ha enfatizado que la justificación jurídica está basada en tres diferentes tipos de premisas: a) normas jurídicas, b) directivas sobre la interpretación de las normas y c) valores y valoraciones que regulan el uso de las directivas. Cuando el derecho se aplica, los hechos del caso también están presentes, naturalmente.

Los valores y las valoraciones son parte integral del razonamiento jurídico, tanto en la interpretación y aplicación de las disposiciones jurídicas como en la consideración de los casos de lagunas en el derecho. Los valores están implicados, por ejemplo, en las formas siguientes: a) El orden de prioridad entre las diversas fuentes del Derecho se determina sobre la base de juicios de valor; b) las decisiones sobre la base de la analogía y similares cadenas de razonamiento implican, por definición, elecciones basadas en valores; c) el fin del razonamiento siempre exige una elección entre diversas consecuencias sobre la base de un cierto código de preferencia; d) finalmente, los valores pueden estar "directamente" implicados. Por ejemplo, este es el caso cuando se busca justificar el concepto de lo que se llama "bases sociales para un aborto" en un sistema que reconoce tales bases. En tal razonamiento, se sopesan, por ejemplo, los siguientes puntos de vista uno frente a otro: los principios generales que se refieren al valor de la vida humana, el bienestar social del niño y de su madre, y la consideración de los valores intrínsecos de la madre como ser humano. Todo esto muestra que el razonamiento jurídico y los valores están inevitablemente vinculados uno a otro. Parte de los valores son valores morales, y esto establece la conexión entre el derecho y la moral.

Esta conexión es relevante cuando el derecho se redacta y se promulga (la norma se formula en sociedad), cuando el derecho se aplica en la práctica (la actividad del tribunal y la aplicación administrativa del derecho) y cuando las disposiciones jurídicas son interpretadas (dogmática jurídica, es decir, la ciencia jurídica tomada como una investigación interpretativa).

En tal sentido, en este simposium están entrelazadas dos líneas clave de pensamiento de forma estimulante. Inspiradas por ideas de Habermas, Kaarlo Tuori llamó nuestra atención por la legitimidad del derecho en general y por su racionalidad normativa en especial. Su presentación suscita las dimensiones sociales del derecho así como las temáticas de la aceptabilidad general del derecho como cuestiones importantes. El problema es:

¿cuándo y en qué condiciones está legitimado el derecho?. Si, a su vez, nuestro interés se centra en el proceso de decisión judicial y, específicamente, en su justificación, la perspectiva se vuelve más restringida (¿está justificada una decisión o la interpretación de una norma?), pero incluso así, el tema principal es el mismo. Aunque nuestra práctica más común es hablar, específicamente, de justificación, lo que está realmente en cuestión es la legitimidad de la decisión o de la interpretación. De esta manera, dos tendencias, una que empieza con los problemas generales de legitimación y la otra que enfatiza el proceso de decisión, se encuentra una a otra. Mi opinión es que ninguna tendencia por sí sola puede aportar suficiente luz al problema de la legitimación del Derecho. Lo que necesitamos es exactamente lo que buscaba el simposium "La legitimación del Derecho": algo que trascienda los esbozos tradicionales y que sitúe los problemas en contextos que indiquen nuevos tópicos. Es en esta dirección que se pueden prever muchos de los grandes desafíos de la teoría jurídica en el futuro: una valoración a fondo de la relaciones entre el derecho y la moral, un análisis de la relación entre las dinámicas del derecho y la sociedad, y las relaciones conceptuales, genéticas, empíricas y estructurales entre el derecho, la legitimación y la democracia.