

LA LEGITIMIDAD DEL PODER EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL DEBER DE OBEDIENCIA

JOSÉ ANTONIO NÚÑEZ OCHOA

LECTURA DE LA TESIS DOCTORAL.*
DICIEMBRE 16 DE 1997

Sr. Presidente:

Distinguidos Miembros de este Tribunal:

En este momento, siento la emoción de hallarme ante una realidad, que cristaliza la ilusión que me trajo, desde allende la mar oceánica, a esta Facultad de Derecho de la Madre Patria, para realizar los estudios de doctorado.

El tema puente y central de la Filosofía Jurídica consiste en la defensa de la sociedad contra las intromisiones de la política. Sin esto, no se consigue entender el pensamiento de los fundadores (Heráclito, Platón, Aristóteles, Cicerón) respecto a los cuales la filosofía posterior representa continuación y aplicación a las renovadas circunstancias históricas.

Sin embargo, hay que evitar que la Filosofía Jurídica actual, en lugar de plantearse como una Teoría del Derecho, de sus valores, de sus instituciones y de sus normas, sea, para muchos, un apéndice de la Filosofía Política.

En el mundo contemporáneo, los temas de la Filosofía Política representan, por un lado, una recuperación de la Ética de la libertad —sometida a las coordinadas de las ideologías muchas veces también políticas— y por otro lado, a los intentos de autojustificación de los poderes totalitarios modernos.

Efectivamente, las apariencias de justificación de los totalitarismos modernos se absolutizan permitiéndose presentarse a sí mismos como sus propias justificaciones éticas.

Así se ha llegado a que ni siquiera la defensa de las formas democráticas se apoye en valores auténticos, sino en una negación escéptica de la existencia de cualquiera de ellos.

* Que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

En este sentido, el Estado Legislador ha llegado, a través de diversos y sofisticados razonamientos, a expulsar del campo de los problemas jurídicos, la mínima mención a la justicia.

Como resultado, muchas instituciones democráticas operan totalitariamente al haber abandonado la búsqueda de cualquier verdad social y humana, como se puede apreciar en los propios totalitarismos políticos, los cuales se apoyan en versiones axiológicas, de tal modo deformadas o extremosas, que sirven para cubrir, en la práctica, cualquier tipo de injusticia.

En estas circunstancias, es donde tiene que operar una Filosofía del Derecho que procure la legitimación de un ordenamiento jurídico concreto.

Esto sólo se alcanzará mediante la búsqueda y reconocimiento de aquellos valores auténticamente razonables que constituyan la garantía de la libertad concreta de los seres humanos. Y es así, aunque la coexistencia pacífica entre ellos sólo pueda concretarse dentro de un proceso sostenible, con independencia de cuál sea la hegemonía de una organización estratificada entre quienes mandan y quienes obedecen, o sea, en el Estado.

Estos son los presupuestos de mi investigación.

Para realizarla, he partido de las más recientes publicaciones que han tratado estos temas, desde la solidez de la obra científica del Profesor Legaz Lacambra (desarrollada por el Profesor Ángel Sánchez de la Torre). Legaz, en su crítica a Kelsen, advirtió las debilidades del formalismo jurídico que han permitido aparecer, bajo piel de cordero, a todos los totalitarismos políticos modernos.

También he analizado la obra del mencionado Profesor Sánchez de la Torre, quien interpreta al ordenamiento jurídico en términos de ser forma de la libertad de la vida social.

De la misma manera, he estudiado la muy reciente aportación de las publicaciones de la Profesora Martínez-Sicluna, que describen el panorama de las actuales teorías acerca de la legitimidad del poder, con mayor precisión que la reciente obra de Philippe Gerard de 1995, titulada "Derecho y Democracia; reflexiones sobre la legitimidad del Derecho en la sociedad democrática".

También facilitaron mi tarea y centraron mi estudio obras recientes como el primer tomo "Del poder y la justicia" y "El Estado de Derecho en la España de hoy"; además, las profundas y sugerentes cátedras de quienes fueron mis profesores durante los cursos monográficos del Tercer Ciclo; las sugerencias de mis tutores y de todos los miembros del Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política I, de la Facultad de Derecho de esta Universidad Complutense, que me han clarificado los puntos problemáticos que perfilan mi línea de aproximación.

Sin embargo, debo manifestar que, desde los primeros momentos, el Director de la Tesis, Profesor José Iturmendi Morales, también ha orientado mi atención hacia los grandes clásicos europeos, desde Aristóteles y Hesíodo, Maquiavelo y Marx, Nietzsche, Bobbio, Cotta, Raphael, Del Vecchio, Fueyo, Ferrero, García Pelayo, Habermas, D'Ors, Luhmann, Lucas Verdú, Negro Pavón y muchos otros.

Asimismo, como es justo, me he ocupado también de autores del continente americano, como Basave Fernández, Arriola, Burgoa, Carrillo, De la Torre Rangel, García Máynez, Garzón Valdés, los hermanos Gómez Robledo, Preciado Hernández, González Uribe, y tantos otros mencionados a lo largo del trabajo.

He desarrollado mi estudio de la siguiente manera:

Se trata de una aproximación a la constante búsqueda de las razones últimas que ayuden a explicar por qué existe en la sociedad el derecho de mandar y el deber de obedecer.

Cuáles son los fines que persigue el detentador del poder político al ejercerlo, detentador no en sentido estrictamente jurídico, y cuáles son los medios de que se debe valer, ese detentador, para hacer vigentes los principios trascendentes que hacen posibles las condiciones necesarias para que se pueda dar la potenciación benéfica del juego constructivo de los intereses particulares.

Está dentro de la naturaleza misma de las cosas el hecho de que la sociedad pueda organizarse. En lógica consecuencia con esa afirmación, también está dentro de la naturaleza misma de las cosas el que la sociedad pueda darse las normas que considere mejores para hacer posible su supervivencia, en las mejores condiciones que permitan la consecución del bien público temporal.

Todos los postulados de la doctrina que han intentado negar esa evidencia —desde el comunismo hasta los más extremados formalismos— han sido superados por la realidad o se han visto precisados a eludir la cuestión de fondo del problema partiendo, para su análisis, de alguna hipótesis que simplemente dan como válida, pero que no podríamos admitir como suficiente.

En cualquier época histórica, *la legitimidad* ha sido uno de los temas centrales tanto de la Política como del Derecho.

Nuestro tiempo y nuestra realidad no son ajenas a esta cuestión.

Por el contrario, bastaría ojear los distintos sucesos que acontecen en este mundo globalizado, para darse cabal cuenta de que en el fondo y en la forma, muchos de los problemas que son centro de atención social, tienen conexión directa con cuestiones relacionadas con la legitimidad jurídica.

Ya desde la Grecia clásica —cuna de la civilización occidental— se trasladaron a la Mitología muchos de los conflictos y de las pasiones humanas, buscando un camino para encontrar la armonía entre los hombres, por medio de la solución de los problemas entre los dioses.

En el contexto mitológico, la diosa *Dike* —el Derecho— tenía tres opositoras: *Eris* —la que subvierte el orden—, *Hybris* —la incontinencia que excede al Derecho— y *Bía* —la fuerza que enfrenta al Derecho—.

En la naturaleza prerracional mandaba *Bía*, en tanto que en los hombres mandaba *Dike*. Si los hombres se apartaban de su orden, retrocedían al mundo de *Bía* y caían en el reino de *Hybris*.

Cuando se le encomendó a Solón que preparara un nuevo *Thesmós* —una nueva Constitución—, consideró que sólo lograría tener éxito en su cometido —la *Eunomia*— si alcanzaba el equilibrio entre las diferentes fuerzas sociales;

por medio de la alianza entre *Dike* y *Bía*, pero distinguiendo entre una “buena *Bía*” y una “mala *Bía*”, ya que la primera ayuda al Derecho, en tanto que la segunda lo destruye.

No basta *Dike*, es necesaria su alianza con *Bía*. Con esto, ya desde entonces se distinguía entre un poder legítimo y un poder ilegítimo.

En el Estado —la moderna *polis*—, el ser humano —el *ánthropos*—, puede convertirse en el hombre virtuoso —en el *anér*—, si respeta los valores que trascienden al espacio y al tiempo, incorporándolos al *nómos*, a las normas que constituyen la legalidad, pero que, en su origen y sobrevivencia, sólo pueden encontrar su razón de ser si se fundamentan en la legitimidad, que refleje el *ethos*, o sea, el ser peculiar del hombre, que busca lo mejor.

Sólo de esa forma, ese hombre virtuoso podrá transformarse en un verdadero *polítes*.

Durante muchos siglos se consideró a la legitimidad monárquica como un hecho que estaba de acuerdo con la voluntad divina.

Se trataba de un fenómeno que difícilmente podría ser cuestionado, sobre todo si la autoridad eclesiástica avalaba a los monarcas. Pero una serie de pensadores hicieron que la conciencia política fuera cambiando el origen de la legitimidad: el poder ya no derivaría de la voluntad divina sino que se originaría en el pueblo, que desde entonces ha pasado a ser el único soberano.

He dado importancia a la Revolución francesa, porque he estimado que no es en la filosofía hegeliana o en las ilusiones utópicas donde se han generado los desastres de los totalitarismos, sino en los intereses creados, que bajo cierta apariencia de someterse a formas democráticas, han conseguido instalarse, de múltiples maneras, en los mecanismos del poder, convirtiendo a las normas e instituciones jurídicas en meros vehículos de aquellas ilimitadas pretensiones que siempre ambicionan el poder, pues no ha sido otra cosa el fenómeno totalitario.

Napoleón Bonaparte quiso unir en su persona los dos orígenes de la legitimidad y abrió las puertas al formalismo jurídico al contraponer la legalidad a la legitimidad.

Los principios para sostener la legitimidad del poder —tanto el monárquico como el democrático— así como sus clases —la racional, la tradicional y la carismática, hasta llegar a la sustancial— fueron evolucionando de la misma forma que fueron evolucionando las diferentes formas de organización social, siendo el consentimiento por parte del pueblo, una de sus constantes.

Sin embargo, como el consentimiento normalmente también es el origen de la legalidad —entendida como la actuación del poder de conformidad con las normas formalmente válidas— este último concepto fue adquiriendo mayor importancia, hasta que se ha llegado a considerar a dicha legalidad como única fuente de la legitimidad, siendo como es que no puede hablarse de legalidad si previamente no se ha dado la legitimidad.

Una vez que un determinado grupo ha conquistado el poder y que ha obtenido el consentimiento expreso o tácito del pueblo para ejercerlo —con-

sentimiento que sirve como catalizador para poder determinar el salto cualitativo entre la fuerza física y el poder político—, elabora una Constitución la cual organizará al Estado, instituirá a los poderes y será la fuente de validez formal de todo el orden jurídico.

Todas las ideologías —que conjuntan lo racional con lo opinable, lo exacto con lo aproximativo, la *aletheia* con la *doxa*— tienen la pretensión de que representan los principios considerados como valiosos por la sociedad.

Cuando el grupo identificado con una determinada ideología alcanza el poder político, se convierte en gobierno, se convierte en el elemento volitivo del Estado.

Las ideologías entonces representan los distintos modos de concebir la realidad, de acuerdo con la importancia y el tratamiento que le den —principalmente— a la libertad y a la igualdad. Por eso existe un enorme número de ideologías que van desde la práctica anulación de la libertad en aras de la igualdad, hasta la creación de regímenes totalitarios en los que se anula la libertad en aras de la igualdad.

Sin embargo, todas las ideologías, todos los regímenes democráticos, cuando no han querido reconocer valores que trascienden a la simple cuantificación de voluntades, llegan a la paradoja de tener que reconocer también que no todo puede estar sujeto a votación.

Dentro de la dinámica de la vida social, se ha llegado a la organización de diversos tipos de instituciones, estructuradas de acuerdo con un conjunto de principios que tienen como propósito hacer posible la supervivencia del grupo humano.

El orden que se desprende de dichos principios estará condicionado por los principios de los que la organización social es portadora y, en consecuencia, el grupo que detenta el poder buscará siempre el consenso popular para poder ejercer su mandato, ejercitando la coacción necesaria para lograr el cumplimiento de las normas creadas en el nuevo ámbito de competencia.

Cuando se está en presencia del llamado Derecho Privado —en las relaciones de coordinación entre particulares— la coacción necesaria para el cumplimiento de las normas consuetudinarias es derivada al poder público.

En el caso del Derecho Público la coacción la desencadena el Estado desde su posición de *supra* a subordinación. Se trata de la función jurisprudencial que, desde tiempo inmemorial, ha ejercido el detentador del poder —además de la función ejecutiva—, dirimiendo controversias de acuerdo con las normas existentes en la sociedad, nacidas principalmente de la costumbre.

Con la evolución de la organización estatal, además de la función jurisdiccional y ejecutiva que ya tenía el Estado, éste fue paulatinamente monopolizando también la función legislativa, por medio de la cual ha tratado de llevar a los distintos cuerpos normativos —al Derecho Legislado, a la Ley, al Derecho Impuesto— la ideología que justificó la lucha por el poder del grupo dominante.

Con esta nueva función el Estado crea la ley, pero no el Derecho —el justo natural— ya que éste existía desde antes de que existiera la organización estatal, aunque ella esté relacionada con el Derecho, como ya lo había dicho el aquinatense: “*Et ideo lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris.*” El Derecho es asíntota de la ley.

Para que una determinada disposición pueda ser considerada como jurídica es necesario que contenga el enunciado de una conducta deseada y sus consecuencias favorables, así como las consecuencias desfavorables de su incumplimiento.

Tanto las consecuencias del cumplimiento como de su infracción tendrán que ser asumidas por el gobernado que esté dentro del ámbito de competencia de ese Derecho Legislado. Los dos supuestos son jurídicos, luego también lo son las dos consecuencias.

La ley, en cuanto norma impuesta por el poder estatal, debe reunir aquellos caracteres que no den pretexto para que, sistemáticamente, sea incumplida, ya que su razón de existir, su vocación, es su cumplimiento.

Sin embargo —como lo demuestra la Historia— con frecuencia se puede estar en presencia de incumplimientos generalizados, lo que señala la necesidad de un cambio.

Si ese cambio se puede realizar siguiendo los requisitos del propio cuerpo normativo, se estaría en presencia de una misma legitimidad; si ya no es posible hacer los cambios necesarios respetando esos requisitos, queda anulada esa legalidad y, con fundamento en la legitimidad, se crea una nueva legalidad, con independencia de que cualquier cambio de ese tipo hubiese sido desautorizado por la legalidad abrogada.

El planteamiento básico del deber de obediencia no consistirá en exponer las razones positivas, como por ejemplo, la igualdad de oportunidades, o la utilidad de los más con el mínimo sacrificio compartido por todos, sino en evitar aquellos elementos negativos que hubieran constituido cualquier pretexto razonable para la desobediencia.

Este aspecto lo he desarrollado atendiendo al Profesor Legaz Lacambra, cuando ha descrito los caracteres que debe reunir la Ley del Estado, el Derecho Impuesto, para reducir o anular los inconvenientes estructurales derivados del hecho de que esta Ley del Estado sea un mandato impuesto por el poder.

Los principios que una ley debe contener para no dar pretexto a su incumplimiento, parcial o generalizado, pueden ser:

— Que sea general e igualitaria. Esto implica no sólo que todos los sujetos que se encuentren en los mismos supuestos tengan los mismos derechos y obligaciones, sino que se trata también de un criterio igualitario de organización colectiva, que sirva de defensa al avance obsesionante de las regulaciones sociojurídicas efectuadas desde el Estado. La generalidad de la ley se opone no sólo al término “particular”, sino también al término “privilegio”.

– Que no contenga ventajas para grupos o individuos, es decir, que sea hecha en la perspectiva del bien común aunque regule intereses particulares. Esto es así, porque la búsqueda del bien común es un elemento esencial del Estado. Es su elemento teleológico que constituye, en el pensamiento de Suárez, la potenciación benéfica del juego constructivo de los intereses particulares.

– Que propicie la participación cívica y la alternancia en el poder. Toda estructura política debe ser participativa y se articula de dos posiciones diferentes: el mandar y el obedecer. Mandar y ser mandado. La esencia de la participación democrática consiste en que los grupos e individuos se sustituyan, de algún modo, en alguna de las dos posiciones. Es decir, que se dé la llamada “alternancia del poder”.

– Que no contenga dictados totalitarios exclusivistas. Esto es, que mantenga el principio de transacción en múltiples planos: por ejemplo, entre el Derecho tradicional y el nuevo; entre los intereses favorecidos y los desfavorecidos; entre las ideologías conservadoras y las reformadoras; entre el texto de la ley y su aplicación jurisprudencial; entre los privilegios gubernativos y los derechos individuales.

Para que la nueva actividad legislativa del poder esté legitimada, la ley debe cumplir esos requisitos. Se trata de una legitimidad mensurable en términos de investigación sociológica.

La Filosofía Jurídica, en cuanto Filosofía Práctica, consiste en buscar las respuestas pertinentes para las preguntas que plantean quienes buscan la razón última del Derecho, que actúa dentro de una realidad cambiante.

La Filosofía del Derecho no puede quedarse en una mera especulación que la haría estéril.

Gracias a las respuestas que da la Filosofía Jurídica es posible construir un nuevo orden jurídico cada vez que sucumbe la legalidad; cada vez que el ser humano busca nuevos caminos para alcanzar la realización de sus potencialidades materiales y espirituales; cada vez que el hombre se enfrenta, franqueando el misterio, a un nuevo estrato de cuestiones que reclaman respuestas trascendentes.

Dentro del misterio que es el hombre aislado y que es el hombre en su vinculación comunitaria, el Derecho, el justo natural, cada vez hace más posible que ese hombre realice todas las potencialidades materiales y espirituales que se derivan de su naturaleza, en ese caminar eterno por la senda del saber, en el que, en frase afortunada del Profesor Sánchez de la Torre: “Cada franqueamiento de un misterio del ser, aboca al filósofo a un nuevo estrato de cuestiones.”

Sr. Presidente. Permítame concluir mi intervención con un apartado de agradecimiento.

Señores Miembros de este Tribunal:

No tengo palabras para agradecerles la atención con la que han seguido mi exposición, además de la tarea adicional que les ha supuesto el haber leído

mi trabajo, e incluso el haber encontrado tiempo para hallarse presentes en este acto.

Es un honor para mí contemplar en este Tribunal profesores prestigiados como lo son todos ustedes. Algunos habiéndose molestado en desplazarse desde otras universidades, lo cual me obliga a agradecer doblemente su presencia.

Quiero manifestar también mi gratitud a todos los miembros del Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política I, por las innumerables muestras de apoyo que me han prestado.

Reitero un agradecimiento especial hacia quien ha dirigido este trabajo de investigación, el Profesor José Iturmendi Morales, a la vez Decano de esta Facultad de Derecho.

Por último para terminar, mi recuerdo y agradecimiento a mi Alma Mater, la Universidad Anáhuac de México por las facilidades que me brindó para realizar mi investigación aquí cerca de ustedes.

Muchas gracias.