

**INSUFICIENCIA DE LA LEGITIMACIÓN DEL DERECHO EN SU
PRODUCCIÓN NORMATIVA, DESDE LAS PERSPECTIVAS
IUSPOSITIVISTAS Y IUSNATURALISTAS.**

**INADEQUACY OF THE LEGITIMACY OF THE LAW IN ITS
NORMATIVE PRODUCTION, FROM THE IUSPOSITIVIST AND
IUSNATURALIST PERSPECTIVES.**



Efraín De Jesús Gutiérrez Velázquez *

* Profesor de la Universidad de Guadalajara, efrain@cunorte.udg.mx.

Sumario: I. A manera de introducción. II. El legalismo como fuente de legitimidad de la producción normativa del iuspositivismo. III. La intuición racional como factor legitimador de la producción jurídica del iusnaturalismo. III. El derecho estatal como un producto cultural. IV. Conclusiones. VII. Bibliografía. Recepción 12 de Febrero de 2019. Aceptación: 12 de Marzo de 2019.

Resumen

La legitimación del derecho es defendida desde diferentes discursos epistemológicos de las distintas teorías del pensamiento jurídico. Particularmente, desde la más antiguas de ellas, el iuspositivismo y el iusnaturalismo, se realizan abordajes teóricos desde los que se valida a un sistema normativo jurídico, básicamente, desde el iuspositivismo, por el poder público depositado en quienes se encuentran autorizados para producir la norma jurídica y, desde el iusnaturalismo, por la intuición racional de expertos que determinan los alcances de valores universales que se convierten en fuentes referenciales de la producción normativa, adoleciendo de un asentimiento social y participativo de la sociedad destinataria.

Abstract

The legitimation of the law is defended from different epistemological discourses of the different theories of legal thought. Particularly, from the oldest of them, iuspositivism and natural law, theoretical approaches are made from which a legal normative system is validated, basically, from the iuspositivism, by the public power deposited in those who are authorized to produce the norm legal and, from the natural law, by the rational intuition of experts who determine the scope of universal values that become reference sources of normative production, suffering from a social and participatory consent of the target society.

Palabras clave.

iusnaturalismo, legitimación del derecho, iuspositivismo, producción normativa, sistema jurídico, filosofía del derecho.

Keywords

Natural law, legitimization of law, iuspositivism, normative production, legal system, philosophy of law.

I. A manera de introducción

El fundamento medular de toda filosofía del derecho es el ejercicio básico de la problematización de los campos abstractos del conocimiento humano. El derecho como objeto de análisis de la teoría del derecho y ésta, como objeto de estudio de la filosofía jurídica, representan en la actualidad, una de las fuentes de mayor validación para el conocimiento jurídico.

La norma jurídica como producto de los poderes públicos representa uno de los temas de mayor interés para la ciencia jurídica y por qué no, para la ciencia política, dualidad indisoluble que nos obliga a explicarlas, describirlas, cuestionarlas y transformarlas desde paradigmas que atraviesen con un amplio sentido de trazabilidad, estas ciencias de la humanística o del espíritu.

Uno de los componentes que despiertan mayor polémica entre la comunidad científica del derecho es el de la legitimación y validez de la norma jurídica: al momento de su producción legislativa y en su posterior observancia social.

Este artículo está centrado exclusivamente en la primera etapa de la norma jurídica. Dentro de las dimensiones del derecho, la de su producción o reproducción, es la que reviste una vital importancia, pues implica el factor creacional de la génesis normativa pública, que determinará en gran medida el modelo de vida de una sociedad determinada. Gnoseológicamente cómo se le

otorgue cierta validez al modelo de producción normativa y al conocimiento que de este se derive, es en el que se centra el objeto de estudio del presente artículo.

Desde la perspectiva de las escuelas del pensamiento jurídico, se observa, explica, cuestiona y construye conocimiento jurídico acerca de la legitimación del derecho.

Desde el metalenguaje del iuspositivismo, el iusnaturalismo, el iusmarxismo, el iusrealismo y el neocontractualismo, se plantean diversas posturas y abordajes filosóficos para explicar y describir lo que cada una de estas corrientes entiende por la legitimación del derecho de la producción normativa, sus alcances y orientaciones. Las dos escuelas de mayor de conocimiento en el mundo académico son el iusnaturalismo y el iuspositivismo. A partir de esta concepción abstracta, la filosofía del derecho redimensiona su propósito y alcances.

II. El legalismo como fuente de legitimidad de la producción normativa del iuspositivismo

En el positivismo jurídico y toda una escuela de defensores de ésta teoría, se purificó al derecho respecto de agregados místicos o religiosos. Por lo que las vertientes filosóficas como la de la validez y la legitimación del derecho, no fueron exentas del análisis reflexivo de éstas nuevas corrientes del pensamiento jurídico. Así, desde su origen y hasta nuestros días, el derecho está legitimado, según el *iuspositivismo jurídico desde su enfoque ideológico*¹ y la tesis de la representación unitaria del poder político (*o Democracia representativa*)², con el solo hecho de que los individuos que son conformantes de una nación, se les respeten sus derechos electorales.

¹ VAZQUEZ R., Teoría del derecho, D.F., 2007. Pp. 12-14.

² BOBBIO N., El futuro de la Democracia, D.F., 2005, pp. 50 – 56.

El *iuspositivismo* ideológico, sostiene que las disposiciones normativas públicas son enteramente válidas si para la creación normativa se respetó el sistema jurídico existente y el órgano creador estaba facultado para ello. En lo que respecta a la postura de la democracia representativa, tiene un alto grado de normalidad que en la relación de representados – representante, éste último tenga amplia libertad y poderes a nombre de los representados por la confianza depositada en él, cuya función es la de interpretar o intuir los intereses de la comunidad.

En una sociedad contemporánea, con éstas dos bases de argumentación, se siguen justificando la legitimación de los sistemas normativos, desde una visión de la teoría jurídica y una de la teoría política; las normas jurídicas valen por el simple hecho de *existir* y los representantes del poder político – de manera particular los órganos productores de las disposiciones constitucionales y legales – no son simples delegados, sino *consagrados* por la sociedad para que puedan actuar sin restricción alguna en el ejercicio del poder. Esto es prácticamente insostenible.

En estas dos corrientes del pensamiento jurídico-político hay un alto grado de escepticismo ético, que ha convertido a los regímenes gubernamentales en pragmáticos y utilitarios desmedidos. Hay una visión reductiva del papel central que debe prevalecer en cualquier sistema constitucional y de orden gubernativo. Así, se llega a sostener con fanatismo "*la creencia en la legitimidad reducida a la creencia en la legalidad: basta invocar la legalidad con que se tomó una decisión*"³.

El positivismo jurídico tradicional, carece de todo fundamento axiológico al aceptar un sistema jurídico nacional basado en simples coherencias de arquitectura jurídica, que, de forma, pudiera aparentar un orden jurídico

³ HABERMAS J., Problemas de legitimación del capitalismo tardío, Madrid, 1973. p. 165.

equilibrado, más, de fondo, resulta indiferente ante los propios fundamentos que dan sentido al orden, cohesión y equilibrio social.

Existen como muestra de esta indiferencia, múltiples sucesos del siglo pasado, donde los regímenes gobernantes que adoptaron como modelo de estructuración jurídica al iuspositivismo, sólo se preocuparon por legalizar sus atropellos de lesa humanidad (véase fascismo Italiano y el nazismo alemán) que nos demostraron que la condición de la legalidad no les alcanzó para el de legitimidad.

El iuspositivismo ideológico reduce el concepto de la justicia al de la legalidad; para los partidarios de esta teoría jurídica, el estado de derecho, desde una perspectiva sumamente reduccionista, se equipara exclusivamente al del cumplimiento de la ley. Lo que no se pregunta esta corriente son los contenidos y sesgos del derecho, que, finalmente, son los que le darán la teleología jurídica a un sistema constitucional de un determinado país.

El consentimiento social a un sistema normativo no se da por el simple silencio de ésta ante su aplicación, pues *“el reconocimiento fáctico de un sistema de normas de este tipo no se basa solamente, desde luego, en la creencia de legitimidad que los gobernados alientan sino en el temor a sanciones que constituyen una amenaza indirecta, y la resignación ante ellas, así como en el mero dejar hacer, teniendo en cuenta la impotencia percibida en uno mismo y la carencia de alternativas”*⁴.

III. La intuición racional como factor legitimador de la producción normativa del iusnaturalismo

Esta primera etapa de la producción legislativa del derecho y su proceso de legitimación social, actualmente es objeto de análisis científicos de la ciencia y

⁴ *Ídem.* p. 163.

filosofía jurídica y para ello se aborda, desde una metodología analítica del derecho, partiendo básicamente desde una de las cinco principales corrientes del pensamiento filosófico del derecho.

Es de vital importancia tener una clara idea de los alcances que ha tenido el derecho natural dentro del pensamiento de la comunidad científica del derecho. La corriente del pensamiento jurídico del iusnaturalismo es una respuesta de la filosofía al problema en sí del derecho como un conjunto normativo; de ahí que su antecedencia histórica quede insertada en la historia general de la filosofía.

Subsiste genéricamente la idea de que por encima de las leyes terrenales o expedidas por los seres humanos, subyacen algunos postulados superiores, cuyas afirmaciones ya se encontraban presentes desde el pensamiento clásico griego, mismo que no ha dejado de ser una constante en la historia de la humanidad. Su composición filosófica de esta teoría jurídica hace que sea muy diversificable y mutable.

En sentido amplio, la corriente teórica del iusnaturalismo, es un derecho – como conjunto normativo - con las implicaciones sociales y culturales que ello conlleva, que tiene la condición de imposición de normas pertenecientes a un sistema moral, en cuanto que tienen como pretensión la de regular la conducta humana con el propósito de lograr la convivencia social armoniosa y justa. Ya en un sentido estricto, se trata de sólo referencias valorativas, pero de ninguna manera de naturaleza jurídicas.

El iusnaturalismo ha pasado por diversas etapas y concepciones, -en la Grecia antigua - desde los presocráticos que ligaban la idea del naturalismo basado en el cosmos, que en un sentido amplio, lo relaciona a la physis, hasta Heráclito, que concebía al cosmos-logos como un orden normativo supremo; o el propio Anaximandro, que lo menciona como la justicia cósmica.

También tenemos a los propios sofistas que significaban una oposición entre la *physis* y *nomos*. En este sentido, el punto medular ya no es el cosmos sino el individuo como tal, corriente que se le conoce como el humanismo de Atenas. Posteriormente vendrían los clásicos como Sócrates, Platón, Aristóteles y Cicerón, que refuerzan en el periodo grecorromano, la idea de una ley particular que tenga como fundamento intrínseco la naturaleza.

El iusnaturalismo cristiano, transita del individuo a la calidad de persona y se vincula la deidad en la naturaleza humana. Dios, según esta etapa, se inscribe y materializa en la naturaleza; surge así pues, una ley moral natural. Se refuerza una presencia teológica en las normas regulatorias de la conducta humana, con las posiciones de San Agustín y Santo Tomás de Aquino.

Después aparecería el iusnaturalismo racionalista, que a partir del *renacimiento*, propone la desvinculación del derecho natural respecto de Dios. La moralidad no tiene como fuente a dios, sino a la propia racionalidad humana. Vinieron a contribuir a esta naciente corriente, Rousseau, Grocio, Puffendorf y Locke.

El iusnaturalismo actual, del siglo XX a la fecha, tiene claros impulsores: Radbruch, Fuller, Finnis y Dworkin. Mismos que plantean la idea de que el derecho no es más que una voluntad política (Radbruch); que para que ésta tenga validez, deba estar acorde a ideales de racionalidad (Fuller), misma que por medio de principios, le debe dar orientación al derecho positivo al momento de su creación (Finnis) y también, a la actividad de los órganos jurisdiccionales (Dworkin).

La corriente del pensamiento jusnaturalista ha sido la que ha dominado las ideas filosófico jurídicas desde el mundo clásico hasta finales del siglo XIX,

donde fue prácticamente remplazado por la doctrina del positivismo jurídico. De cualquier forma, el molde iusnaturalista, sus concepciones sobre el derecho natural y la importancia de la moral en el concepto de derecho, siempre se han mantenido presentes en las deliberaciones jurídicas, presentándose a menudo como contrapunto crítico a la doctrina positivista y como objeto de la filosofía del derecho.

Resulta evidente que ahora en el último siglo, existe un periodo crítico que viene sufriendo el iuspositivismo con la aparición de sistemas constitucionales materiales y de doctrinas sobre derechos fundamentales que cuestionan su compatibilidad con una concepción positivista de derecho; muchos de los planteamientos iusnaturalistas que fueron en cierta forma negadas por el iuspositivismo, se ven ahora recuperadas por la doctrina de los derechos fundamentales y por el nuevo movimiento jurídico denominado *garantismo jurídico*. Entre ellas, debemos destacar la de la relación entre el sistema moral y el sistema jurídico, lo concerniente a las fuentes del derecho y la consiguiente relación entre la política y los sistemas jurídicos contemporáneos.

En el espacio jurídico en que nos desarrollamos, éste reacciona automáticamente con una visión iuspositivista y no resulta extraño que cualquier mención a un pensamiento iusnaturalista sea asociado a una visión romántica, anquilosada u utópica del derecho o a una perspectiva filosófica de éste. Sin embargo, parece un tanto arriesgado que la teoría jurídica pretenda desplazarlo a una posición meramente accesoria, a pesar de que durante tanto tiempo ha dominado el escenario jurídico.

En la última mitad del siglo pasado la teoría del garantismo jurídico, se ha propuesto tratar al derecho a partir de conceptos materiales presentes en la constitución, generalmente bajo la forma de derechos fundamentales, que acaban por hacer resurgir la discusión sobre la concepción iusnaturalista del derecho, que retorna una vez más con fuerza a los debates jurídicos, principalmente en lo que

se refiere a la polémica sobre las relaciones entre derecho y moral, así como de reformulaciones de teorías de autores iuspositivistas.

Una concepción jusnaturalista del derecho no es del todo incompatible con la concepción iuspositivista o, al menos, sus tesis no son del todo antagónicas y en un concepto de derecho actual, *“los derechos fundamentales actúan como puertas de entrada de la moral en los ordenamientos jurídicos”*⁵, y convierten en relativa compatibilidad de estas dos teorías jurídicas. El derecho natural no es fijo, sino cambiante y diferente en cada autor. El derecho natural según esa concepción, proclama como fundamento la libertad y la igualdad de los hombres.

En lo que respecta al trato teórico que recibe la producción normativa en la corriente del iusnaturalismo –actual-, se caracteriza por asumir una axiología jurídica abundante, por medio de la cual el derecho en su momento creacional, adopta una posición heteroreferencial. Se afirma que *“el derecho si pretende servir al hombre y contar con validez jurídica en sentido pleno debe promover y no perjudicar a esos bienes básicos...”*⁶.

En la expedición de disposiciones jurídicas, se tendrá que consultar y ajustar el derecho producido o reproducido, a los valores preestablecidos que la comunidad científica vaya descubriendo o estableciendo. En un régimen ideal del iusnaturalismo, el estado, por medio de los órganos legislativos y jurisdiccionales, debe asumir como normas preexistentes, los postulados básicos de los principios generales o universales del derecho.

En ese escenario naturalista, existe una dualidad entre el régimen público y los expertos que describen los catálogos morales de la nascente norma. Tanto las adecuaciones normativas que realicen los legisladores, como los

⁵ FARREL, M., ¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?, *DOXA*, Alicante, 1998, n. 21, vol. II, p. 121.

⁶ VIGO, Rodolfo L. *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, D.F., 2003, p. 114.

razonamientos lógico jurídicos que desarrollen los órganos jurisdiccionales, se deben ajustar a los dictados naturales del derecho. Y ante tal planteamiento naturalista, resulta insostenible que, igual como sucedería bajo un sistema jurídico positivista puro, el factor social queda marginado a la expectación de los instrumentos técnicos de la erudición racional individualizada.

Tanto en los sistemas legales idealizados del positivismo y el naturalismo, opera el impulso creativo de la norma, desde la subjetividad “racional” de las instituciones o de los sabios, respectivamente. El iusnaturalismo considera que el iuspositivismo monopoliza el poder productivo de las disposiciones jurídicas, pero no comprende que desde su propio abordaje teórico, hace lo mismo: controla absolutamente la génesis normativa desde concepciones individualizadas que adolecen de contribuciones racionales de los demás sujetos destinatarios.

El sentido natural de la humanidad no nos garantiza que la vida armoniosa y justa que pretende el propio iusnaturalismo, como cuando “*la naturaleza produce, en su conjunto, un incesante, brutal, cruel exterminio de seres vivos*”⁷. Atenerse a visiones naturalistas para legitimar la producción jurídica, representa someterse a la instrumentalidad del poder, por medio de los depositarios de la razón técnica, que soberbios de la racionalidad y de la verdad única, se consideran los exclusivos para definir el sentido de la regulación normativa de una nación.

IV. El derecho estatal como un producto cultural.

En ese sentido, actualmente solo se ha considerado al derecho como un instrumento del poder político y del poder económico. El actual sistema jurídico no contiene el sentimiento de su comunidad, sino que es lisa y llanamente una expresión ideológica del sistema político dominante. El neo capitalismo ha dejado

⁷ BOBBIO N., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Madrid, 2015, p. 176.

enormes consecuencias negativas para la mayoría de quienes integran el conjunto humano de las naciones. El poder capitalista tiene controlado, no solo la economía mundial, sino también, las estructuras políticas de cada país; unos en mayor medida que en otros. Y en razón de ello inexorablemente que, el derecho como un producto cultural, está siendo diseñado y configurado para sus ambiciones de dinero y control y manipulación sociales.

El derecho es algo más que ligeras o complejas estructuras normativas. Es decir, debemos comprender el derecho como una construcción humana: como un constructivismo permanente que socialmente a través del discurso deliberativo se edifique desde los planes de vida de quienes sean los destinatarios. El derecho debe dejar de ser un producto político, para convertirse en un producto social.

Ante estas posturas teóricas contrastadas con las actitudes estatales, nos refleja que siquiera la mayoría de ciudadanos de una nación participan en la conformación de las normas jurídicas, mucho menos las minorías que pueden estar representadas por grupos étnicos, agrupaciones religiosas, extranjeros residentes, discapacitados, homosexuales, entre otros.

Ontológicamente se discute si los sistemas normativos de un país son reflejo de la identidad cultural de sus pueblos. Claro está que no es así en la mayoría de éstos. La sociedad en su mayoría, no ve cristalizados sus proyectos de vida en los sistemas legales, sino que éstos, lo único que reflejan en sus contenidos, es la visión autónoma de los intereses de una clase política.

Cuando una minoría invoca un derecho de orden cultural en una país culturalmente distinto, regularmente la autoridad legislativa (*iuspositivista*) responde contrariamente a la minoría, que se tiene que ajustar a la normatividad existente, porque es la que tiene validez; o la misma autoridad se dedica a hacer una serie de consideraciones respecto de los valores universales (*iusnaturalistas*) para resolver el respeto a un derecho de orden cultural. Y surge la discusión sobre

qué es lo que debe prevalecer cuando estamos ante estos casos que defiende actualmente en gran medida el *comunitarismo*. ¿Qué derecho es el que está legitimado para regular a estos grupos que invocan prerrogativas de orden cultural?: ¿el positivo o existente?, o ¿el natural o ideal? Ninguna de las dos escuelas teóricas está validada para ello.

El monopolio de la producción legislativa, concentrado en los órganos del poder público, ha desvirtuado la auténtica conexión que debe existir entre los representados de un estado nación y sus representantes populares. Bajo este modelo de representación política, el libre derecho de una sociedad a construir marcos jurídicos acordes a sus sueños y expectativas, se ven rebasados por superestructuras ideológicas y comerciales que orientan, persuaden y manipulan a los depositarios de la representación social en el poder político.

La soberanía popular de una nación se minimiza a un discurso de romanticismo jurídico, con el que se ilusiona a la sociedad con un falso relato de principios o valores retóricos privados de toda instrumentación y operación para ser ejercidos por los sujetos sociales.

El derecho debe ser en realidad un producto cultural producido por los ciudadanos de un país, que construyan a partir de la democracia contemporánea, con deliberaciones y debates, la verdad dialógica de éste. Así en esta construcción social del derecho, producto de la deliberación permanente, podrán participar y ser escuchadas tanto las mayorías como las minorías y es del modo más acercado a la racionalidad, que se pudiera justificar la existencia y aplicación de un sistema jurídico.

La verdad jurídica de un sistema normativo no es el contenido intrínseco de éste, sino la producción colegiada de la norma pública, realizada de manera directa por el conjunto social a través de un modelo democrático deliberativo que recoja la proyección comunitaria de los grupos societales.

V. Conclusiones.

La producción de las normas jurídicas se genera por órganos estatales reducidos a empleados gerenciales de redes de corporaciones, consorcios y organismos con poderes económicos, políticos y culturales de facto, que persuaden, influyen, orientan, controlan, dominan y manipulan el desarrollo y aplicación de los cuerpos jurídicos en los sistemas sociales.

El derecho autopoiético y autorreferencial sólo gira en una producción normativa endogámica de empoderamiento plutocrático y exclusión social. Por lo tanto, existen sistemas jurídicos ilegítimos y los regímenes políticos deben dejar de ser los emisores exclusivos del derecho. La fuente de legitimación del derecho material debe ser por medio de la participación directa de la sociedad.

El conocimiento jurídico goza de una riqueza histórica y cultural excepcional. Todas las escuelas del pensamiento jurídico han descrito, explicado y propuesto, lo que ellos consideran, son las mejores tesis para regular la conducta humana.

Según el momento histórico en que aparecieron cada uno de los pensadores jurídicos o sociales, corresponde a sus posiciones ideológicas, religiosas, éticas y morales; la cultura que los rodeaba era el único contexto que tenían a su alcance para la apreciación y exposición de sus ideas. Es válido cuestionarlos, pero desde una predisposición constructiva e incluyente. No se pueden subestimar todos los componentes de una teoría.

Por ello, en un ejercicio no excluyente y comprensivo, en una democracia jurídica, del iusnaturalismo, no se comparte la idea de que la norma jurídica actualmente se tenga que consentir a un régimen de expertos. La ley debe ser

producto de la racionalidad colectiva, no un producto de la racionalidad subjetiva; sea para su creación o para su jurisdicción.

Se comparte con la existencia de valores universales, principios generales, postulados básicos, que sirvan como insumo o referente para la producción normativa del sistema ético y constitucional, y resulta obvio, que también para la ciencia y la filosofía jurídicas, siempre y cuando éstos sean producto del consenso de una sociedad, por medio de la construcción deliberativa de una verdad dialógica.

VI. Bibliografía.

BOBBIO, N., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Madrid, España, ed. Trotta, 2015.

BOBBIO, N., *El futuro de la Democracia*, D.F., E.U.M., ed. Fondo de cultura económica, 2005.

FARREL, M., “¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?”, *DOXA*, n. 21, vol. II, 1998, Alicante, España, p. 121.

HABERMAS, J., *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Madrid, España, Ed. Cátedra Colección Teorema, 1973.

VAZQUEZ, R., *Teoría del derecho*, D.F., E.U.M., ed. Oxford, 2007.

VIGO, R. L., *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 95, 2003.