



El Derecho.

EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS: LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD.

Jueves 24 de mayo de 2018, por filosofem

Sumario

- 1. Definición de 'derecho'
- 2. Funciones del derecho
- 3. Teorías sobre el derecho
 - 3.1 Iusnaturalismo jurídico
 - 3.1.1 Iusnaturalismo teológico
 - 3.1.2 Iusnaturalismo racionalista
 - 3.1.3 Iusnaturalismo marxista
 - 3.2 Positivismo jurídico
- 4. Legitimidad de los sistemas jurídico-políticos
 - 4.1 Estrategias legitimadoras de los sistemas jurídico-políticos
 - 4.1.1 Justicia
 - 3.1.2 El contrato social
 - 3.1.3 La democracia o el principio de decisión por mayoría
 - 3.1.4 Los derechos humanos

1. Definición de 'derecho'

Podemos definir el derecho como el conjunto estructurado de las normas jurídicas que regulan el comportamiento de los miembros de una comunidad, respaldado por el poder coactivo del Estado.

Pero tengamos en cuenta que:

- la obediencia al derecho no sólo se debe a la fuerza coactiva del Estado que lo respalda, sino también al consenso. En efecto, la mayoría de la ciudadanía acepta la mayor parte de las normas jurídicas de forma espontánea;
- el consenso viene dado por la ideología: en la medida en que el derecho refleja ideologías socialmente vigentes no necesita recurrir siempre a la coacción para hacer cumplir el contenido de sus normas; además, en tanto que lo jurídico aparece socialmente como algo que asegura el orden, la paz, la justicia, el derecho es también una instancia segregadora de ideología.



2. Funciones del derecho

Las funciones que cumple (o debe cumplir) el derecho en un Estado son:

- **Control** sobre las conductas particulares y sobre las actuaciones del Estado.
- **Protección de los derechos y libertades.** Esta función varía según la concepción de Estado que se defienda:
 - En la concepción liberal del Estado ("Estado mínimo"), el derecho se limita a la defensa de los derechos humanos y de las libertades públicas (por ello, esta función se identifica con la de control).
 - En la concepción social del Estado ("Estado de bienestar", que reconoce derechos económicos y sociales), esta función no sólo consiste en la defensa de los derechos y las libertades sino que, además, el derecho ha de intervenir activamente en la promoción de determinadas conductas solidarias y regular la redistribución de los recursos económicos y de las oportunidades sociales entre toda la ciudadanía de tal manera que garantice su "bienestar".
- **Cambio social.** El derecho es un instrumento propicio para que el Estado promueva la transformación de la sociedad, dado que lo legal suele ser asimilado como sinónimo de orden, paz y justicia.



3. Teorías sobre el derecho

Hasta el siglo XVIII, la reflexión filosófica estableció una conexión esencial entre los conceptos "derecho" y "justicia". El derecho era definido como un conjunto de normas cuyo contenido es justo (o ético). Es decir, se hacía coincidir el derecho que es con el derecho que debería ser. De este modo, se justificaba la obligatoriedad de obedecerlo y se negaba cualquier posibilidad de crítica moral a las leyes. Esta concepción del derecho se denomina **iusnaturalismo jurídico**. Pero, a partir del siglo XVIII, el pensamiento moderno comenzó a desarrollar la idea de que el derecho que es o ha sido no suele coincidir con el derecho que debería ser o que debiera haber sido. La separación entre el derecho y la justicia (ética) supone, por un lado disponer de un instrumento (la ética) para criticar las normas jurídicas y, por otro, la necesidad de redefinir el concepto "derecho" y fundamentar la "obligatoriedad" inherente y privativa de las normas jurídicas sin apelar a la ética. Esta nueva corriente de pensamiento se denomina **positivismo jurídico**.

3.1 Iusnaturalismo jurídico

El iusnaturalismo sostiene las siguientes tesis:

- Existen unos principios éticos universales e inmutables que son cognoscibles por la razón: el derecho natural.
 - Un sistema normativo no puede ser calificado de "jurídico" si contradice dichos principios.
- El derecho natural se erige en el "deber ser" (lo ético) que constituye la guía para elaborar normas jurídicas (leyes positivas).

Ahora bien, las diferentes teorías iusnaturalistas discrepan acerca del origen o fundamento de los principios éticos que conforman el llamado "derecho natural" y acerca de cuáles son tales principios. Veamos algunas de estas diferencias.

3.1.1 Iusnaturalismo teológico

El origen y fundamento de los principios éticos del derecho natural se halla en la esencia divina.

El contenido del derecho positivo ha de derivarse del derecho natural. Por tanto, su obligatoriedad reside en la concordancia de sus preceptos con los principios de derecho natural.

La función del derecho positivo es hacer efectivos los mandatos del derecho natural mediante la coacción.

Representantes: **Tomás de Aquino** (1225-1274) y el jesuita Viktor Cathrein (1845-1931).

3.1.2 Iusnaturalismo racionalista

El origen y fundamento de los principios éticos del derecho natural se halla en la razón humana. Su contenido no deriva de los mandatos de dios sino de la naturaleza o estructura de la razón. El derecho natural deja de ser heterónomo y pasa a ser autónomo.

El contenido del derecho positivo ha de derivarse del derecho natural. Por tanto, su obligatoriedad reside en la concordancia de sus preceptos con los principios de derecho natural.

La función del derecho positivo es hacer efectivos los mandatos del derecho natural mediante la coacción.

La filosofía que subyace a este tipo de iusnaturalismo es la de las teorías contractualistas que ya hemos tratado anteriormente, cuyos presupuestos son:

- Existe una ley natural (previa a la formación de la sociedad) que la razón puede descubrir.
- Esta ley confiere a cada individuo en el estado de naturaleza unos derechos imprescriptibles: los derechos naturales.
 - El origen del Estado es un pacto, un contrato, por razón del cual los gobiernos están obligados a respetar los derechos naturales. Se exige la positivación del derecho natural.

Representantes, entre otros: Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), Jean Jacques Rousseau (1712-1778), Immanuel Kant (1724-1804), John Rawls (1921-2002) y Habermas (n. 1929).

3.1.3 Iusnaturalismo marxista

Ernst Bloch (1885-1977) reivindica el derecho natural como expresión de la rebeldía humana frente a todas las formas de brutalidad opresora del derecho positivo. Para Bloch, lo importante en el derecho natural no son los contenidos que le hayan sido atribuidos históricamente, sino la intención subyacente. Y esa intención es defender la dignidad humana. Lo inmutable en el derecho natural ha sido, pues, ese postulado de dignidad. A la hora de ilustrar más en concreto en qué consisten las exigencias del derecho natural, Bloch acude al lema triple de la Revolución Francesa: libertad, igualdad, fraternidad. Lema proclamado, aunque no cumplido, por la burguesía. Se trata de cumplirlo y hacerlo realidad, lo cual sólo se conseguirá a través de una lucha histórica que convierta en derechos positivamente adquiridos los postulados del derecho natural.

3.2 Positivismos jurídicos

El positivismo jurídico es una aplicación de la filosofía neopositivista o positivismo lógico a la teoría del derecho. Por tanto, niega la existencia de toda realidad inobservable, toma al derecho en su condición de hecho, en su positividad, y se asigna como tarea el estudio científico del derecho.

Sus principios inspiradores son:

- «es justo porque está mandado»: se unen derecho y legitimidad; y
- «la ley la hace la autoridad, no la verdad»: el derecho es lo impuesto por la autoridad legítima y no lo derivado del derecho natural.

La cuestión que se propone resolver el positivismo jurídico es la de fundamentar la legitimidad del derecho en el derecho positivo, sin acudir a instancias externas a él tales como el derecho natural, lo que supone separar los ámbitos del derecho y la moral.

En general, el positivismo jurídico sostiene las siguientes afirmaciones:

- El derecho es, simplemente, el(los) derecho(s) positivo(s), entendiendo por tal los ordenamientos jurídicos vigentes en cuanto fenómenos sociales y variables históricamente.
- Calificar algo como derecho es independiente de su posible justicia o injusticia.

Representante del positivismo jurídico es **Hans Kelsen** (1881-1973) quien, en su libro *Teoría pura del derecho* (1960), afirma que intenta dar respuesta a la pregunta qué es el derecho y cómo es, pero no a la pregunta cómo debe ser el derecho. El derecho es, para él, un universo de normas válidas interrelacionadas que organizan la aplicación de actos coactivos a determinadas conductas humanas, cuya validez es independiente de su correspondencia o falta de correspondencia con cierto sistema ético.

Para Kelsen, una **norma jurídica** sólo existe si es válida, y es válida cuando ha sido creada de conformidad con un procedimiento previsto por otra u otras normas jurídicas válidas. Estas serían a su vez válidas por la misma razón: una norma superior les habría conferido su validez. Y así sucesivamente, ascendiendo por una estructura normativa de forma piramidal, hasta llegar a una primera norma o Constitución que sería el depósito de validez jurídica de toda la pirámide normativa. Pero ¿por qué es válida esa Constitución? Kelsen afirma que hemos de suponer que por encima de esa norma se da una *Norma Hipotética Fundamental*, que es válida y condición de posibilidad de la validez de todo sistema jurídico. La formulación que nos ofrece de esa norma fundamental es la siguiente: «se debe obedecer la Constitución». Además afirma

que la expresión empírica de esa norma fundamental es el acatamiento generalizado del sistema jurídico. Cuando un orden jurídico ve a sus normas efectivamente obedecidas y aplicadas, entonces es un orden jurídico válido.

Kelsen trata de decirnos que para considerar a las normas jurídicas como normas válidas (es decir, normas dotadas de fuerza vinculante, que obligan por sí mismas) debemos presuponer que son válidas. Y esto es una petición de principios. En realidad, la teoría kelseniana, que constituye una presentación descriptiva acabada de lo que es un orden jurídico, no es capaz de dar cuenta de la fuerza vinculante que tienen las normas jurídicas.

El corolario último que se desprende de la separación conceptual entre derecho y moral, es precisamente que las normas jurídicas, simplemente por su condición de jurídicas, no son obligatorias, que el derecho en cuanto tal no implica la obligación de obediencia. Seguramente será más cómodo, más prudente, más conveniente, etc., obedecer sus normas, pero no deben ser obedecidas simplemente porque sean jurídicas. La obligatoriedad del derecho se produce cuando sus normas, además de su mera condición de jurídicas, cumplen algunos otros requisitos de carácter ético. Esto es lo que no ha sabido ver con claridad el positivismo jurídico.

4. Legitimidad de los sistemas jurídico-políticos

Desde el positivismo jurídico se afirma que el derecho no tiene conexiones conceptuales necesarias con la ética. Esto quiere decir que una ley puede tener un contenido inmoral o desencadenar una serie de consecuencias inmorales y seguir siendo una ley. Ahora veremos qué papel desempeña la ética en el problema de la legitimación del derecho.

Sobre la noción de legitimidad conviene hacer una distinción. Usando la dicotomía “hecho/valor”, llamaremos a las cuestiones de hechos relativas a nuestro problema, “cuestiones de legitimación”, y a las cuestiones de valor, “cuestiones de legitimidad”.

Legitimación: Puede decirse de un sistema jurídico o de una institución que disfruta de legitimación cuando sus normas y principios son generalmente cumplidos y aceptados por la ciudadanía en función del mundo de creencias compartido por la sociedad. Pero que un sistema jurídico o una institución sea aceptada no significa que sus imperativos estén éticamente justificados. La cuestión que nos ocupa no es una cuestión de hechos, sino una cuestión de valores, es decir, de legitimidad.

Legitimidad es un término que hace referencia a un conjunto de valores, procedimientos, exigencias y principios que tratan de operar como criterios de justificación de normas, instituciones, acciones, etc. Si estas normas o instituciones satisfacen esos criterios, entonces se dice que son legítimas. Así pues, un sistema jurídico-político tiene legitimidad o es legítimo cuando sus normas están dotadas de una cierta justificación ética aceptable.

4.1 Estrategias legitimadoras de los sistemas jurídico-políticos.

4.1.1 Justicia

La “justicia” ha sido el concepto prototipo utilizado para legitimar los sistemas jurídico-políticos. Parece necesario apelar al concepto de “justicia”, o a cualquier otro equivalente, si se quiere evitar el ciego autoritarismo de una positividad irrefutable de la ley. Esta noción crea una dimensión en la que las órdenes pueden ser desobedecidas y en la que la ley puede aparecer como ilegítima. La idea de justicia indica relación con el sentir moral de una colectividad. Y, además, es el valor jurídico por antonomasia. Pero, **¿qué es la justicia?** Para resolver esta cuestión hemos de establecer algunas distinciones conceptuales.

En primer lugar, cabe mencionar las diferencias establecidas por Chaïm Perelman entre justicia del acto, justicia de la regla y justicia del agente:

- **Justicia del acto:** Un acto jurídico es justo cuando resulta de la aplicación correcta de una norma. Tenemos aquí el concepto formal de justicia. Esta noción no excluye la injusticia (ética), puesto que se pueden aplicar “justamente” (es decir, correctamente) normas jurídicas injustas. La noción formal de justicia deja sin resolver la cuestión de cuándo un derecho es éticamente justo.
- **Justicia de la regla:** Respecto a cuando una norma jurídica (su contenido) es justa no parece posible llegar a un consenso, pues depende de la teoría ética que se adopte.
- **Justicia del agente:** Una regla o acto son justos porque derivan o han sido realizados por un agente justo. Esta idea permite resolver la cuestión sobre cuándo un derecho es justo. Y ésta ha sido la vía seguida a lo largo de la historia. Ejemplos de ello son: el “imperativo categórico” de Kant o la “posición originaria” de Rawls.



Ahora bien, en la tarea de evaluar los sistemas jurídico-políticos no hacemos intervenir únicamente el concepto de ‘justicia’, sino también otras ideas o valores como la ‘**igualdad**’, la ‘**felicidad**’, la ‘**imparcialidad**’, la ‘**libertad**’ o la ‘**seguridad**’. Estas nociones también forman parte del concepto de justicia. Veamos la noción de justicia como igualdad.

La idea de justicia, en el marco de la cultura occidental, ha ido casi siempre unida a la de igualdad, si bien ésta no siempre ha sido entendida de la misma manera. Aristóteles diferenció entre justicia distributiva y justicia conmutativa, basándose en

dos acepciones distintas de igualdad: igualdad proporcional e igualdad aritmética.

- La **justicia distributiva** es la que regula las relaciones entre los seres humanos como miembros de una comunidad política en la distribución de bienes sociales (honorarios, dinero...), atendiendo a un criterio de igualdad proporcional según el "mérito": quien tiene más «mérito» (el libre frente al esclavo) debe recibir más. Esta noción de igualdad perpetúa las desigualdades sociales de los individuos.
- La **justicia conmutativa** es la que regula las relaciones contractuales entre los seres humanos como personas privadas. Aquí la igualdad se entiende como proporción aritmética: se trata de igual modo a quien comete la injusticia y a quien la sufre.

Pero la noción de igualdad así como la de libertad, en el sentido que hoy las entendemos, provienen del Renacimiento, período que supuso la desaparición de la sociedad estamental medieval y la aparición de la burguesía y del modo de producción capitalista. Esta nueva situación exige la igualdad y la libertad, aunque sólo sea en un plano formal y abstracto, para el funcionamiento del mercado. A partir de entonces, todos los hombres son libres (ya no hay esclavos ni siervos) e iguales ante la ley y poseen los mismos derechos. Mas para entender el concepto de igualdad, es conveniente distinguir entre igualdad de características e igualdad de trato.

La **igualdad de características** es un concepto relativo, depende de las características en qué basemos la comparación. Por ejemplo, el enunciado «todas las personas son iguales» carecería de sentido si la referencia a la igualdad se interpretara de manera absoluta, pues siempre habrá alguna característica en la que dos personas difieran entre sí; mientras que interpretado de manera relativa, lo que expresa el enunciado es que las características comunes de las personas son más importantes que las divergentes. Se trata, pues, de una noción descriptiva.

En cuanto a la **igualdad de trato**, es una noción prescriptiva: afirmar que A y B deben recibir el mismo trato no es lo mismo que afirmar que A y B son iguales en determinadas características. Pero esto no significa que no haya ninguna conexión entre igualdad de trato e igualdad de características, pues la afirmación de que las personas deben ser tratadas de manera igual suele basarse en la idea de que las personas son iguales respecto a determinadas características consideradas esenciales.

La definición de justicia de Chaïm Perelman (1912-1984) trata de unir estos dos conceptos. Según Perelman, desde el punto de vista formal, la justicia consiste en "tratar igual a los seres pertenecientes a la misma categoría". Pero esta regla formal de justicia debe ir acompañada de algún criterio material (de una regla material de justicia) que permita establecer cuáles son las características de las que depende que dos o más seres sean considerados iguales. En su opinión se pueden distinguir seis reglas materiales de justicia:

- A cada uno lo mismo.
- A cada uno según lo atribuido por ley.
 - A cada uno según su rango.
- A cada uno según sus méritos o capacidad.
 - A cada uno según su trabajo.
 - A cada uno según sus necesidades.

En realidad, ninguno de estas reglas materiales de justicia parece ser enteramente satisfactoria, si bien no son inútiles. De hecho, cuando valoramos un orden jurídico o social solemos acudir a todas o a casi todas ellas, otorgando a cada una un mayor o menor peso según la ideología que tengamos.

3.1.2 El contrato social

Las teorías del contrato social pretenden legitimar los sistemas jurídico-políticos apelando al «orden», la «seguridad», la «paz», la «certeza» que proporcionan en las relaciones interpersonales.

La debilidad fundamental de este argumento proviene de que el "orden" (en el sentido de no-violencia) es un valor puramente formal o, en todo caso, un valor instrumental, es decir, un valor que tiende a garantizar la pervivencia de un cierto estado de cosas, pero no se pronuncia sobre su posible bondad. El hecho de que en una comunidad humana las relaciones interindividuales se desarrollen en términos de paz exterior no quiere decir que esas relaciones sean adecuadas en términos morales o inspiradas en criterios de justicia. Un sistema jurídico-político no se legitima necesariamente por su capacidad para asegurar el "orden", sino que, en todo caso, se legitimaría como algo dotado de un valor instrumental respecto de otros valores éticos a los que se pudiera llegar por medio del «orden».

3.1.3 La democracia o el principio de decisión por mayoría

Otra estrategia teórica utilizada para dar cuenta de la legitimidad de los sistemas jurídico-políticos ha sido la apelación a la democracia, y más en particular, la apelación al principio de decisión por mayoría.

En términos generales esta posición viene a decirnos que el sistema jurídico-político está legitimado cuando sus normas son el producto de una decisión mayoritaria. El inconveniente que presenta esta posición es que está mal fundamentada. Veamos porqué. Una decisión individual es correcta o está justificada no en cuanto que es una decisión, sino en cuanto que está fundada en razones de un cierto tipo (que pueden ser morales, prudenciales, técnicas, etc.). Una decisión colectiva no es más que una decisión tomada simultáneamente por un grupo de personas. Pero si una decisión individual no se justifica

por ser una "decisión", por qué habría de hacerlo un agregado de decisiones individuales. Las mayorías también se equivocan, por tanto no está muy claro por qué hay que considerar sus decisiones como legítimas.

Sin embargo, pueden desarrollarse otras vías de argumentación para defender el procedimiento de decisión por mayoría porque aunque no garantice que el sistema jurídico-político de él emanado sea un sistema legítimo, la utilización del mismo parece, en principio, más adecuada que la de cualquier otro. Estas vías son:

- **La apelación a la soberanía popular.** El argumento es el siguiente: si la ciudadanía decide qué normas jurídicas quiere, entonces se las autoimpone, se obliga a sí misma respecto de ellas, con lo que el procedimiento de elección soberana salva uno de los rasgos básicos del discurso moral: la autonomía individual. En este sentido la decisión por mayoría es, como procedimiento, una salvaguarda de un principio ético fundamental. Pero la principal dificultad de este argumento es que tiende a exigir la unanimidad en las decisiones, ya que las normas jurídicas se aplican a toda la ciudadanía (tanto a quienes las han votado como a quienes se han opuesto a ellas). Si la justificación de la decisión mayoritaria es la protección de la autonomía personal, entonces hay que admitir que quienes no participen en el proceso, o quienes hayan votado en contra, no han de verse obligados/as por él, ya que no se han "autoobligado"; pero las normas les son aplicables igualmente.
- **El reconocimiento de la igualdad moral de los seres humanos.** Cualquier norma o institución que actúe reconociendo esa igualdad originaria, estará inicialmente dotada de una dimensión ética. Y cuando se trata de una institución cuya función es articular una decisión colectiva sobre qué normas jurídicas o qué poder político-jurídico serán implantados en una comunidad, la única institución que considera a todos los miembros como iguales es el procedimiento de decisión colectiva por mayoría simple, porque se trata de un procedimiento que atribuye igual valor a la decisión de cada uno de ellos.

Como vemos, se ha ido imponiendo la idea de que un sistema jurídico-político democrático es legítimo. Ahora bien, no debemos olvidar que el procedimiento democrático no es suficiente por sí mismo para fundamentar la legitimidad de un sistema jurídico-político, pues la justicia del procedimiento democrático no garantiza necesariamente la justicia de las normas emanadas de él. Una norma jurídica justa no pierde su fuerza moral por haber sido dictada mediante un procedimiento no democrático; igualmente, una norma jurídica injusta no gana fuerza moral por haber sido emanada de un órgano perfectamente representativo. Esto nos lleva a concluir que tenemos que buscar la legitimidad del derecho fuera del proceso democrático, por ejemplo, en los derechos humanos.

3.1.4 Los derechos humanos

Esta estrategia teórica diseñada para legitimar los sistemas jurídico-políticos consiste en apelar a ciertos derechos básicos de las personas. Si el sistema jurídico-político reconoce, protege y realiza efectivamente tales derechos, entonces será legítimo. Estos derechos no sólo son concebidos como algo anterior al sistema jurídico-político, sino como algo que no está sujeto al juego de las mayorías. Es decir, si una persona tiene un derecho moral básico, ese derecho debe ser respetado incluso aunque la mayoría absoluta de la comunidad decida vulnerarlo.

Como hemos visto, el procedimiento democrático tenía que recurrir, para legitimarse a sí mismo, al reconocimiento de exigencias morales de igualdad y autonomía (libertad). Y son estas exigencias, articuladas y expresadas como derechos, las que constituyen el núcleo que justifica esos catálogos de derechos fundamentales que conocemos con el nombre de derechos humanos. Además también suministran legitimidad a los sistemas jurídico-políticos que los reconocieran y respetaran. Es este criterio de legitimidad, que no es incompatible con los anteriores, el que parece estar imponiéndose actualmente.

Carlos Nino (1943-1993) ha sugerido una fundamentación individualista, de inspiración kantiana y liberal progresista, de los derechos humanos. Para él, el fundamento de los derechos humanos se puede hallar en:

- El principio de la inviolabilidad de la persona: prohíbe imponer cargas a ciertos individuos salvo que éstos den su consentimiento y que aquéllas redunden en el beneficio de la mayoría de la población.
- El principio de la autonomía de la persona: el Estado debe permanecer neutral ante los planes de vida individuales; debe facilitar la consecución de dichos planes e impedir la interferencia mutua.
- El principio de la dignidad de la persona: debemos juzgar y tratar a las personas por sus acciones voluntarias y no por otras circunstancias tales como su raza, su sexo, sus creencias, etc.

Frente a esta fundamentación individualista Manuel Atienza (n. 1951) propone otra inspirada en la tradición socialista y marxista. Sus principios básicos serían los siguientes:

- El principio de las necesidades básicas: todas las personas tienen ciertas necesidades elementales que gozan de prioridad frente a las necesidades no-básicas de otras personas.
 - El principio de la cooperación: el desarrollo máximo y deseable de la persona exige una cooperación activa por parte de las demás.
 - El principio de solidaridad: cualquier persona sólo tiene derecho a un grado de desarrollo y goce de bienes que no imposibilite a las demás alcanzar un grado de desarrollo equivalente.
-

P.-S.

Biografía

- * Atienza, M. (1985) Introducción al derecho. Barcanova. Barcelona.
- * Laporta, Francisco J. "Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo"; en Historia de la Ética, Victoria Camps, Ed.(1989); vol. 3; editorial Crítica; Barcelona, 1989; págs. 221-295.
- * Nino, C. S.(1983) Introducción al Análisis del derecho. Ariel derecho. Barcelona.