

LEGITIMIDAD, RACIONALIZACIÓN, EFICACIA Y CONSENSO

(Acerca de los conceptos básicos de las teorías
del Estado y del Derecho)

EDUARDO ÁNGEL RUSSO*

I. LEGITIMIDAD Y RACIONALIZACIÓN

1. Principio de legitimidad y discurso de legitimación

La antigua cuestión de la legitimidad vuelve a aparecer sobre la mesa de debate, al influjo de esa especie de revisionismo que se encubre bajo el nombre de "posmodernidad". Bien que se mire, la posmodernidad no es, como pretenden los defensores de una modernidad dogmática, ni un "todo vale", ni un retorno neoconservador a categorías metafísicas, sino un "nada vale" en su pretensión de absoluto indiscutible o, mejor aún, si de formular *slogans* se trata, un "todo es revisable".

Esta cuestión reintroducida en el espacio de discusión no es —conviene resaltarlo desde el inicio— una categoría *axiológica* sino *lógica*; es decir, que no pertenece al dominio de los juicios de valor sino al de los razonamientos o inferencias. Legitimar es, sintéticamente, "dar razón", fundamentar, probar un aserto, sostener, sustentar una proposición de otra previa o superior.

* Profesor Titular de Derecho (UBA).

Los requisitos formales mínimos de un razonamiento pueden sintetizarse en las siguientes exigencias:

1. La existencia de más de una proposición;
2. La existencia de un número finito de proposiciones;
3. La independencia de la primera proposición fundante;
4. La aceptación de algún mecanismo de derivación que permita pasar de una proposición superior o fundante a una inferior o fundada.

La exigencia cuarta presenta una importante gama de posibilidades, desde los mecanismos formales determinados por reglas rígidas y precisas, *a priori*, como la lógica formal, las matemáticas, o en juegos como el ajedrez, hasta el pragmatismo de las reglas implícitas, flexibles y consensuadas, como en las cadenas argumentales de la discusión y del discurso cotidiano. Pero no es éste el punto (en definitiva, las diferencias entre Lógica y Retórica, el límite entre argumento válido y falaz) que nos interesa elucidar aquí.

Las tres primeras exigencias requieren sí de una reflexión adicional. Si existiese una y solo una proposición, la legitimación no sería racional sino extra-lógica. Proveniría, si es que existe, de un acto de fe respecto del propio enunciado (verosimilitud), o respecto de quien lo enuncia (autoridad)¹. Si bien en ambos casos pudiera reconstruirse una línea argumental implícita (a partir de premisas tales como "si suele ocurrir que... entonces es verosímil que ocurra..." o "si alguien es autoridad en alguna materia sus dictámenes deben ser aceptados") se trataría de una racionalización *a posteriori*, cuando lo cierto es que algunos enunciados pueden lograr una adhesión inmediata.

El número de proposiciones que integra la cadena debe ser finito para evitar la paradoja del "regreso al infinito", esto es, que a cada última proposición (en sentido ascendente) correspondiera otra superior fundante, y así sucesivamente sin terminar jamás. Como la existencia de un último principio fundante es requisito necesario para valorar de alguna manera al

¹ "La verosimilitud es la relación existente entre un enunciado, un sujeto y un grupo de enunciados cuya verdad es aceptada por el sujeto en cuestión, en la que el sujeto se encuentra en una actitud de creencia en la verdad o probabilidad del enunciado", E. A. Russo y C. O. Lerner, *Lógicas de la Persuasión*, Coop. de Derecho, Buenos Aires, 1973, pág. 46.

sistema, esa movilidad permanente e inacabada de los fundamentos lo tornaría incomprensible, por no decir inexistente.

Por último, si tenemos más de una proposición y la cadena es finita, se pide que la primera proposición fundante no dependa de las sucesivas proposiciones fundadas, para evitar la paradoja "de la autorreferencia o circularidad" (si "A" legitima a "B" y "B" legitima a "A" en definitiva no existe legitimación).

Reunidas estas condiciones mínimas podremos sostener que estamos en presencia de un razonamiento o inferencia, al menos en un sentido laxo, y que aquella primera proposición fundante constituye el *principio de legitimidad* de la cadena argumentativa o del sistema de que se trate. Los axiomas de la geometría euclídea, el principio de uniformidad de la naturaleza en las ciencias naturales, el contrato social en la teoría del estado moderno, el imperativo categórico en la moral kantiana, la norma fundamental kelseniana, son ejemplos de principio de legitimidad.

Ahora bien, y por encima de ese primer principio fundante ¿qué?

No podríamos seguir agregando premisas sin violar la exigencia segunda. Podría ser que más allá de aquél sólo quedase el silencio: el principio sería algo así como una oferta, una propuesta incondicionada frente a la cual el "comprador" está en libertad de aceptarla o rechazarla. Los motivos para que adopte una u otra respuesta o bien son de orden psicológico o bien no existen.

Pero cuando la cadena argumentativa o el sistema realmente importan, aquel silencio es cubierto por un discurso dirigido a la aceptación del principio por parte de un receptor real o imaginario. Distinguiremos, entonces, este *discurso de legitimación* persuasivo de aquel *principio de legitimidad*, comienzo de una cadena demostrativa. Ello, en cuanto entendamos por "discurso" la utilización concreta y real de un lenguaje, un acto pragmático del "habla" (oral o escrita), un hecho social de comunicación entre interlocutores.

La aceptación de un discurso no garantiza su verdad o validez, así como su rechazo no determinará su falsedad o invalidez, ya que estas últimas son categorizaciones sistémicas. Que muchas personas compartan una superstición no la

convierte en algo objetivamente válido, así como tampoco la ignorancia generalizada acerca de los últimos descubrimientos científicos servirá como argumento descalificador de los mismos².

La noción de "discurso" viene utilizada aquí en su sentido semiológico, y no en su sentido filosófico (universo del discurso) o lógico (discurso lógico formal). El discurso importa un conjunto de enunciados "relativamente estables", lo que quiere decir que, aunque carezcan de un sentido unívoco, preciso y permanente, conservan, al menos a lo largo del discurso y en relación a cierto contexto, algún sentido determinable e idéntico a sí mismo. Los géneros discursivos presentan una gran heterogeneidad, puesto que van desde los géneros literarios y las exposiciones científicas hasta la conversación cotidiana, pasando por las jergas profesionales, las relaciones con oficios y especialidades, la correspondencia epistolar, etc.³

El filósofo Jürgen Habermas fue quien desarrolló en este siglo la idea de "racionalidad comunicativa", entendiendo por ésta al discurso intersubjetivo con pretensiones de validez o verdad, vale decir, de una legitimidad basada en el consenso que se obtiene a partir de razones. Aunque el análisis pretende ser pragmático, se trata de una construcción ideal donde los interlocutores son bien intencionados, sinceros, iguales en grado (sin relación jerárquica que obligue al inferior a aceptar las razones del superior) y en las circunstancias (el "mundo de la vida"). Como se señala, "Habermas admite que ese no es el estado normal del intercambio lingüístico, que suele situarse en las zonas intermedias entre un consenso

² W. H. Newton-Smith reconoce que el término "racional" es multifacético, ya que se aplica tanto a razonamientos reglados cuanto a acciones y creencias. En estos últimos casos habla de "explicaciones racionales mínimas" (dar razón de lo que se hace o se piensa). "En una explicación racional mínima de una acción el éxito de la explicación (A cree o hizo x porque...) no depende de la verdad o falsedad, la razonabilidad o la falta de razonabilidad de las creencias explícitas". *La Racionalidad de la Ciencia*, Paidós, Barcelona, 1987, pág. 262.

³ Bakhtin, Mijail, *La Cultura Popular en la Edad Media y en el Renacimiento. El contexto de François Rabelais*, Alianza - Universidad, Madrid, 1990.

⁴ Pérez, Alicia, *Políticas del Lenguaje*, Ariel, Buenos Aires, 1995, págs. 81 y sigs.

preexistente y el malentendido, la no-veracidad intencional o involuntaria, etc. Además, no toda acción lingüísticamente medida está dirigida al entendimiento: así, el ejemplo instrumental del habla en el contexto de acción estratégica y orientada al éxito en influir las decisiones del otro⁷⁵.

Precisamente, es en el lenguaje político y en el jurídico (junto al del mundo de los negocios) donde más se pueden encontrar ejemplos de discursos estratégicos, tal como veremos en el punto siguiente.

En el mismo sentido, Lyotard señala que "no parece posible, ni siquiera prudente, orientar, como lo hace Habermas, la elaboración del problema de la legitimación en el sentido de la búsqueda de un consenso universal", ya que ello supone dos cosas: "la primera, que todos los locutores puedan ponerse de acuerdo acerca de las reglas o de las metaprescripciones universalmente válidas para todos los juegos del lenguaje, mientras que es claro que éstos son heteromorfos y proceden de reglas pragmáticas heterogéneas. La segunda suposición es que la finalidad del diálogo es el consenso. Pero hemos mostrado, al analizar la pragmática científica, que el consenso no es más que un estado de las discusiones y no su fin"⁷⁶.

2. Legitimidad y justificación

El discurso de legitimación guarda similitud con el de justificación, en el sentido de que ambos son extra-lógicos y encierran o suponen juicios de valor. Pero podríamos señalar una diferencia diciendo que, mientras el discurso de legitimación es anterior al principio de legitimidad que ampara, el de justificación, al menos en el uso habitual del vocablo, resulta *a posteriori* respecto del sistema o cadena argumental en relación al cual se ejerce. El discurso de justificación aparece cuando se quiebra la cadena de validez en algún punto situado entre el principio de legitimidad y la conclusión que es dable esperar de acuerdo al procedimiento reseñado en el punto 1 de este trabajo.

⁷⁵ Pérez, Alicia, *op. cit.*, pág. 103.

⁷⁶ Lyotard, Jean-François, *La Condición Postmoderna*, Reil, Buenos Aires, 1991, pág. 117.

En otras palabras la justificación se encamina a tornar admisible la excepción o la violación de una regla. Nadie se justifica por hacer lo que le era debido o lo que se esperaba que hiciese sino sólo cuando no lo hace.

Algunos sistemas flexibles como la gramática, la semiótica, o el derecho, incluyen la autorización de la excepción dentro del propio cuerpo lógico, como los regionalismos y los sentidos figurados, en los dos primeros casos y las figuras tales como las causales de justificación en materia penal, y el abuso del derecho, la imprevisión, el caso fortuito y la fuerza mayor, en materia civil⁷. La incorporación de los llamados "decretos de necesidad y urgencia" en la reforma constitucional argentina de 1994 cumple la misma función. En tales casos desaparece la necesidad del discurso de justificación, dado que la excepción es una regla más del sistema.

Tanto el discurso de legitimación como el de justificación, se apoyan en las llamadas "buenas razones", que es el nombre positivo de los prejuicios, vale decir, conclusiones que se sostienen sin una cadena de razonamientos previa, con pretensiones validantes. Cuando un discurso comienza diciendo "todos sabemos que..." o "conveníamos que..." o alguna otra locución familiar, podemos estar seguros que veremos enseguida una apelación a las "buenas razones".

Aquí la palabra "razón" alude a "motivo" y no a raciocinio o a discurso racional (ver nota 2). Que es mejor estar vivos que muertos, sanos que enfermos, gozar a sufrir, ser ricos antes que pobres, ser pacíficos antes que violentos, son "buenas razones" cotidianas que no alcanzan para persuadir al suicida, al que busca eludir su obligación de ir a la guerra, al masoquista, al asceta y al terrorista. Las "buenas razones" sirven en última instancia, como los prejuicios, para distinguir entre "nosotros" (los que las compartimos) y "ellos" (los que las rechazan), pero no para fundar principios (discurso de legitimación) o excepciones (discurso de justificación) universales o absolutos.

⁷ Los ejemplos pueden multiplicarse en relación a otras "ramas" del derecho, así v.g. la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por falta o por disminución de trabajo en materia laboral y la facultad delegada al Poder Ejecutivo de condonar sanciones por incumplimiento de las obligaciones fiscales en materia tributaria.

II. LEGITIMIDAD Y CONSENSO

I. Discurso y consenso

Las distinciones anteriores sirven para enfocar el tema del "consenso" con mejores herramientas de análisis. Los discursos, tanto los de legitimación cuanto los de justificación, necesitan de la adhesión del interlocutor a las "buenas razones" que los sustentan; a esta adhesión, a este acuerdo, lo denominamos "consenso".

Robert Alexy señala que el análisis de un "discurso ideal" —el que se ajusta a ciertas reglas o criterios de fundamentación— presenta algunos problemas al ser confrontado con el "discurso real" —aquel que sostiene, de hecho, interlocutores reales en un determinado contexto témporo-espacial—. "Un primer problema —dice— es el del consenso. Dicho problema se refiere a la cuestión de si un discurso ideal llevaría a un consenso en una cuestión práctica. Tal consenso no se sigue lógicamente de la determinación de que se han cumplido las condiciones de un discurso ideal. Un consenso en determinada cuestión normativa (tema del que se ocupa Alexy) es algo sustantivo. Las condiciones del discurso ideal tienen, en relación con ello, sólo carácter formal. Una garantía de consenso en cada cuestión sólo podría, por ello, aceptarse si fuera cierta la premisa empírica de que no hay desigualdades antropológicas de los hombres que se opongan al discurso, y que puedan excluir también bajo las condiciones del discurso ideal, un consenso en cuestiones prácticas (por tanto, en cuestiones de valoraciones). Esta cuestión no se puede resolver. No hay ningún procedimiento que permita una prognosis segura sobre cómo procederían los participantes en el discurso en cuanto personas reales, bajo las condiciones admitidas, y no reales en el discurso ideal. No puede por ello ni excluirse ni aceptarse una garantía de consenso"⁶.

Podemos distinguir entonces, el consenso sobre un discurso del consenso como principio de legitimidad de un sistema o cadena argumentativa. En el mundo antiguo se podía

⁶ Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 361 (la bastardilla es nuestra).

consensuar que Dios era la fuente de todo poder o que Aristóteles era la fuente de toda sabiduría. Es en la modernidad donde aparece el consenso como principio de legitimidad del Estado, y la Razón como principio de legitimidad de la ciencia, y el discurso de los contractualistas (Hobbes, Locke, Rousseau) y de los nuevos epistemólogos (Descartes, Galileo, Bacon) como discursos de legitimación. Pero en el siglo XX aparecen otros principios de legitimidad, como la Nación y la Economía, para el Estado, la democracia formal, para los sistemas políticos, y el pragmatismo para la ciencia, cada uno con sus respectivos discursos de legitimación.

Pero en la segunda mitad del siglo esos viejos discursos pierden sustento. Es la crisis de los grandes relatos de que habla Lyotard. Cayendo los discursos, caen los principios de legitimidad, al menos en su pretensión de únicos y absolutos, exclusivos y excluyentes. Una palabra comienza a hacerse oír cada vez con mayor frecuencia, y es "alternativo". Hay políticas alternativas, teorías alternativas, medicina alternativa, Derecho alternativo y hasta rock alternativo. Son formas de decir que los principios de legitimidad, para cada área, forman un "menú" dentro del cual se puede escoger. El consenso, ahora, no es forzado por un discurso de legitimación sino que parte de la elección conjunta de una de las alternativas ofrecidas en el menú, cuando no de la elección de una novedosa combinación de partes de la oferta (eclecticismo, técnicas mixtas, fusión o ensamble). *Ante la anunciada muerte de las ideologías, cabe decir que no han muerto las ideologías sino la ortodoxia.*

El discurso de justificación, en cambio, goza de buena salud. Precisamente porque nunca fue una ortodoxia. La justificación también requiere de una adhesión del interlocutor, de un consenso. El ladrón no se justifica en el momento de apropiarse de los bienes de su víctima, sino al momento de ser juzgado. Si no es un revolucionario (es decir, defensor de otro sistema, como los "anarquistas expropiadores" de principios de siglo) debería admitir, en nuestro sistema jurídico, que la regla es la propiedad privada, y el robo la excepción. El discurso de justificación buscará atenuar la pena o lograr la absolución (v.gr., estado de necesidad, principio de bagatela, error excusable, "robo para la corona", etc.) para lo cual deberá lograr la adhesión de los jueces a la tesis de que esas circunstancias son, parcial o totalmente, justificantes.

Pero el discurso de justificación, en la era de la alternatividad, cumple una función distinta a la justificación que apuntaba a tornar admisible la excepción al sistema o cadena rigurosa. Abre la puerta a la formación de un desvío, de un nuevo sistema o cadena alternativa. Aparece así la estructura rizomática, señalada por Deleuze y Guattari, el tallo que se extiende y bifurca horizontalmente, a ras del piso, es donde se mueven las justificaciones. "Resumamos los caracteres principales de un rizoma: a diferencia de los árboles o de sus raíces, el rizoma conecta un punto cualquiera con otro punto cualquiera, y cada uno de sus trazos no remite necesariamente a trazos de la misma naturaleza, pone en juego regímenes de signos muy diferentes e incluso estados de no-signos... Por oposición a una estructura que se define por un conjunto de puntos y posiciones, relaciones binarias entre los puntos y relaciones biunívocas entre las posiciones, el rizoma sólo está compuesto de líneas: líneas de segmentariedad, de estratificación, como dimensiones, pero también línea de fuga o de desterritorialización como dimensión máxima según la cual, siguiéndola, la multiplicidad se metamorfosea cambiando de naturaleza"⁸.

2. Consenso y violencia

Tanto el discurso que busca la adhesión cuanto la violencia que persigue el sometimiento del otro apuntan, en última instancia, a lo mismo: ajustar su conducta a la propia. La diferencia entre la demostración y la persuasión racional, por un lado, y la violencia física, donde el cuerpo del otro es movido como una cosa, resulta clara y obvia. Pero no es tan clara la frontera cuando se la ejerce mediante condicionamientos subliminales. En efecto, ¿cuán libre es la elección de quien obra bajo amenazas veladas o implícitas? y, ¿en qué medida evitar un mal o conseguir un premio no integran las "buenas razones" que mencionamos en el punto 2?

Es común oír decir que un cierto gobierno *de facto* tuvo consenso por la falta de resistencia de la población ante el

⁸ Deleuze, Gilles - Guattari, Félix, *Rizoma-Introducción*, Coyoacán, México, 1994, págs. 33-34.

ejercicio de su poder. Es como decir que el condenado a la pena capital "consiente" la misma si no opone una tan tenaz como inútil resistencia a los carceleros que lo arrastran al cadalso. Se confunde legitimidad con eficacia y consenso con resignación. No se puede decir que los cristianos llevados al circo romano y los judíos arrastrados a las cámaras de gas consintieron sus genocidios por no encabezar revueltas como las de Espartaco o levantamientos como el del *ghetto* de Varsovia.

Análiticamente, "consenso" y "violencia" son conceptos complementarios, sin que sea óbice a ello la existencia de una zona de penumbra en la determinación fáctica de ambos campos, divididos por la libertad del agente que presta su consentimiento, o por la falta de libertad del que es violentado en su decisión. Para ello tenemos que tener en cuenta que el "castigo" y el "premio", refuerzos tradicionales de la motivación, importan el mismo tipo de violencia psicológica, ya que la amenaza de un castigo no es sino, al mismo tiempo, la esperanza de su liberación, y la promesa de un premio, la amenaza de su pérdida. Pero ¿en qué medida el temor a un "castigo" o la pérdida de un "premio" invalidan el consenso? Se nos ocurre que la respuesta estará dada por la magnitud de ese castigo o de esa pérdida, lo que no deja de ser algo subjetivo y circunstancial. Si el premio consistiese en unas pocas monedas o el castigo en un gesto adusto de la otra persona, resultaría irrisorio hablar de violencia. Si, en cambio, la amenaza pone en riesgo la vida, o la libertad o el patrimonio de una manera real y significativa, sería una ficción hablar de consenso.

Como dijimos, el consenso requiere de una importante dosis de libertad para apreciar las alternativas, y no meramente de una posibilidad de elegir. No requiere necesariamente de un juicio de valor, como ocurre con la adhesión a los discursos de legitimación y de justificación, dado que el consenso puede ser el resultado de esos discursos, pero también puede ser espontáneo, por la coincidencia de las motivaciones internas de las partes que coinciden. El amor correspondido, la amistad franca, la comunidad de ideales, no requieren ineludiblemente de un discurso previo destinado a lograr la adhesión del otro.

Michel Foucault sintetizaba la cuestión moderna de la legitimidad en las preguntas "¿qué es el soberano? ¿cómo

puede constituirse? ¿qué es lo que une los individuos al soberano? Este problema —continúa— plantando por los juristas monárquicos o antimonárquicos desde el siglo xviii al xix, continúa obsesionándolos y me parece descalificar toda una serie de campos de análisis, sé que pueden parecer muy empíricos y secundarios, pero después de todo conciernen a nuestros cuerpos, nuestras existencias, nuestra vida cotidiana. En contra de este privilegio del poder soberano ha intentado hacer un análisis que iría en otra dirección. Entre cada punto del cuerpo social, entre un hombre y una mujer, en una familia, entre un maestro y su alumno, entre el que sabe y el que no sabe, pasan relaciones de poder que no son la proyección pura y simple del gran poder del soberano sobre los individuos; son más bien el suelo movedizo y concreto sobre el que ese poder se incardina, las condiciones de posibilidad de su funcionamiento¹⁰.

Esta microfísica del poder es también una microfísica del consenso y de la violencia. Para este mismo autor, el consenso se plantea como un principio crítico: "Habría que entender dicho principio más bien como una idea crítica que debe mantenerse siempre: preguntarse qué proporción de no-consenso está implicada en cada relación de poder y si es necesaria o no. De esta forma uno puede plantearse cada relación de poder desde esta perspectiva. Me atrevería incluso a decir, yendo más lejos, que quizás no se debe estar a favor del consenso, pero que se debe estar en contra del no-consenso"¹¹.

Hannah Arendt se ocupó también de marcar distinciones entre "poder" y "violencia", y entre "legitimidad" y "justificación". Dejando de lado la impronta ontológica de esta pensadora, conviene aquí recordar esos distingos, aceptándolos en su dimensión semiológica: "El poder —dice— no necesita justificación, siendo como es inherente a la verdadera (?) existencia de las comunidades políticas; lo que necesita es legitimidad. El empleo de estas dos palabras como sinónimos no es menos desorientador y perturbador que la corriente

¹⁰ Foucault, Michel, *Microfísica del Poder*, "Las relaciones de poder penetran en los cuerpos", Planeta Agostini, Barcelona, 1995, pág. 157.

¹¹ Foucault, Michel, *Política y Ética* (Entrevistas) reproducida en "Cuadernos de Marcha", Tercera época, año X, nro. 111, Montevideo, enero 1996, pág. 5.

ecuación de obediencia y apeyo. El poder surge allí donde las personas se juntan y actúan concertadamente, pero derivan su legitimidad de la reunión inicial más que de cualquier acción que pueda seguir a ésta. La legitimidad, cuando se ve desafiada, se basa en una apelación al pasado, mientras la justificación se refiere a un fin que se encuentra en el futuro. La violencia puede ser justificable, pero nunca será legítima. Su justificación pierde plausibilidad cuanto más se aleja en el futuro el fin propuesto¹².

3. Legitimidad y eficacia

La eficacia puede ser considerada como el grado cero de la legitimidad. Esto no quiere decir que un sistema eficaz no puede ser, por ello, también legítimo, sino que su uso como criterio de legitimidad resulta nulo. Un sistema será considerado eficaz si logra cumplir con las metas propuestas, con los objetivos perseguidos, sean o no legítimos los medios empleados para conseguirlos. Es el sentido corriente de la expresión atribuida a Maquiavelo y que afirmaría que el fin "justifica" los medios. Conforme lo que venimos diciendo, no sería la consecución de un fin propuesto lo que, *ipso iure*, justificaría un medio, sino que un cierto discurso de justificación puede procurar hacerlo apelando a la eficacia.

Mientras que el concepto de legitimidad alude a un *a priori*, a un primer principio, y el de justificación a una rectificación que se opera en el medio y en los medios, la eficacia constituye un *a posteriori* y no entraña un valor sino un hecho. Cuando éste se produce, queda fuera del ámbito lógico. Podrá ser tema de un discurso, para buscar causas o consecuencias, para tejer hipótesis contra-fácticas ("¿Qué hubiera pasado si no hubiera pasado lo que pasó?") pero, como dicen los jóvenes "ya fue". Pierde la utilidad que pueden tener los juicios, sean o no de valor. Cuando el homicida es juzgado y condenado, ninguna sentencia podrá devolver la vida a la víctima. Y lo mismo ocurre con la más intrascendente de las sentencias civiles, incapaz de hacer que las cosas se retrotraigan realmente al estado anterior al hecho que dio

¹² Arendt, Hannah, *Crisis de la República*, Teuras, Madrid, 1973, págs. 183-184.

causa al proceso. Esa es la dramática paradoja del Derecho, entendido como conjunto de normas coactivas, que fracasa si no es eficaz, y también fracasa cuando es eficaz, como una medicina cuyos únicos aciertos fueran las autopsias¹³.

Claro que la cuestión tiene sus facetas, lo que llamamos "hechos" también son complejos conjuntos de signos que deben ser interpretados. Y la valoración no estará ausente de ese proceso de interpretación, aunque si lo estará de los propios signos. Un hipocondríaco se seguirá "sintiendo" mal, aun cuando la terapia haya dado el resultado esperado por el médico. Y el médico considerará que el paciente sanó cuando los análisis se encuadren dentro de los parámetros considerados normales, aun cuando el organismo de éste continúe con sus disfunciones. Con lo cual resulta posible, dentro de la ciencia actual, morir estando "sanos". Un economista puede considerar que una economía es estable, dado que ciertas índices de precios no sufren variación, aun cuando otros indicadores (P.B.I., desocupación, actividad industrial y comercial, deuda externa, etc.) registren importantes y significativas modificaciones.

4. *El concepto moderno de legitimidad*

Max Weber (1864-1920) construyó el mito de la objetividad de las ciencias sociales sobre los presupuestos de la racionalidad metódica, la neutralidad valorativa y el progreso indefinido.

Por ello introdujo la feroz división entre juicios de valor o normativos y juicios de hecho o descriptivos, de valor emblemático para la filosofía analítica de este siglo¹⁴.

La noción de legitimidad en Weber no se diferencia mayormente de la de legalidad, al menos en su aspecto externo.

¹³ "...en la naturaleza de la paradoja hay algo que encierra una importancia pragmática inmediata, e incluso existencial, para todos nosotros: la paradoja no sólo puede invadir la interacción y afectar nuestra conducta y nuestra salud mental, sino que también puede poner a prueba nuestra creencia en la congruencia y, por ende, en el sentido final de nuestro universo". Paul Watzlawick y otros, *Teoría de la Comunicación Humana*, Herder, Barcelona, 1993, pág. 173.

¹⁴ Ver Nino, Carlos S., *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, varias ediciones.

Para este autor, la legitimidad puede estar garantizada íntimamente de manera: "1) puramente afectiva: por entrega sentimental; 2) racional con arreglo a valores: por la creencia en su validez absoluta, en cuanto expresión de valores supremos generadores de deberes (morales, estéticos o de cualquier otra suerte); 3) religiosa: por la creencia de que su observancia depende de la existencia de un bien de salvación". En cambio, externamente (vale decir, para Weber, "objetivamente") la legitimidad se basaría en "la expectativa de determinadas consecuencias externas; o sea, por una situación de interés; pero por expectativas de un determinado género"¹⁵.

Esas expectativas de consecuencias externas pueden ser sólo uno de los siguientes tipos: la reprobación general que se sustenta en una convención, o la posibilidad de una coacción (física o psíquica) a cargo de órganos autorizados por el Derecho.

La legitimidad puede sustentarse, siempre para este autor, en cuatro fuentes: a) la tradición; b) lo nuevo revelado; c) la creencia racional con arreglo a valores y d) la creencia en la legalidad de lo estatuido positivamente. La primera fuente sería la más primitiva, apoyada en la magia y destinada a la conservación del *status quo*; la segunda provendría de la actividad de los profetas de todos los tiempos, y la tercera estaría representada por el *derecho natural*. Estas tres fuentes pertenecerían al estadio no positivo del conocimiento, mientras que "la forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la legalidad: la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correcto"¹⁶. Poco importa, para Weber, saber si esa legalidad es acordada (en virtud de un pacto de los interesados) o impuesta por una autoridad considerada legítima. En última instancia, *la legitimidad es la creencia en la legalidad, creencia de carácter racional* ("creencia en la legalidad de las ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando"), *de carácter tradicional* ("creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones") o de carácter *carismático* (creencia en las

¹⁵ Weber, Max, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pág. 27.

¹⁶ Weber, Max, *op. cit.*, pág. 30.

cualidades extraordinarias de una persona que lo legitiman como jefe, caudillo, guía o líder)¹⁷.

Mientras los contractualistas sentaron las bases ideológicas del Estado moderno, a partir de un iusnaturalismo racional, Weber presenta —se pretexto de una neutralidad científica, de una objetividad “externa”— una visión descarada del Estado como “asociación de dominio institucional con el monopolio del poder legítimo”. Dice textualmente: “Desde el punto de vista de la consideración sociológica, una asociación ‘política’ y en particular un ‘Estado’ no se pueden definir por el contenido de lo que hacen... Antes bien, sociológicamente el Estado moderno sólo puede definirse en última instancia a partir de un medio específico que, a toda asociación política le es propio, a saber: el de coacción física. Todo Estado se basa en la fuerza”, dijo en su día Trotsky en Brest-Litowsk. Y esto es así... el Estado es aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio —el concepto ‘territorio’ es esencial a la definición— reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima”¹⁸.

En síntesis, la legitimidad de la legalidad, entendida ésta como la facultad monopólica de impartir órdenes y de exigir obediencia, se sustenta en las creencias de la comunidad asentada en un determinado territorio sobre la legitimidad de tales órdenes. Y, objetiva y empíricamente —para Weber— puede decirse que existen tales “creencias” cuando efectivamente el Estado puede detentar y ejercer el monopolio del uso de la fuerza. “La tesis weberiana —señala Serrano Gómez— se ha interpretado generalmente como una toma de posición en favor del relativismo. Porque, aparentemente, si se determina la legitimidad en base a las creencias de un grupo social, entonces lo legítimo dependerá de la comunidad de creencias en la que se sitúa el sujeto que juzga”¹⁹.

Del modelo weberiano de “Legitimidad” toma Kelsen el contenido de su “norma fundamental”, haciendo depender

¹⁷ Weber, Max, *op. cit.*, págs. 170 y sigs.

¹⁸ Weber, Max, *op. cit.*, págs. 1056 y sigs.

¹⁹ Serrano Gómez, Enrique, *Legitimación y Racionalización. Weber y Hóbermas: La Dimensión Normativa de un Orden Secularizado*, Anthropos, Barcelona, 1994, pág. 7.

también de la eficacia (de un "mínimo" de eficacia) la validez de un sistema jurídico cualquiera, eficacia que se relaciona, al igual que en Weber, con la existencia de un poder coactivo. Kelsen también rechaza la idea de legitimidad basada en un ideal de justicia, pero no trata de construir una "ciencia" jurídica basada en enunciados de hecho, como hacen los realistas, sino que construye una categoría híbrida de juicios para explicar a las normas jurídicas: los juicios del deber-ser lógico, separados por igual tanto de los juicios del ser cuanto de los del deber ser axiológicos.

Kelsen se interroga sobre el fundamento de legitimidad del derecho en los siguientes términos: "¿Qué es lo que justifica la validez de la ley?" y se responde: "...Si se pone en cuestión la validez de esta ley, su propia validez immanente, no debe buscarse ninguna otra justificación en otro orden superior. Debe suponerse que el derecho positivo constituye ya un orden supremo, soberano... Debemos presuponer como hipótesis la norma según la cual debemos cumplir los requisitos de la primera constitución de la Historia... Esta es la base de un orden legal positivo, la razón última de su validez, desde el punto de vista de la Ciencia del Derecho positivo... Este presupuesto no es puramente imaginativo, ya que se refiere a hechos objetivamente verificables, como el establecimiento de una constitución y los actos que en base a esta constitución crean y aplican normas generales y particulares de un orden coercitivo... Aquí se trata de la aplicación del principio general de efectividad que, como principio normativo, juega un papel importante en el campo jurídico"²⁰.

Aunque Kelsen prefiere utilizar el término "validez" en lugar de "legitimidad" para privilegiar su carácter lógico frente al axiológico de este último, resulta evidente que habla de lo mismo, esto es, el fundamento último de un sistema u "orden". Sintéticamente la eficacia sería el fundamento último (y único) de aquella "validez immanente", el único criterio que permitiría distinguir "entre el uso legítimo e ilegítimo de la fuerza"²¹.

²⁰ Kelsen, Hans, "¿Por qué obedecer al Derecho?", en *¿Qué es la Justicia?*, Planeta Agostini, Barcelona, 1993, págs. 188-189.

²¹ Kelsen, Hans, *op. y loc. cit.*

En esa línea de pensamiento, la división weberiana entre ciencia y ética se torna tripartita: entre ambas, Kelsen introduce como una cuña el concepto de "ciencias normativas", que participan de las ciencias "duras" en su pretendida neutralidad científica, y de las éticas en su inverificabilidad empírica. "Justicia" (y, por lo mismo "legitimidad") sólo tienen cabida en la teoría pura como sinónimo de legalidad.

La neutralidad científica postulada por el positivismo sociológico y por el positivismo jurídico no era sino un argumento más del discurso de legitimación del Estado moderno en su expresión más descarnada, tal como se desarrollaron en Europa desde mediados del siglo XIX hasta mediados del siglo XX. Una teoría a la medida de las necesidades políticas del momento, edulcorada de abstinencia ideológica y de rigurosidad "científica". Oigamos por última vez en este trabajo a Weber: "Suele hablarse en la actualidad de ciencia sin 'presupuestos'. ¿Es que existe tal ciencia? Todo depende de lo que se entienda por ello. Presupuesto de todo trabajo científico es siempre de valoración de las reglas de la lógica y del método, los fundamentos generales de nuestra orientación en el mundo... Tomen ustedes una tecnología práctica tan desarrollada científicamente como la medicina moderna. Expresado de manera trivial el 'presupuesto' general de la actividad médica se presenta así: el deber del médico consiste pura y simplemente en la obligación de conservar la vida y disminuir en lo posible el sufrimiento... En cuanto a si la vida es valiosa y en qué medida, no se lo plantea... O el ejemplo de la ciencia del derecho. Esta disciplina establece lo que es válido de acuerdo a las reglas de la doctrina jurídica, ordenada en parte por una necesidad lógica, en parte vinculada a esquemas convencionales; establece en consecuencia cuándo son reconocidas como obligatorias determinadas reglas de derecho y determinados métodos para su interpretación. Pero si debe existir el derecho o si justamente deben establecerse estas reglas, no lo contesta... Se afirma y yo lo suscribo, que la política no pertenece a las aulas... Cuando se habla de democracia en una reunión política no se encubre la posición personal... Las palabras que se utilizan no son entonces los medios para un análisis científico sino propaganda política dirigida a obligar a los otros a tomar una posición. Pero sería un sacrilegio utilizar la palabra en ese sentido durante una lección en una sala de clase. Cuando allí se habla, por ejem-

plo, de la democracia en sus diversas formas, se analizarán las distintas maneras en que funciona, se establecerán las consecuencias particulares que tienen una u otra de esas formas para las relaciones vitales, luego se compararán con otras formas de ordenamiento político no democrático, y se tratará, en la medida de lo posible, de que el oyente esté en situación de encontrar el punto desde el cual pueda tomar posición según sus propios ideales³².

5. El concepto posmoderno de legitimidad

Como hemos visto, el pensamiento, tanto de Weber como de Kelsen, se apoyaba en una legitimación *inmanente* al propio sistema —político o jurídico— por oposición a la legitimación *trascendente*, propia del mundo antiguo. Sin embargo, la legitimación inmanente conduce a una paradoja. Como señala Lyotard “el saber científico no puede saber y hacer saber lo que es verdadero sin recurrir al otro saber, el relato, que para él es el no-saber, a falta del cual está obligado a presuponer por sí mismo, y cae así en lo que condena, la petición de principio, el prejuicio”³³. Vale decir que la ciencia moderna, que se arrogó la virtud de sacrificar al relato mítico de la antigüedad en el altar de la “objetividad”, cae en una de las siguientes paradojas: o se autolegitima por el camino de esa supuesta legitimación inmanente (paradoja de autorreferencia) o se sustenta en un relato legitimador que no forma parte del discurso científico y que, por ello mismo, el propio discurso científico descalifica.

Como señala este mismo autor, “la cuestión del Estado se encuentra estrechamente imbricada con la del saber científico”. La relación es doble. Por un lado, las teorías legitimadoras del saber, históricamente, han coincidido con las teorías políticas legitimadoras del Estado, desde la teocracia hasta la democracia. Por el otro, el Estado se ha convertido en el gran decididor del saber, el que decide qué se investiga y qué se enseña, decisión que se toma ahora no guiada por un

³² Weber, Max, “La ciencia como profesión”, en *Max Weber: Ciencia y Política*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1980, págs. 44-49.

³³ Lyotard, Jean-François, *op. cit.*, pág. 59.

relato emancipador (emancipador del hombre dominado por la naturaleza hostil, por el hambre, la plaga, el dolor, o dominado por otros hombres explotadores o tiranos) sino por un criterio utilitarista, funcionalista y económico.

En los tiempos posmodernos asistimos a la caída de los muros que aislaban al ser, al deber ser y al hacer, por un lado, y que también separaban el saber narrativo del saber científico, por el otro. También ha quedado desalojada la pretensión sistemática tanto antigua (construcción de un gran sistema del mundo) cuanto moderna (construcción de sistemas parciales por áreas o campos temáticos). Aparece así una legitimidad que podríamos denominar "performativa" en la cual el medio por el cual se expresa un saber es en sí mismo el mensaje que se quiere transmitir. La diferencia entre literatura y ciencia, por ejemplo, no dependerá tanto de los contenidos como del ámbito donde se lo vierta (v.gr. novela o ensayo, etc.).

En síntesis, la legitimidad performativa debe buscarse por el lado del funcionamiento del sistema conforme a la finalidad prevista para el mismo. La performatividad no es equivalente a la eficacia puesto que se vincula a una teleología y no a una pragmática. La finalidad del sistema sigue necesitando de un discurso de legitimación, lo que supone un piso ético. En la medida en que el sistema continúa funcionando dentro de ese piso ético, estará cumpliendo con su finalidad. En cambio, la eficacia se relaciona con la idoneidad de un medio para alcanzar un fin propuesto, sin analizar la eticidad de este último ni de los medios para obtenerlo. Por eso el concepto de eficacia lleva casi necesariamente a la noción de "fuerza" (y de "monopolio del uso de la fuerza" como definición del Estado) mientras que la performatividad será medida por las consecuencias que produzca el discurso correspondiente.

El consenso obtenido sin violencia sobre los fines y los medios que debe tener y emplear un sistema social, político y jurídico, necesita de aquel piso ético, una especie de común denominador axiológico vigente en la comunidad de que se trate. Y ese común denominador axiológico que opere como horizonte de sentido en la performatividad posmoderna puede también enmarcarse dentro de la actual teoría sobre los derechos humanos y sus garantías.