

ESTUDIOS y NOTAS

LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

En el reciente Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en Bruselas se ha puesto de relieve que el tema relativo al concepto de la legalidad conserva una actualidad permanente (1). La discusión del mismo ha recaído, como no podía menos de ser, en el aspecto filosófico-jurídico implicado en la noción de la legalidad; pero, como correspondía a un Congreso de comparatistas, el interés se orientaba por de pronto a la busca de aquellos elementos más o menos formales acerca de los cuales podía patentizarse una coincidencia a través de la variedad de los sistemas jurídicos. Pero el sentido último de esta búsqueda no era tanto el llegar a formular un concepto formal, válido por su vacuidad, para cualquier sistema jurídico, como el encontrar una real aquiescencia en el pensamiento de los juristas de sistemas diversos a ciertos elementos que los juristas occidentales consideran esenciales al concepto de la legalidad. El interés teórico de la discusión radica en que uno de los problemas máximos de la filosofía del Derecho consiste precisamente en la posibilidad de conceptos jurídicos puros, apriorísticos, comunes en cuanto «formales» a todo sistema positivo de Derecho, y, sobre todo, en el señalamiento del valor que tales conceptos pudieran poseer, habida cuenta de la índole teleológica y axiológica del Derecho en el ámbito de la existencia humana.

¿El concepto de «legalidad» es uno de estos conceptos puros, apriorísticos, fundamentales, formales? Así parece, y así es, vistas las cosas bajo cierto aspecto. En efecto, con aquel concepto no se expresa nada específico referente a un sistema jurídico determi-

(1) Véase la ponencia que presentamos a dicho Congreso, «Noción de la legalidad», recogida en el volumen de *Ponencias españolas* editado por el Instituto de Derecho comparado de Barcelona, 1958.

nado. «Legalidad», en el más amplio, general y obvio de los sentidos, significa existencia de leyes y conformidad a las mismas de los actos de quienes a ellas están sometidos. Por eso, en nuestra definición «descriptiva» del Derecho hemos dicho que éste es una forma de vida social, que expresa un punto de vista sobre la justicia y cristaliza en un sistema de legalidad (2); con lo cual queremos decir, nada más y nada menos, que la legalidad es una forma manifestativa del Derecho, la forma precisamente por la que el jurista reconoce la existencia del Derecho. Por consiguiente, es una forma de decir que el Derecho consta de normas; y como no cabe lógicamente pensar un Derecho sin normas, puede decirse que el concepto de norma jurídica es uno de los conceptos apriorísticos, fundamentales o formales del Derecho, porque necesariamente integra la estructura de todo ordenamiento jurídico.

Con esto, sin embargo, no se agota cuanto cabe decir acerca del concepto de legalidad. Por de pronto, convendrá eliminar el posible equívoco introducido por el uso de la palabra «formal». No olvidemos el sentido absolutamente relativo de esta noción, según una conocida exégesis de Max Scheler (3). Tengamos también presente que, en virtud de esa relatividad, de la más contingente de las instituciones jurídicas es igualmente posible formular un concepto «formal». En ese sentido no hay nada que se oponga a la formulación de un concepto formal de la legalidad: bastará con eliminarle «lastre histórico», prescindir de todo lo que, por no ser común, parece contingente y mudadizo y quedarse sólo con aquello estrictamente indispensable que señale la existencia de un algo acerca de lo que se habla. El único problema es si ese algo de lo que se habla posee un mínimo de sustancia que permita un entendimiento entre los que hablan, o si, por el contrario, sólo hace posible un habla de lenguajes diferentes.

Que la legalidad, vista en sentido fundamental, es un concep-

(2) LEGAZ: *Filosofía del Derecho*. Barcelona, Bosch, 1953; pág. 193.

(3) *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 2.^a edición. Halle, 1921; págs. 48 y sigs.; es interesante esta observación: «Ein Apriorismus im Sinne Kants muss notwendig dazu führen, die apriorischen Sätze und Begriffe mit den blossen Zeichen für sie zu verwechseln» (páginas 69-70). Esto llevaría al problema de la «formalización» en el sentido de la Logística; vid., por ejemplo, TARSKI: *Introducción a la Lógica*, ed. esp., España-Calpe, 1951, págs. 144 y sigs.; F. B. FITCH: *Symbolic Logic*. New York, 1952. págs. 12 y sigs.

to puro, apriorístico, fundamental, por cuanto integra la estructura ontológica de *todo* ordenamiento jurídico y es, por tanto, una noción que posee necesidad lógica, es evidente. Pero la cuestión varía de aspecto cuando se la mira en otro sentido. Entonces no es que el primer sentido sea falso, sino que el problema de la legalidad se plantea más bien en el nuevo sentido, aun cuando éste no sólo deja intacta, sino que presupone la validez del primero. Pero la verdad es que cuando los juristas modernos hablamos de legalidad, cuando se discute cuál es el valor actual de la misma, o se inquiera si posee algún sentido, por ejemplo, en el régimen soviético, etc., se está haciendo referencia a algo infinitamente más concreto y preciso que la pura existencia de normas y el necesario ajuste a las mismas de las acciones que regulan. Por eso, desde el punto de vista filosófico-jurídico, no son idénticos el problema de la legalidad y el de la normatividad, a pesar de que materialmente debían serlo (norma=*lex*, ley en sentido material). En definitiva, la idea de ley y el convencimiento de la necesidad y del valor de la ley, e incluso del necesario ajuste a la misma de ciertas acciones, y concretamente de las realizadas por el soberano (doctrina de la sumisión del príncipe a sus propias leyes) es antigua, anterior en todo caso al nacimiento de la problemática moderna de la legalidad. Pues en ésta hay un matiz específicamente moderno, del que necesariamente hay que hacerse cargo. En el concepto de legalidad hay una carga histórica y con él se alude a una serie de exigencias y postulados que van vinculados a una situación histórica y que se expresan en la fórmula del Estado de Derecho, nacido históricamente como Estado burgués y liberal de Derecho; y por eso mismo ha dicho Carl Schmitt (4) que el Estado de Derecho del siglo XIX ha sido en realidad un Estado legalista. En consecuencia, en la medida en que este trasfondo sociológico-político experimenta una mutación que de algún modo se refleja en las estructuras jurídico-políticas, la legalidad se hace problema, se torna problemática, porque lo que hay de constante y permanente en su exigencia tiene que configurarse *in concreto* respecto de una situación nueva, en la que ha de cumplir una misión para la que acaso es

(4) Vid. entre otras: *Teoría de la constitución*, ed. esp. Madrid, 1934, páginas 145 y sigs.; *Legalität und Legitimität*, Berlín-Munich, Duncker & Humblot, 1932 (reimpreso ahora en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlín, Duncker & Humblot, 1958, págs. 263 y sigs.).

inadecuada la figura de que se revistió al presentarse históricamente como problema con entidad propia y sustantiva.

La «legitimidad» es un concepto paralelo al de legalidad. Como éste, posee también un sentido fundamental, que alude a los principios de justificación del Derecho (el Derecho como «punto de vista sobre la justicia»); pero, también como él, posee una carga histórica, si bien ahora diríamos que se trata de un concepto más bien «antiguo», a diferencia de la legalidad, que es una idea «moderna». Este doble sentido ha sido muy bien expuesto en el Tratado de Derecho Político de don Enrique Gil Robles con estas palabras: «La legitimidad de cualquiera institución es su conformidad con la ley en toda la extensión de la palabra, y, por lo tanto, con la ley divina, natural y positiva, y con la humana, ya consuetudinaria, ya escrita. Así, pues, lo mismo da decir legitimidad que legalidad (subrayamos nosotros); pero a veces se emplea esta última palabra, y así lo expresará implícita o explícitamente la elocución, en el sentido de ley contraria a derecho, o como si dijéramos sin moralidad y rectitud, puro legalismo pragmático, privado del espíritu de justicia, y divorciado y enemigo de ella; y también puede usarse el término como expresivo de una ley, que aunque tenga en sí misma razón y justicia, no está en conexión y armonía, sino en oposición y pugna, con otras leyes de orden superior, y así no puede atribuir derechos actuales en colisión con los demás de preferente título» (5). Puede decirse que la legalidad, materialmente entendida, se cifra en la legitimidad —modo «antiguo» de entenderla—, mientras que modernamente, la máxima legitimidad se la ha visto en la pura legalidad. Por eso, Max Weber, que ha distinguido clásicamente las tres formas de legitimidad: la carismática, la tradicional y la racional (6), dice que la forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la legalidad, o sea «la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos» (7).

Así, pues, en el Estado liberal de Derecho la legitimidad de su ordenamiento no ha consistido tanto en su conformidad con una ley superior de justicia, como en el hecho de que ha impuesto la

(5) *Tratado de Derecho político*. Salamanca, 1899-1902, tomo II, páginas 421-22.

(6) *Economía y Sociedad*, ed. México, IV, pág. 23.

(7) *Ob. cit.*, I, pág. 36.

primacía de la ley positiva en todos los ámbitos vitales y ha exigido el estricto ajuste a la misma de todas las acciones estatales, incluidas las de los órganos rectores de la administración y el gobierno (8). Pero esta ley no necesitaba justificarse en ningún orden superior, sino que se consideraba autolegitimada en cuanto expresión de la voluntad general, de la que se consideraba que era por sí misma expresión de la justicia. Por eso se ha dicho (9) que la crisis histórica de las formas tradicionales de legitimidad va englobada en el vasto proceso de racionalización que ha experimentado la cultura occidental. En el fondo de toda pretensión de legitimidad hay una no disimulada invocación al misterio, que puede ser absorbida por la fe, pero no asimilada por un análisis racional. La comprensión de la realidad política dentro de sistemas que, como el suyo decía Laplace, hiciesen innecesaria la hipótesis de Dios, denunciaba una mentalidad racionalista que forzosamente tenía que repudiar como irracionales los títulos de legitimidad no susceptibles de comprobación lógica. Esto explica la disolución de la legitimidad en legalidad, que es también una manera de dar una justificación del poder y de la sumisión del hombre, nacido «naturalmente libre». Con esto, una legitimación trascendente se torna puramente immanente y se cae en una nueva forma de santificar lo existente, con lo que se comprueba que entre Hegel y Rousseau no media la distancia que hace suponer la diversidad de orientaciones políticas derivada de la utilización de sus doctrinas por los partidos.

Todo esto, en definitiva, demuestra que la legitimidad es un concepto esencial al Derecho que, si bien posee también su «carga

(8) Sólo el dominio de la Economía escapa a esta exigencia de una primacía de la ley positiva, porque allí ésta es presupuesta —contrariamente a como se la imagina en los restantes sectores de la vida— perturbadora y arbitraria, pues la ideología de la sociedad burguesa impone como evidente la exigencia de un Derecho natural que hace innecesario el Derecho positivo. Exponiendo ideas de LAVELEYE explicaba G. DE AZCÁRATE este hecho diciendo que «viendo los Gobiernos y las malas leyes empobrecer a los pueblos con impuestos inicuos, perturbar el trabajo con reglamentos absurdos y arruinar la agricultura con cargas abrumadoras, los que se ocupaban de cuestiones sociales llegaron necesariamente a reclamar la abolición de todas estas instituciones humanas para volver a un orden mejor, que se llama el Derecho natural, la libertad natural, el código de la naturaleza» (*Estudios económicos y sociales*. Madrid, 1873, pág. 214).

(9) J. FUEYO: *Legitimidad, validez y eficacia*, «Revista de Administración Pública», Madrid, 1951, núm. 6, págs. 49-50.

histórica», es más «contingente» que la que lastra el concepto de legalidad. Son más irrelevantes las formas históricas de legitimidad, porque lo verdaderamente relevante es que siempre hay una legitimidad. Esto es verdad en plano teórico, porque la legalidad positiva tiene que obedecer a alguna justificación; pero es también una verdad en plano sociológico. Por eso dice Guillermo Ferrero (10) que los principios de legitimidad son exorcismos del miedo y, al propio tiempo, pilares de la civilización: convencionalismos frágiles y limitados, parcialmente justos y parcialmente razonables; por sí mismos, no tienen demasiada razón de imponerse, pero como han sido aceptados por todos, suprimen el miedo y hacen que los gobernados no duden de su obligación de obedecer; podría decirse, pues, que más que un valor racional o jurídico poseen una virtud mágica. Y Max Weber ha explicado perfectamente este aspecto sociológico de la ineludibilidad de la legitimidad por el hecho, cargado de significación axiológica, de la autojustificación. «El hecho de que el fundamento de la legitimidad no sea una mera cuestión de especulación teórica o filosófica, sino que da origen a diferencias reales entre las distintas estructuras empíricas de las formas de dominación, se debe a este otro hecho general inherente a toda forma de dominación e inclusive a toda probabilidad en la vida: la autojustificación. La más sencilla observación muestra que en todos los contrastes notables que se manifiestan en el destino y en la situación de dos hombres, tanto en lo que se refiere a su salud y a su situación económica o social como en cualquier otro respecto, y por evidente que sea el motivo puramente *accidental* de la diferencia, el que está mejor situado siente la urgente necesidad de considerar como *legítima* su posición privilegiada, de considerar su propia situación como resultado de un *mérito* y la ajena como producto de una *culpa*... La subsistencia de toda *dominación*, en el sentido técnico que damos aquí a este vocablo, se manifiesta del modo más preciso mediante la autojustificación que apela a principios de legitimidad» (11).

La escisión entre las ideas de legalidad y legitimidad es un producto típico de lo que llamaba Gil Robles el «Derecho nuevo», o sea, el liberalismo. Muy concretamente, como recuerda Carl

(10) Citado por LÓPEZ AMO: *El poder político y la libertad*. Ed. Rialp, 1952, pág. 43.

(11) MAX WEBER. Ob. cit., IV, págs. 22-23.

Schmitt (12), su origen se encuentra en la Francia monárquica de la Restauración, a partir de 1815, en la que se manifiesta de modo agudo la oposición entre la legitimidad histórica de la dinastía restaurada y la legalidad del Código napoleónico todavía vigente. De esta antítesis fué vocero consciente Lammenais, y antes de la Revolución de 1848 se decía aquello de que *la légalité tue*, la legalidad mata; y, más tarde, Luis Napoleón hablaba de *sortir de la légalité pour rentrer dans le Droit*; en general, para el pensamiento revolucionario y liberal, la legalidad era la expresión del progreso y de la civilización, frente a la barbarie y el paternalismo de los regímenes despóticos. Eso también es lo que la legalidad representaba para el liberalismo español cuando por boca del señor Cortina, interpretado por Donoso Cortés, condensaba sus principios en esto: «en la política interior, la legalidad; todo por la legalidad, todo para la legalidad, la legalidad siempre, la legalidad en todas circunstancias, la legalidad en todas ocasiones», a lo que el gran tribuno que creía «que las leyes se han hecho para las sociedades y no las sociedades para las leyes», contestaba en famoso discurso, afirmando la primacía de la sociedad, que «cuando la legalidad basta para salvar a la sociedad, la legalidad; cuando no basta, la dictadura» (13), con lo cual apuntaba a un nuevo principio de legitimidad distinto del monárquico, que para él podía considerarse periclitado, al menos en su eficacia sociológica, al pronunciar las conocidas palabras: «La monarquía de derecho divino concluyó con Luis XVI en un cadalso; la monarquía de la gloria concluyó con Napoleón en una isla; la monarquía hereditaria concluyó con Carlos X en el destierro, y con Luis Felipe ha concluído la última de todas las monarquías posibles: la monarquía de la prudencia. ¡Triste y lamentabilísimo espectáculo el de una institución antiquísima, venerabilísima, gloriosísima, a quien de nada vale ni el derecho divino, ni la legitimidad, ni la prudencia, ni la gloria!» (14).

Conviene señalar la importancia decisiva que este ambiente ha tenido en el desenvolvimiento de la ciencia jurídica moderna. El

(12) *Das Problem der Legalität*, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, páginas 445, 449.

(13) En el *Discurso sobre la dictadura* (1849; vid. *Obras Completas*, B. A. C., 1946, t. II, pág. 188).

(14) *Loc. cit.*, pág. 191.

Derecho objeto de la ciencia jurídica moderna ha sido el Derecho positivo bajo especie normativa. La concepción normativa de la ciencia jurídica ha nacido de la desvalorización de la ciencia tradicional y la disolución de la dogmática jurídica en técnica del Derecho (15): pues la dogmática había absorbido los valores del yusnaturalismo mundanizados por la ciencia, pero en virtud de la dignidad filosófica a ésta conferida, el estudio de las leyes se resolvió en estudio del Derecho. El racionalismo formal y constructivo del pensamiento jurídico moderno, cargado a veces de sombríos tintes yusnaturalistas, realizó, sin embargo, en gran parte el programa del Derecho natural. Si de un lado la parte general del Derecho de obligaciones y de todo el Derecho civil eran amplias generalizaciones de conceptos jurídicos provenientes de la romanística, estos conceptos habían sido admitidos también por el Derecho natural. Y lo que habían reconocido Bekker y, con ánimo polémico, Bergbohm, o sea la gran influencia del Derecho natural sobre la Escuela histórica, se comprueba en esta supervivencia de los tratados yusnaturalistas del siglo XVIII en la moderna ciencia jurídica dogmática, que trabaja sobre conceptos del Derecho romano. Esta supervivencia del Derecho natural es lo que ha dado alguna justificación y legitimidad al positivismo jurídico. Este ha sido antes una actitud de fe dogmática que una doctrina filosófica crítica. La ciencia jurídica volvió a ser dogmática porque el legislador apareció investido de una justificación ideal. El Código de Napoleón usufructuó el prestigio imperial de que otrora disfrutara el *Corpus iuris*. En general, la ley positiva era aceptada en su positividad porque se la presuponía dotada de intrínseca racionalidad. Frases que todavía hoy se usan en el lenguaje corriente, como la exigencia de una «libertad dentro de la ley», expresarían una banalidad tautológica (libertad para hacer lo que no se prohíbe hacer) si no se las refiere a esta situación histórica en que se presupone, de modo explícito o implícito, una armonía preestablecida entre la racionalidad y la justicia, de un lado, y la ley, de otro (16).

(15) A continuación se recoge algo de lo que se dice en nuestra Ponencia citada: *Noción de la legalidad*, loc. cit., págs. 10 y siguientes. Vid. A. GIULIANI: *Ricerche in tema di sperienza giuridica*. Milano, 1957, página 25; LEGAZ: *El destino del normativismo en la ciencia jurídica contemporánea*, en *Derecho y Libertad*. Buenos Aires, 1952, págs. 35 y siguientes.

(16) LEGAZ: *El destino del normativismo*, loc. cit., págs. 40-41.

De ese modo, la ciencia jurídica positivista, en la medida en que oculta rescoldos de Derecho natural, disuelve la legitimidad en legalidad, porque cree en la legitimidad inmanente de la legalidad.

El legalismo en la ciencia jurídica celebra su apoteosis con el hecho de la codificación. Esta representa el triunfo y la culminación del movimiento legalista. En el Código se expresan al máximo las condiciones formales de racionalidad y logicidad que se presuponen en la ley. Pero esto impone a los juristas una actitud que, por exceso de legalismo, cae en lo puramente exegético. Por eso ya Savigny había pensado que la obra codificadora habría de representar hasta cierto punto un descenso de la actividad científica de los juristas, porque el Código, culminación del intelectualismo jurídico, implica fatalmente un colapso de la fecundidad jurídica creadora y un predominio de la exégesis al margen de toda preocupación verdaderamente científica.

Ahora bien, cuando se arrumban los supuestos ideales en los que se apoya la fe en la legalidad, cuando se apagan los últimos rescoldos que inadvertidamente se alojaban en la entraña del positivismo jurídico, la legalidad se convierte en un puro formalismo. Es una legalidad vacía, bajo la que se encubre la más variada y a veces averiada mercancía. El fenómeno de la «legislación motorizada», estudiado por Carl Schmitt (17), complica aún más las cosas, porque materias fundamentales que tradicionalmente eran objeto de legislación formal —y en el Estado de Derecho tenían que serlo— son hoy objeto de «medidas» de organismos burocráticos dotados de poder irresistible y, de hecho, en la práctica política y constitucional, la distinción entre ley y medida aparece prácticamente borrada y, de otra parte, es menester suplantar o contrarrestar el principio de legalidad por otros principios de legitimidad por razón de materia, de supremacía o de necesidad (dictadura del Jefe del Estado prevista en la Constitución, legitimación plebiscitaria, etc.) (18).

Y de otro lado, los juristas han ido paulatinamente abandonando su fe en la legitimación inmanente de la legalidad, y su actitud se ha orientado unilateralmente a *atenerse sólo a la legalidad*. Surge así —dice Schmitt— la contraposición típica entre lo «consti-

(17) *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*. Tübingen, 1950 (reimpreso en *Verfassungsrechtl. Aufsätze*, págs. 404 y sigs.).

(18) *Legalität und Legitimität*, loc. cit., págs. 293 y sigs.

tuyente» y lo «constituído», entre el *ordo ordinans* y el *ordo ordinatus*, entre el *pouvoir constituant* y el *pouvoir constitué*. Los juristas del Derecho positivo, esto es, constituído y estatuido, se han acostumbrado a tener en cuenta solamente este orden existente y los hechos que dentro de él acontecen, o sea el ámbito de lo ya constituído, y en particular el sistema de una legalidad estatal determinada. En consecuencia, rechazan como metajurídica la consideración de todos los acontecimientos que sirven para fundar y constituir ese orden y ese sistema. Refieren la legalidad a la constitución o a la voluntad del Estado construido como persona. Pero la cuestión de dónde proviene esta constitución, de cómo nace este Estado, la rechazan como puros «hechos» que escapan a la consideración del jurista. En tiempos de seguridad aporoblemática, esto tiene cierto sentido práctico, sobre todo si se piensa que la moderna legalidad constituye, ante todo, el modo de funcionamiento de la burocracia estatal: pues ésta no se interesa por el derecho de su origen, sino tan sólo por la ley de su funcionamiento (19). Y, en efecto, la concepción jurídica continental ha conducido a una concepción de la legalidad en la que ésta viene a significar el método de trabajo y funcionamiento de las diversas autoridades, dentro de un Estado moderno industrializado, superorganizado y altamente especializado. El modo de resolver los negocios, las costumbres y rutinas de los funcionarios, el funcionamiento previsible, la preocupación por mantener esta forma de existencia y la necesidad de cubrirse frente a toda responsabilidad, son cosas que pertenecen al complejo de una legalidad concebida al modo burocrático y funcional (20). Este concepto de legalidad no será fácilmente entendido en Inglaterra, pero es perfectamente aplicable a países como Alemania, Francia, Italia o España.

El Derecho se configura como un sistema de legalidad porque la unidad del ordenamiento jurídico se basa en la existencia de una norma fundamental de la cual son una derivación todas las restantes normas; es, pues, el ordenamiento jurídico un sistema de «de-

(19) Cfr. C. SCHMITT: *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des ius publicum europæum*. Greven Verlag, Köln, 1950, págs. 50-51.

(20) C. SCHMITT: *Das Problem der Legalität*, loc. cit., pág. 444; cfr. MAX WEBER: *Economía y sociedad*, I, págs. 226 y sigs.; IV, págs. 85 y siguientes.

legaciones de procedimientos», como explica Kelsen al hacer suya la doctrina de Merkl sobre la construcción escalonada del Derecho. En este sistema se regulan los procedimientos que aseguran la regularidad de la creación de las normas. Toda regularidad, incluso la que obedece a exigencias de contenido, se reduce según Kelsen a una regularidad formal, esto es, referida al procedimiento de producción de la norma —que es, al propio tiempo, aplicación de una norma superior (21). Sin embargo, hay normas creadas irregularmente: leyes anticonstitucionales, reglamentos o decretos ilegales. ¿Qué ocurre con tales normas? Para Kelsen, puesto que carecen de validez, son la «nada jurídica», son inexistentes desde el punto de vista jurídico (22). Sin embargo, hay esas normas, las cuales poseen validez al menos provisional. El mismo Kelsen, haciéndose cargo de este hecho, explica que si existe una ley inconstitucional es porque la Constitución admite que conserve su validez por lo menos mientras no sea anulada por un Tribunal constitucional. Si falta este organismo, todo lo que el órgano legislativo considere ley tendrá que ser aceptado como tal en el sentido que la Constitución da a la palabra; y entonces ninguna ley será inconstitucional. «Los preceptos de la Constitución relativos al procedimiento legislativo y al contenido de las leyes futuras, no significan que las leyes puedan ser creadas únicamente en la forma y con el alcance señalados por la Constitución. Esta faculta al legislador a crear leyes en otra forma, y también con otro contenido... Así como los Tribunales pueden estar autorizados, en ciertas cir-

(21) Cfr. KELSEN: *Allgemeine Staatslehre*. Viena, 1925 (ed. esp. de LEGAZ. Barcelona, Labor, 1934), págs. 229 y sigs., 248-50; *Compendio esquemático de una Teoría General del Estado*, ed. de RECASÉNS y AZCÁRATE, Barcelona, Núñez, 1927, págs. 99 y sigs.; *La teoría pura del Derecho. Método y conceptos fundamentales*, ed. de LEGAZ, Madrid, «Revista de Derecho Privado», 1933, págs. 47-56 (págs. 94-126 de la edición argentina de TEJERINA. Buenos Aires, Losada, 1941) sobre la base del manuscrito inédito y de la edición alemana de 1934 (*Reine Rechtslehre. Methode und Grundbegriffe*), respectivamente; *Teoría General del Derecho y del Estado*, ed. de GARCÍA MAYNEZ, México, 1950, págs. 128 y sigs.

(22) «La afirmación corriente de que una ley anticonstitucional es nula, carece de sentido, en cuanto una ley nula no es tal ley. Una norma no válida es una norma no existente, es la nada jurídica. La expresión *ley inconstitucional* aplicada a un precepto legal que se considera válido sólo puede serlo porque corresponde a la constitución; si es contrario a ésta, no puede ser válido»: *Teoría General del Derecho y del Estado*, pág. 162.

cunstances, a no aplicar el Derecho legislado o consuetudinario existente, sino actuar como legisladores y crear nuevo Derecho, del mismo modo el legislador ordinario puede encontrarse facultado en ciertas circunstancias a proceder como legislador constitucional... El legislador está facultado por la Constitución, bien para aplicar las normas establecidas directamente en la Constitución misma, bien para aplicar otras, sobre las que él mismo puede decidir. De otro modo, una ley cuya creación o contenido no correspondiesen a las prescripciones directamente establecidas en la Constitución no podría ser considerada válida (23). El amplio formalismo kelseniano acoge de este modo lo que en rigor constituye una fuerte limitación a la idea de la legalidad: pues la Constitución no tiene interés en someter a control la regularidad del proceso creador de las leyes cuando hay un fuerte interés político en reconocer la libertad del legislador, mientras que cuando se ha logrado un equilibrio duradero por medio de una institucionalización vigorosa, el interés recae, por el contrario, en precaverse contra las desviaciones que se oponen a un sistema de continuidad y favorecen las tendencias del poder hacia la arbitrariedad (24). Es típico a este efecto lo acontecido en España con la creación del Tribunal de Garantías constitucionales en la época de la República. La actuación jurisdiccional del mismo fué pensada *pro futuro* y de una manera expresa quedaron exceptuadas de sus posibilidades de revisión las leyes dictadas con anterioridad por las Cortes Constituyentes. Teniendo en cuenta que las leyes no tienen, de ordinario, efecto retroactivo y, caso de tenerlo, es con carácter excepcional y objeto de una especial mención, parecería innecesario decir que la ley sobre el Tribunal Constitucional no tenía tal efecto retroactivo; el decirlo implica, pues, un interés político en excluir de la revisión a unas leyes determinadas, precisamente porque se tenía la conciencia de que pudieran ser declaradas inconstitucionales: con lo cual, *ipso facto*, quedaron convertidas en leyes constitucionales que, de hecho, alteraron en parte la letra y el espíritu de la Constitución, o al menos, acentuaron ciertos rasgos sectarios y

(23) Kelsen: *Teoría General del Derecho y del Estado*, págs. 162-63. MERKL había explicado esto por medio de una «norma de habilitación»: *Die Lehre von der Rechtskraft*, Viena, Springer, 1923, págs. 294-96.

(24) J. FUEYO: *Legitimidad, validez y eficacia*, pág. 88.

discriminatorios contenidos en la misma (25). Por lo demás, esta limitación política de la legalidad parece un hecho irremediable, radicado en la naturaleza misma de las cosas, y a ello obedece el carácter necesariamente problemático de la «Justicia constitucional», puesto de relieve en la clásica discusión entre Kelsen y Schmitt acerca del problema del «defensor de la constitución», y que todavía se patentiza en las discusiones sobre el actual Tribunal constitucional establecido por la Ley fundamental de Bonn, pues sin perjuicio de reconocerse unánimemente el carácter jurisdiccional de la institución, se reconoce igualmente la naturaleza política de los asuntos sometidos a su decisión y se discute acerca del alcance que este elemento político posee en relación con el modo de actuar del Tribunal (26).

Ahora bien, todo esto pertenece al aspecto puramente formal de la legalidad, pero no satisface por sí solo a todo lo que la conciencia jurídica occidental exige y espera de la proclamación del principio de legalidad. La legitimidad y legitimación de las normas no trasciende ahí de la que le confiere la legalidad en cuanto autojustificada, esto es, basada en sí misma. ¿Pero en qué instancia se legitima esta legalidad? ¿Requiere ésta, además de una estructura formal, la aceptación de determinados principios y contenidos que la legitimen y cuya aceptación por el pensamiento y la realidad jurídica occidental es lo que da un sentido a la legalidad y lo que constituye una base para entenderse con otros pensamientos y otros sistemas jurídicos que hablan también de legalidad? Pensamos, por ejemplo, en el régimen soviético y en las «democracias populares» que, indudablemente, poseen también su propia

(25) Véase sobre esto LEGAZ: *El Estado de Derecho en la actualidad*, Madrid, 1934, cap. «La justicia constitucional».

(26) En el *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* (N. F., t. 6, 1957) se inserta una sugestiva colección de estudios e informes acerca del *status* del Tribunal de Justicia constitucional establecido por la Ley fundamental de Bonn. Llevan una introducción de G. LEIBHOLZ y contienen un amplio informe del propio Tribunal y unas observaciones del famoso constitucionalista Richard THOMA. Para nuestro punto de vista interesa, sobre todo, la discusión en torno a los elementos políticos que informan y actúan en la institución, acerca de lo cual vid., sobre todo, págs. 111-12, del escrito de LEIBHOLZ, 120 y sigs. del Informe, 144-45 de la Memoria, 170-73 de las observaciones de R. THOMA y 200-201 de la réplica del autor del Informe a estas observaciones.

legalidad. ¿Pero se entiende ahí por «legalidad» exactamente lo mismo que entendemos los juristas occidentales?

Sabido es el carácter puramente instrumental que Lenin y el marxismo atribuyen a la legalidad, de la cual se sirven —tanto, como en caso necesario, de la subversión— como instrumento de lucha (27). Pero, como ha subrayado el profesor John N. Hazard (28), después de la muerte de Stalin, la lectura de las revistas jurídicas rusas parece indicar que los juristas soviéticos no ven inconveniente en aceptar en su sistema principios que los juristas occidentales consideran esenciales al procedimiento de legalidad. Los autores soviéticos, en efecto, están también de acuerdo con lo que los miembros de la Asociación internacional de ciencia jurídica consideran esencial a la legalidad, a saber, que es desable que el gobierno no pueda perturbar a los ciudadanos más que de conformidad con una ley general anterior, y que no pueda el gobierno emplear la fuerza o sanciones contra un ciudadano, incluso si es infractor de esa ley, más que siguiendo un procedimiento justo y organizado. Además, los autores soviéticos parecen también conformes con sus colegas occidentales en el hecho de que deban existir instituciones por medio de las cuales puedan establecerse los elementos materiales y procesales. Ahora bien, el aspecto de garantía procesal no pasa de ser un formalismo, necesario pero insuficiente. Para Hazard la noción de legalidad implica también el elemento material de los derechos humanos edificados sobre el concepto de la dignidad del hombre, ya en el sentido del cristianismo, ya en el sentido racionalista y liberal. Estos derechos son a menudo desconocidos y negados en Occidente, pero aun sus negadores sienten la necesidad de justificarse y de apelar como excusa de su actuación a otros principios superiores de orden humano. Pero el problema está en que *este concepto de la dignidad del individuo no existe en el marxismo*. Ciertamente que a menudo se ha expresado en Rusia un gran interés por el individuo, pero cierto también que no se ve en él más que una unidad de producción

(27) LENIN consideraba malos revolucionarios a los que no sabían servirse de todas las formas legales de lucha, tanto como de las ilegales. La cuestión ha sido tratada filosóficamente por G. LUKACS en *Geschichte und Klassenbewusstsein*, Berlín, 1923 (no hemos podido manejar esta obra).

(28) En su ponencia al V Congreso Internacional de Derecho Comparado: *La Légalité: quelques problèmes fondamentaux en vue d'une synthèse possible des concepts soviétiques et occidentaux*.

y que su dignidad no es más que la dignidad de la máquina. Esto y, sobre todo, la estructura misma del régimen político ruso, basado en un dogmatismo absoluto, en la unidad absoluta e irresistible del poder y en la supremacía de este poder político concentrado al máximo sobre todas las manifestaciones de la vida espiritual, incluido el pensamiento jurídico, dificulta que la noción de legalidad, tal como el Occidente la acepta, tenga allí una real acogida. Y por eso, aun en países de marxismo mitigado como Yugoslavia, no se atribuye a la legalidad —en su forma de control constitucional de la legislación— otra función que la de ser un instrumento de la transformación de la sociedad en sentido socialista (29).

Se plantea así el problema de la «legitimidad de la legalidad». Es evidente que, en cierto plano, cabe conformarse con señalar que el principio de legalidad consiste en «atenerse a la regla de Derecho dictada por las autoridades competentes» (30), pero a condición de que la regla de Derecho cumpla su función de hacer que «las prerrogativas que todo ser humano merece por el hecho de serlo se vean protegidas» (31). Quiere decirse con esto que no basta que un determinado sistema de legalidad posea «autojustificación» —pues ninguno carece de ella—, sino justificación «objetiva», esto es, válida no sólo para él, sino para los demás. Aquí hay una dificultad que radica en la justificabilidad de ese criterio ajeno. Se puede tener razón frente a los demás y aunque los demás no la reconozcan. ¿Cabe afirmar orgullosamente un determi-

(29) Así, VOJISLAV SIMOVIC: *La notion de légalité dans la législation et doctrine yougoslaves* (Ponencia al V Congreso Internacional de Derecho Comparado): «Tout Etat où le principe du règne du droit est en vigueur doit comporter un système plus ou moins différencié de contrôle de la légalité. Cette vérité est tout particulièrement vraie d'une démocratie socialiste, où le développement de rapports socialistes dans les différentes sphères de la vie —et de la gestion— sociales nécessite l'élaboration et la mise au point, d'un mécanisme de règne du droit et de contrôle de la légalité... Tout d'abord, la légalité est l'une des conditions de réalisation du système de démocratie socialiste.»

(30) J. M.^a PI SUÑER: *La noción de legalidad en Derecho administrativo español*, en el volumen de *Ponencias españolas al Congreso de Derecho Comparado*, pág. 23, con especial referencia a la ley de régimen jurídico de la administración, que representa una explícita afirmación del principio de legalidad de la administración.

(31) PI SUÑER: loc. cit., pág. 20.

nado principio justificativo como único válido, sobre todo si ese principio tiene un «lastre histórico» que le impide reconocerlo como absoluto? De ese modo la cuestión se desplaza al plano del Derecho natural, el cual no puede servir para dogmatizar un sistema positivo determinado, excluyendo la validez de los demás. El Derecho natural permite mucho juego al Derecho positivo, y éste puede invocarlo desde perspectivas muy diversas y basarse en principios, incluso de apariencia antagónica, pero igualmente justificados. Sin embargo, habrá siempre un límite: que se reconozca y acoja lo que siempre y en toda y cualquier circunstancia tiene que valer como de Derecho natural, y esto son precisamente los derechos naturales del hombre.

Es verdad que éstos no se agotan en una lista que ha podido ser formulada al calor de una circunstancia histórica concreta, y tampoco el modo de su realización o protección se limita a los modos o técnicas condicionados por esa situación. En determinadas circunstancias, por ejemplo, convendrá cargar el acento más sobre exigencias comunitarias que individualistas y resaltar la importancia del «bien común». Pero precisamente en nuestra situación se hace patente la necesidad de reafirmar los valores de la persona, sin vincularlos unilateralmente a las concepciones del «clásico» individualismo (32), sino ampliándolos en sentido social (33). Ahora bien, no debe olvidarse en ningún caso que los derechos «sociales» son también derechos del individuo humano que de hecho no han sido suficientemente protegidos en la estructura de la sociedad burguesa en régimen jurídico de capitalismo liberal.

Esto implica la inserción de la legalidad en un orden superior yusnaturalista, realizado en la Constitución, pero por ésta reconocido como trascendente, y de ahí la posibilidad de hablar no ya sólo de «inconstitucionalidad», sino de «antiyusnaturalidad» de una disposición legal, como respecto de la Ley fundamental de Bonn se ha afirmado por alguno de sus intérpretes (34).

(32) Queremos decir, al entrecomillar lo de clásico, que no es el «individualismo» lo que ponemos entre paréntesis, sino la concepción del mismo vinculada a las situaciones de la sociedad burguesa.

(33) De ahí también la moderna transformación del Estado burgués liberal de Derecho en Estado social de Derecho, según la fórmula de la Ley fundamental de Bonn; cfr. P. LUCAS VERDÚ: *Estado liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, Salamanca, 1955.

(34) Vid., por ejemplo, O. BACHOF: *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* Tübingen, Molor, 1951.

De esta manera, la legalidad responde a su razón fundamental e histórica de ser, la que le confiere verdadera legitimación: ser la forma y condición *sine qua non* de realizar los valores de la persona humana, principalmente el respeto a la misma mediante la instauración de un *orden seguro y estable* que permita a todos «saber a qué atenerse» y que delimite con precisión las esferas de lo posible, lo lícito y lo obligatorio del obrar, y *justo* en cuanto que dé a la comunidad y al individuo lo suyo, esto es, los derechos que por naturaleza le competen y la esfera de libertad conveniente a su dignidad.

En este último sentido, el principio de legalidad tiene una permanente y renovada función práctica que cumplir, cuya realización puede servirle de principio activo de legitimación: contribuir a la libertad real del hombre emancipándole de la presión del Estado omnipotente, pero también de las fuerzas sociales más poderosas que el mismo Estado cuando éste, frente a ellas, recae en un inexplicable *laissez faire*. La acentuación unilateral de ciertas libertades puede ayudar a olvidar cómo bajo aspectos muy concretos la libertad real del hombre se ve cada vez más entorpecida y recortada, con independencia de la ideología propia del régimen político. El poder de los organismos burocráticos estatales crece sin cesar y es perfectamente posible pensar, por ejemplo, que una disposición o medida de un organismo rector de los servicios de abastos en una época de racionamiento puede significar de hecho, frente a un individuo determinado que no cumpla ciertos «requisitos», el disponer de su derecho a la vida. Otras veces son las empresas monopolísticas de servicios públicos las que ejercen —en formas jurídicas perfectamente conocidas— una auténtica dictadura sobre el sector vital que rigen, que en la vida moderna puede revestir una importancia decisiva, pero dictadura insoportable cuando en su base hay esa concepción que Julián Marías ha llamado «vida como desprecio» y falta su consideración como «respeto». Frente a todo esto, el principio de legalidad no puede agotarse en un estático formalismo; es, por el contrario, un principio activo y dinámico que en cada circunstancia concreta ha de legitimarse, recobrando e imponiendo la primacía de la norma general de la ley sobre el complejo y profuso sistema de disposiciones y medidas que usurpan su tradicional y esencial función de ser la definidora de la libertad y el derecho de cada uno.

LUIS LEGAZ LACAMBRA

RÉSUMÉ

Dans la science du Droit il est possible de construire deux types de concepts: les concepts appelés "purs" "aprioristiques" où "fondamentaux" et les concepts de caractère "empirique", "historique" et "contingent".

Les premiers expriment les structures ontologiques nécessaires pour tout ordre juridique. Les seconds représentent des institutions juridiques qui n'ont pas une nécessité logique pour le droit.

Les concepts de légalité et de légitimité répondent, d'une certaine manière, au premier type. Mais quand le juriste moderne traite, et même polémiqnement, oppose les deux concepts, il ne les pense pas à ce niveau de pureté philosophique, sinon qu'il les charge au contraire, d'un certain poids d'historicité. De cette manière, la "légalité" symbolise le complexe des valeurs, des aspirations et des exigences, réunies dans l'idée d'Etat de Droit bourgeois et libéral; en même temps que les partisans de la légitimité peuvent penser que "la légalité tue" et qu'il est nécessaire de "sortir de la légalité pour rentrer dans le Droit" car ils se représentent la légalité comme un positivisme legaliste sans aucun carat de justice ou de quelque autre valeur.

Le concept de légalité a démontré dans cette radicale formalisation son aspect de "concept fondamental" du Droit ainsi que sa complète inefficacité, quand il se sépare de tout esprit substantiel de légitimité.

Le problème se pose, de savoir si dans la pensée occidentale l'idée de légalité peut exprimer par elle même une valeur capable de la légitimer. Se rapporter à un principe de légitimité c'est inexcusable, mais ce qui a accredité historiquement l'idée de légalité comme une valeur propre, c'est son inclusion dans un ordre jusnaturaliste. Le droit naturel c'est le principe de légitimité, se traduisant comme la reconnaissance et le respect des droits naturels humains. Mais ceux-ci sont réellement reconnus et respectés, quand en plus de leur déclaration formelle il y a une "supériorité de la loi" c'est-à-dire une règle générale comme une garantie de la sûreté juridique, ce qui avant tout signifié une possibilité de "savoir que faire" et cette possibilité crée par le Droit est la base du respect personnel.

SUMMARY

In the science of Law it is possible to build two kinds of concepts, "pure", "aprioristic", or "basic", and those with an "empirical", "historical" and "occasional" character. The former concepts express ontological structures required by all juridical ordinances, and the latter type signify juridical institutions without a logical necessity for the Law.

The concepts of legality and legitimacy answer, to some extent, the first. However, when the modern lawyer argues and discusses both concepts he does not think on this level of philosophical purity; on the contrary, he overcharges them with historical weight. In this way "legality" symbolizes the complex of values, aims and duties, summarized by the idea of a bourgeois and liberal State of Law, and at the same time the partisans of legitimacy may think that "legality kills" and it is therefore necessary "to escape legality so as to enter into the Law", because legality stands for legalistic positivism lacking justice and all other value. The concept of legality has been shown in this radical form of "fundamental concept" of Law and at the same time in its complete and utter weakness when disconnected from all substantial criterion of legitimacy.

The problem is: can the idea of legality express by itself a value able to give it legitimacy in Western opinion? It is necessary to avert on principle inexcusable legitimacy, but the thing that has historically implied the idea of legality as a proper value has been its insertion into a naturalistic order. The natural Law is the principle of legitimacy and it changes, recognising and respecting human and natural rights. These rights are really recognized and respected when, besides its formal proclamation, there is a "primacy of Law", and it implies as a general rule a warrant of juridical security that, above all, means a possibility "to know on what to rely", and this possibility being created by the Law is the first way to respect the person or individual.

