

UNA PRELECCION SOBRE LEGITIMIDAD

ALVARO D'ORS

Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Navarra (España)

La contraposición de legitimidad y legalidad apareció como reacción contra la Revolución Francesa: para justificar la resistencia de la monarquía borbónica destronada a la nueva legalidad constitucional jacobina, y se impuso luego como criterio estabilizador de la política europea cuando las antiguas dinastías fueron restauradas, tras la caída de Napoleón. Si la Revolución Francesa había sustituido la legitimidad por la legalidad, la nueva legalidad que impone ahora el Congreso de Viena se funda precisamente en la antigua legitimidad. Pero, de nuevo, desde mediados del siglo XIX, el legitimismo monárquico cae en crisis, y la nueva democracia liberal viene a prescindir de todo miramiento de legitimidad, para identificar ésta con la pura legalidad constitucional. La culminación de esta reducción de la justificación del poder político a pura legalidad puede verse especialmente clara en Hans Kelsen¹, cuya "doctrina pura del Derecho" campeaba como dominante en mis años de estudiante universitario. Para Kelsen, la legitimidad se funda exclusivamente en la legalidad. En realidad, la democracia liberal podía prescindir del término legitimidad, y así se hizo ordinariamente.

Sin embargo, el análisis sociológico de Max Weber², uno de los pensadores más influyentes de la primera mitad de nuestro siglo, volvió a tomar en consideración la idea de legitimidad, en la que él distinguía tres tipos fundamentales: la legitimidad carismática, que es la que funda el poder personal de quien goza de un prestigio cuasi-sagrado; la legitimidad tradicional, que depende del refrendo constante del tiempo, y la que Weber llamaba legitimidad racional, que sería sin más la legalidad democrática. En una forma u otra, la legitimidad suponía el acatamiento voluntario y no tirán-

¹Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (1948), 115.

²Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1925), 122 s.

nico del poder, y, en este sentido, aunque tanto la legitimidad carismática como la tradicional se relegaban de nuestro panorama actual como formas propias de épocas pasadas y no repetibles, quedaba siempre un resquicio para seguir hablando de legitimidad como algo contrapuesto a legalidad, y era el de aquellos posibles casos en que el poder constituido y creador de una legalidad efectiva, aparece como no voluntariamente aceptado por sus súbditos. Es más, el mismo Max Weber deja abierta otra vía para considerar una legitimidad no legal cuando dice que “el Derecho Natural es la única forma de legitimidad que nos queda desde que la Revelación religiosa y la Autoridad sagrada de la Tradición han perdido su fuerza”.

De este modo, paralelamente a una abolición práctica de la legitimidad por el dominio democrático, sobrevive en la teoría el tema de la legitimidad como contrapuesta a la legalidad. En todo caso, Max Weber contribuyó decisivamente a prescindir del concepto de legitimidad como reserva propia de la monarquía.

Como ocurre siempre, la teoría acaba por influir en la práctica no menos que la práctica en la teoría, y por eso nos encontramos hoy con una nueva utilización de la idea de legitimidad: como justificación para impugnar la legalidad, generalmente, por faltar a la legalidad el apoyo plebiscitario. Nos encontramos así con ocasiones, incluso muy próximas, en las que la contraposición legitimidad-legalidad cobra nueva virulencia y patetismo. Por ejemplo, cuando muy recientemente, en la polémica en torno al régimen foral navarro, en su derecho público, se ha querido negar la legitimidad de la Excelentísima Diputación Foral sin negar, sin embargo, su perfecta legalidad³.

Es interesante observar que este mismo planteamiento entre legalidad positiva y legitimidad plebiscitaria tuvo gran actualidad, sobre todo por un escrito que dedicó al tema el jurista alemán Carl Schmitt en 1932⁴, a propósito de la interpretación de la constitución liberal-democrática de Weimar, por la que se regía Alemania desde que perdió la Guerra Europea. Aquel planteamiento teórico hubo de tener un

³G. Urralburu, *Aclaraciones*, en “Diario de Navarra” de 6-9-77.

⁴Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität* (1932); recogido ahora en la colección de sus *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1951* (1958), 263, con una apostilla, 345-350. Hay traducción española de J. Díaz García (1971), con una nueva “Introducción”.

final fuertemente contundente cuando, precisamente por un apoyo plebiscitario aplastante, Adolfo Hitler consiguió el poder e impuso, contra la ley constitucional conforme a la cual había vencido, el régimen nacional-socialista. El nuevo régimen hitleriano era totalitario y esencialmente no-liberal-democrático, pero se fundaba en una legitimación popular indiscutible. Por lo demás, es interesante recordar que el nombre de "nacionalsocialismo" no era nuevo, sino que, paradójicamente, se había acuñado para el proyecto de un futuro Estado Judío, que tardó algo más de medio siglo en ser una realidad: el actual Estado de Israel.

De esta suerte, cuando aparece la legitimidad en la discusión política general, suele ser en apoyo de una pretensión revolucionaria de cambiar la ley actual, que se censura como ilegítima, por otra nueva. Se usa entonces del término legítimo para designar simplemente lo que uno cree que es justo aunque no haya sido plasmado en la ley; por ejemplo, cuando se habla de "legítimas aspiraciones".

Pero el problema es éste: planteada la legitimidad como simple recurso dialéctico con el fin de cambiar las leyes, la legitimidad misma no corresponde ya a una ley o norma objetiva de cualquier clase, sino a la pura voluntad de los que no aceptan la ley actual. La no-aceptación de la ley actual resulta entonces el único fundamento de la legitimidad, y la misma teoría llega a cifrar la legitimidad del poder en su aceptación mayoritaria, pues se supone que, sin tal aceptación, la ley será abolida y suplantada por otra ley que goce de mayor aceptación. El éxito fáctico de los impugnadores de la ley abolida viene a valer así como prueba de su legitimidad antilegal. En todo caso, debemos observar que, aunque consideremos que era ilegítima la ley abolida y que la nueva ley, por su mayor aceptación popular es la legítima, no es menos verdad que esta nueva ley no era ley antes de abolirse la anterior, y que, por lo tanto, en el momento en que los impugnadores de la ley actual invocaban la legitimidad de sus pretensiones, no había todavía ley alguna a la que referir la pretendida legitimidad. Como legitimidad viene de ley, si no hay ley a la que referirla, tampoco hay legitimidad. En otras palabras, es contradictorio invocar como fundamento de legitimidad una ley que todavía no es ley, sino puro proyecto ideológico.

Esta contradicción no es más que una consecuencia de lo que hemos dicho: de cómo, en un planteamiento democrático del poder,

no hay más legitimidad que la legal, como ya decía Max Weber de la legitimidad que él llamaba "racional". Siendo esto así, hay que confirmar que no cabe hablar de legitimidad desde un punto de vista democrático: la Democracia sólo conoce la legalidad, no la legitimidad.

Sin embargo, la doctrina sigue esforzándose por procurar un sentido propio a la legitimidad como algo distinto de la legalidad, y precisamente como algo que se endereza a cambiar la actual legalidad.

Como hemos dicho ya, hoy suele cifrarse la legitimidad en la obediencia voluntaria, al menos mayoritaria, de la masa de súbditos, y sólo se considera como ilegítimo el poder que, aun siendo actual y eficaz, parece rechazado por las voluntades de los ciudadanos e impuesto únicamente por la fuerza de un gobierno opresor⁵.

Una posición más singular frente al tema de la legitimidad es la que presenta el italiano Norberto Bobbio⁶. Este filósofo del derecho distingue entre la legitimidad del título para realizar un acto y la legalidad del procedimiento de realizarlo: de la primera dependería la justicia del acto y de la segunda la validez del mismo; pero Bobbio acaba por identificar la legitimidad del poder con su efectividad, así como la legalidad con la eficacia de la regla a la que se acomoda el acto. En efecto, considerando la interdependencia entre poder y norma, y que la norma suprema, que viene a legitimar el poder supremo, depende, a su vez, de ese poder —que es el que ha constituido tal norma suprema—, acaba por concluir que la legitimidad depende de la efectividad del poder, a la vez que le presta su título, en tanto la eficacia de las normas constituye la base de la legalidad a la que debe ajustarse el ejercicio de aquel poder. Pero esta concepción de un poder legislador que se auto-legitima por el simple hecho de la eficacia no hace más que eludir el problema teórico de

⁵En este sentido ve Guilielmo Ferrero, *Pouvoir. Les génies invisibles de la cité* (1945), la legitimidad como el genio invisible que sirve para exorcistar el miedo; el miedo de los que deben obedecer, pero también el gran miedo del gobernante, que no confía en los instrumentos de su dominación. Vid. Jean-Jacques Chevallier, *La légitimité selon G. Ferrero*, en la colección de estudios (que vuelve a citarse en notas siguientes) sobre *L'idée de légitimité*, publicada en la serie de los "Annales de Philosophie Politique" (núm. 7) del "Institut International de Philosophie Politique". Presses Univ. de France. Paris, 1967, 211 ss.

⁶Norberto Bobbio, *Sur le principe de légitimité* (en *L'idée cit.*), 47 ss.

la legitimidad, identificando ésta con la vigencia de la legalidad. La mayoría de los autores, como decimos, no sigue esta línea de pensamiento, sino que refiere la legitimidad a la aceptación voluntaria por el pueblo.

La dificultad estriba entonces en medir la extensión e intensidad de la aceptación o rechazo de una ley, o del poder que la dio, por parte de los súbditos. Porque, generalmente, las apariencias de resistencia al poder no corresponden a una voluntad mayoritaria. Suele aparecer tal resistencia, en la medida que resulta posible, como la oposición de pequeños grupos de activistas o de muchos publicistas o también de grupos exilados, oposición que se manifiesta contra el pretendido régimen ilegítimo; la masa de súbditos, en cambio, suele aceptar la situación en que se encuentra con tal de que se les ofrezca un mínimo de orden y seguridad. Es un hecho que no debemos olvidar, aunque *ex post facto* suele negarse, que los llamados regímenes totalitarios que dominaron en Europa antes de la Guerra Mundial gozaban de una masiva aceptación entre sus súbditos. Podía haber reservas particulares en esa aceptación, y así se explica que pudiera darse rápidamente un expansivo cambio de opinión al sucumbir aquellos regímenes; pero, durante el tiempo en que éstos conservaron su poder efectivo, no pudo hablarse de resistencia mayoritaria ni mucho menos. El viajero que recorría Alemania o Italia antes de la Guerra tenía la impresión, y no falsa, de que los alemanes e italianos eran partidarios de sus respectivos regímenes totalitarios. Así, aplicando el criterio de la aceptación, se hubiera tenido que decir que aquellos regímenes eran legítimos y no solamente legales, sobre todo cuando, como ocurría en el nazismo alemán, había sido encumbrado por una voluntad plebiscitaria constitucional y aplastante.

De esta suerte, si el criterio de la pura legalidad vemos que no satisface, y suscita siempre la contradicción de una legitimidad distinta, tampoco puede satisfacer el criterio de la pura aceptación mayoritaria de la legalidad, pues es difícil de percibir con realismo y, en todo caso, tal pretendida legitimidad de los que no aceptan la legalidad actual que se les impone no puede referirse a ley alguna, sino a la pura voluntad de contradicción.

Esta dificultad no ha dejado de estimular a la doctrina para encontrar algún tipo de norma superior a la legal en la que poder

fundar una legitimidad contrapuesta a la legalidad. Ya hemos dicho cómo Max Weber, que cifraba la legalidad en la aceptación, no dejaba de considerar que el Derecho Natural —se entiende el Derecho Natural racionalista propio de una Europa ya secularizada de la época contemporánea— era el único recurso para fundar una legitimidad. De hecho, la doctrina del Derecho Natural, aunque en formas imprecisas y no claramente comprometidas, cobró un nuevo vigor a raíz de la intolerancia por los regímenes totalitarios, precisamente porque quería buscarse en el Derecho Natural la justificación para la censura más radical de aquellos regímenes que fueron derrotados por las armas. Con todo, los autores de hoy no reducen sin más la legitimidad al argumento de Derecho Natural, sino que buscan un sustitutivo que cumpla sus funciones. Se habla entonces de “derechos humanos”, de “respeto a la personalidad” y conceptos similares. Los poderes que no tengan ese respeto —se dice— deben quedar descalificados como ilegítimos, y con ello resultará legítima la resistencia contra tales regímenes o sus actos políticos. En realidad, se viene a dar aquí una convergencia con el criterio de que sólo son legítimos los poderes liberal-democráticos, pero ya con una referencia que permite hablar de legitimidad, pues se presupone una cierta ley, una norma que viene a hacer las funciones del Derecho Natural. En efecto, “derechos humanos” y expresiones similares son sustitutivos laicos de “ley divina”, y, por cuanto no se fundan en la Revelación divina, viene a valer como preceptos naturales. Es más, aprovechando el hecho de que los pueblos anglosajones, menos legalistas, hablan no de leyes, sino de “reglas de derecho” (*rules of law*), se llega a pensar en una legalidad ya ajustada a las exigencias de la carta de los “derechos humanos”, descalificando como no-ley la que se aparta de esa exigencia⁷; con lo que revive en nueva forma la antigua idea de la Escuela de que la ley injusta no es ley, de manera que no pueda haber ya una distinción entre legalidad y legitimidad. De hecho, el Derecho Canónico, que no concibe preceptos legales de su ordena-

⁷La “Comisión internacional de juristas”, reunida en Nueva Delhi en 1959, definía así la *rule of law*: “la realización de las condiciones necesarias para el desarrollo de la dignidad humana”. Cfr. J. A. Jolowicz, en los Anales de la Facultad de Istambul 1959, y N. S. Marsch, *The Rule of law as a Supra-National Concept*, en los *Oxford Essays in Jurisprudence*, edit. por Guest (1961), 240 ss.

miento que se contrapongan a las exigencias divinas, ignora en absoluto tal distinción⁸.

Es interesante observar que este recurso de sustituir a ley formal por la "rule of law" aparece incluso en el pensamiento de algunos autores que no prescinden del Derecho Natural. Así ocurre con el que ha dedicado una mayor atención a nuestro tema, el profesor de Turín Alexandre Passerin d'Entrèves⁹, para quien la legitimidad es, en el orden político, lo mismo que el Derecho Natural es en el jurídico; para él la legitimidad se cifra en la garantía del libre desarrollo de la personalidad humana. He aquí sus palabras en una de las muchas ocasiones que este autor ha tratado de nuestro tema: "De la misma manera" —dice Passerin de d'Entrèves—¹⁰ "que el Derecho Positivo y el Derecho Natural son los dos polos de la vida del Derecho, la legalidad y la legitimidad son los dos polos de la vida política". Con ello se viene a reconocer indirectamente que los preceptos que rigen el respeto al desarrollo de la personalidad humana, es decir, los llamados "derechos humanos", no son propiamente jurídicos, como los del análogo Derecho Natural, sino propiamente políticos. Esta reserva tiene interés desde el punto de vista de la distinción entre la Moral enunciativa de deberes y el Derecho enunciativo de derechos, pero no es nuestro actual propósito entrar en la crítica de los llamados "derechos humanos", con cuya tabla se pretende sustituir en nuestros días el Decálogo divino, éste sí correctamente enunciativo como tabla de deberes y no de derechos.

Este nuevo planteamiento difundido entre los autores que se interesan por el tema de la legitimidad tiene ya la ventaja, como hemos dicho, de poder referir la legitimidad a una cierta ley, que muchos concretan en la Declaración de los Derechos Humanos publicada por la Organización de las Naciones Unidas. Pero este planteamiento

⁸Esto, a pesar de que San Pablo, 1 Timot. 1, 8, ofrece cierta base para la distinción, cuando dice "buena es la ley cuando se usa legítimamente de ella", lo que equivale a decir: "buena es la ley antigua de Moisés cuando se usa de ella conforme al espíritu de la ley nueva del Evangelio".

⁹Alexandre Passerin d'Entrèves, *Legalità, e legittimità*, en *Studi in onore di E. Crosa* (1960), II 1307 ss.; *Legality and Legitimacy*, en *The Review of Metaphysics*, 1963, 687 ss.; *Diritto dello Stato* (1962), II cap. X, 201 ss.; *Légalité et légitimité en L'idée* cit., 28 ss.

¹⁰En el artículo de *L'idée* cit., 41: es el pensamiento conclusivo de este artículo.

implica, de un modo u otro, el reconocimiento de la legitimidad de un determinado poder nacional por el acuerdo internacional, sea el de la misma ONU, sea el de otras naciones que singularmente pueda reconocer o no el poder político en cuestión. Con ello, el tema de la legitimidad se desliza hacia el tema, tratado tradicionalmente por el Derecho Internacional Público, del reconocimiento de gobiernos. Sólo que este deslizamiento viene a desvirtuar el tema de la legitimidad. En efecto, el reconocimiento o no de un gobierno extranjero como sujeto admisible en el orden internacional presenta una gran variedad de formas y matices, pues depende de circunstancias de conveniencia diplomática, de alianzas, incluso de distancia, porque pensamos, por ejemplo, la imposibilidad de no reconocer un gobierno vecino, con cuyo Estado existen necesariamente relaciones de todo tipo, constantes e inevitables, por mucho que desagrade la ideología que inspira aquel gobierno. Por esto, algunos autores tratan de distinguir el reconocimiento por conveniencia del reconocimiento por principio, de suerte que sólo este último se refiriera a la legitimidad propiamente dicha, pero perdemos entonces un criterio seguro, pues entre dos gobiernos que se reconocen jurídicamente nunca sabemos hasta qué punto puede existir un reconocimiento de los respectivos principios ideológicos. Tal es el caso de los gobiernos que, desde hace muchos años, reconocieron el gobierno comunista de Rusia: ¿cómo decir que reconocen o no la legitimidad de ese gobierno? ¿Cómo es compatible tal reconocimiento con eventuales acusaciones lanzadas contra el mismo por no respetar la carta de los "derechos humanos"?

Por otro lado, si la legitimidad del poder presupone, según se dice, la aceptación voluntaria de los súbditos de dicho gobierno, ¿cómo se puede desconocer internacionalmente por ilegítimo un gobierno que no respeta los "derechos humanos" pero goza del pacífico asentimiento de sus súbditos?

Estas dificultades vienen a hacer inservible el criterio de cifrar la legitimidad de un poder en el reconocimiento internacional de que aquel poder ofrece garantías de respetar los llamados "derechos humanos". De hecho, también resultaría imposible distinguir hoy entre gobierno legítimos o ilegítimos con este criterio y no faltaría quien, ante esta imposibilidad, renunciara al criterio más objetivo de referencia a la Carta de los "derechos humanos" para caer en el

relativismo de introducir además, al menos como concurrente, el de un respeto a las costumbres particulares de cada pueblo, incluso un pueblo salvaje.

Así, pues, si la identificación de legitimidad con democracia liberal no sirve por no poder superar la identificación de legitimidad con legalidad, legalidad actual o futura, este otro criterio que hace referencia al respeto por los "derechos humanos" tampoco resulta válido para distinguir la legitimidad.

Nos encontramos, según esto, ante un problema de difícil solución, lo que favorece que se siga utilizando la palabra legitimidad, y sobre todo ilegitimidad, como recurso de la polémica política utilizable en cualquier caso de contradicción con la legalidad actual.

Esta imposibilidad de fijar un criterio universal de legitimidad resulta explicable si tenemos en cuenta que existe hoy una similar dificultad para reconocer la vigencia universal de un Derecho Natural concreto. Quiere esto decir que, en tanto no exista un consenso universal sobre el Derecho Natural, y es evidente que no existe, es vano pretender un consenso sobre la legitimidad del poder. Un ejemplo muy claro de la falta de consenso sobre el Derecho Natural tenemos en el debatido tema de la indisolubilidad del matrimonio, pero hay todavía el ejemplo más alarmante de la legalización del aborto, pues sobre la criminalidad del aborto parecía no haber habido dudas a lo largo de toda la historia universal, hasta que algunos pueblos super industrializados, pero profundamente salvajes en el peor sentido, han llegado en nuestros días a ignorar ese imperativo del Derecho Natural. Es verdad que, para ello, se ha procedido mediante previa negación del Derecho Natural, lo que es congruente en un orden democrático para el que no hay más legitimidad que la legalidad. Según esa nueva mentalidad, basta legalizar el divorcio o el aborto para que nada se pueda objetar acerca de su legitimidad, ya que la ley —y hay que entenderlo bien: toda posible ley— no puede ser otra cosa que la expresión de la voluntad del pueblo. Es evidente así que resulta inútil buscar por ese camino una ley universal superior a la concreta legalidad democrática de cada Estado. Y volvemos siempre al mismo resultado: la Democracia consecuente no puede menos de prescindir de la legitimidad, le basta la legalidad, la de la ley que determine en cada momento la voluntad popular, el "pueblo soberano". Por ese camino llegamos otra vez a descubrir

la incompatibilidad de la soberanía popular con el Derecho Natural¹¹.

Pero esto no quiere decir que debamos resignarnos ante el relativismo de la legalidad democrática, que, en otras palabras puede identificarse con una forma de positivismo jurídico, porque, por encima de las opiniones, por encima de las doctrinas y los plebiscitos, por encima de la ley positiva hay leyes que la voluntad no debe infringir. El que estas leyes no sean a veces conocidas no quiere decir que no existan.

No vamos a entrar ahora en el tema de la esencia y modalidad de vigencia del Derecho Natural —que en mi opinión, depende de la certeza del Juicio Divino—¹², pero parece evidente que, como ya intuyó Max Weber, en el orden natural es donde podemos encontrar una ley a que referir la legitimidad: la ley natural. Sólo que, para obtener una formulación clara de la ley natural debemos reconocer una instancia superior de interpretación de la misma. Esta instancia superior, siendo como es la ley natural una ley divina, sólo puede encontrarse en el magisterio infalible de la única Iglesia. Es claro que esta afirmación será contestada por los que no quieren pertenecer a la Iglesia. Esto es algo difícilmente evitable, pero ¿vamos a renunciar a la Verdad por el hecho de que muchos quieran ignorarla? Porque ha dominado en la Cristiandad secularizada cierto irenismo que llevó a desacralizar la ley natural, pero el resultado práctico de este defectuoso planteamiento teórico ha venido a demostrar la inutilidad del empeño. No es más que un episodio entre tantos de la imposibilidad de alcanzar un conocimiento verdadero del Hombre si se prescinde de la Verdad divina: sólo a la luz de la Teología se puede formular una veraz Antropología. Pero observemos esto especialmente: que el Derecho Natural requiera para su actualización una interpretación

¹¹Si a veces no se ve esta incompatibilidad, ello se debe a que se relativiza el concepto de soberanía, que Bodino definió como "puissance absolue et perpétuelle d'une République", y la Democracia no puede menos de seguir entendiéndolo así, es decir, concibiendo toda ley como expresión absolutamente libre de la voluntad popular. De ahí la incompatibilidad de la "soberanía popular" con el dogma del Reinado de Cristo; vid. mi artículo *Teología Política: una revisión del problema* (§ 16) en *Revista de Estudios Políticos* 1976, 41 ss. (= A. d'Ors, *Sistema de las Ciencias* IV [1977], 86 ss.).

¹²Una exposición abreviada de mi punto de vista sobre el derecho natural, en *Una introducción al estudio del derecho*. 2ª ed. Valparaíso, 1976, §§ 13 s.

del magisterio de la Iglesia no quiere decir que no sea válida esa formulación para los no-católicos. El magisterio de la Iglesia se debe manifestar como universal, y el Derecho Natural que él formula es válido también para los que no pertenecen a la Iglesia. Cómo se deba entender esta "validez", cuestión sobre la que reiteradamente he declarado mi pensamiento, no puede entrar en el curso de las reflexiones de hoy.

Así, pues, entendemos por legitimidad la adecuación a la ley natural, tal como es auténticamente interpretada por el magisterio de la Iglesia. Pero debemos añadir todavía otro ingrediente secundario de esa normatividad de la que la legitimidad depende, y es el imperativo de la que podríamos llamar la Tradición constitucional de cada pueblo, en la medida en que ésta no contradice el Derecho Natural. Constitucional en este contexto no quiere decir, está claro, la legalidad de una constitución escrita, sino la auténtica manera de ser de cada pueblo según la persistencia de su Tradición: en otras palabras, la ley y costumbre de los antepasados conservada por las sucesivas generaciones. Se trata de una como adecuación de la "naturalidad" al orden humano histórico. De esta suerte, junto a la naturalidad de la ley divina se impone la naturalidad de la propia Tradición: aquella más negativa, pues la ley natural se nos presenta como un límite, y ésta otra, la ley de la Tradición, como más positiva, pues, más que como precepto no infringible, se presenta como principio de continuidad fecunda, que se reafirma, modifica y completa por su misma congruencia interna, sin inmovilismo pero sin ruptura. Esta Tradición puede eventualmente dar una mayor fuerza al mismo Derecho Natural. Es decir: en una sociedad de indiscutida Tradición católica, los preceptos del Derecho Natural no pueden menos de aparecer con la plenitud de la ley divina revelada, de modo que, en tales pueblos, no debe hablarse ya de una legitimidad referida al Derecho Natural, sino al Derecho divino positivo, hasta el punto de que la confesionalidad católica del Estado llegue a ser un imperativo insoslayable de legitimidad política.

La ley de Dios adaptada por la Tradición de los antepasados: estas serían las leyes que no dependen de la voluntad actual del legislador, que se imponen a la legalidad y pueden eventualmente hallarse en contradicción con la ley positiva. Tal es el caso en un momento histórico en que se legaliza el divorcio o el aborto, de que

antes hablábamos: estos atentados a la ley natural pueden acaso ser legalizados, pero no legitimados, y, en el caso del divorcio, la posterior unión marital del divorciado, así como su descendencia, podrían considerarse legales pero no legítimos. De este modo, la distinción entre legitimidad y legalidad tendría especial utilidad para distinguir, respectivamente, aquellos matrimonios, los legítimos ajustados al Derecho Natural, de aquellas otras uniones en contradicción con él aunque ajustados a la ley positiva que legalizó el divorcio, uniones meramente legales.

Si se puede seguir hablando hoy, a pesar de Max Weber, de una legitimidad dinástica, es evidente que esta legitimidad debe referirse a la congruencia con la Tradición, es decir, a la que Weber llamaba legitimidad tradicional. Pero esta identificación de legitimidad con monarquía, aparte el hecho mismo de una concreta tradición monárquica existente en un determinado pueblo, tiene otra razón más profunda, que es precisamente la razón de paternidad en que se funda toda verdadera monarquía. Y es que, si queremos calar en la causa profunda de toda legitimidad, nos vemos necesariamente llevados a buscar en la paternidad: la legitimidad de la paternidad, de la que deriva la legitimidad de la familia, ésa es precisamente la primera fuente de toda legitimidad.

Así se explica una verdad que ya vio muy agudamente Bertrand de Jouvenel en su libro sobre la soberanía¹³, y es el hecho de que el poder legítimo aúna al pueblo también en la adversidad, en tanto el poder puramente fáctico, incluso legal, se desvanece con el fracaso. Cuenta, a este propósito, el célebre dicho del rey de Austria Francisco II cuando, al regresar a Viena después de la derrota de Austerlitz, y ver que el pueblo había salido a la calle para vitorearle, hizo esta profunda reflexión: “¿Podría acaso Napoleón haber regresado así a París tras una semejante derrota?”. Esta anécdota merece ser meditada como profundamente esclarecedora de lo que la legitimidad significa. Pero la explicación está en la razón de paternidad que fundamenta toda legitimidad. En efecto, está en la misma naturaleza de la paternidad que los hijos no abandonen a sus padres en la desgracia, antes bien se unan más a ellos y los exalten como reserva natural de futuras venturas.

¹³Bertrand de Jouvenel, *De la souveraineté* (1955), 51.

La legitimidad se funda, pues, en la paternidad, y esto explica el sentido tradicional de la legitimidad, como algo que nos viene impuesto, a la vez, por nuestro Padre Dios y por nuestros padres históricos. La legalidad, en cambio, supone, por su misma convencionalidad actual, un sentido de fraternidad sin paternidad, de solidaridad humana que no proviene ni de Dios ni de nuestros padres legítimos. No es puro acaso que la "Fraternité" haya sido convertida en lema polémico por la Revolución Francesa que desterró toda idea de legitimidad; pero todavía es más impresionante la exclamación de Jules Michelet "¡Plus des pères!": "¡Basta de padres!". Esto ocurre en 1852, cuando, en Francia, la Revolución ha triunfado definitivamente sobre la legitimidad, y se exalta la ley como el dominio de la razón: "La loi, le gouvernement de l'homme par lui même. Plus des pères": "La ley, el gobierno del hombre por sí mismo. ¡Basta de padres!"¹⁴. No es necesario advertir que cuanto hoy se pueda decir contra el "paternalismo" no es más que un eco de esa vieja voz revolucionaria, que sólo quiere legalidad, y aún entendida ésta como el plebiscito de cada día.

Así, pues, esa legitimidad, que la democracia hizo innecesaria, pero que luego ha revivido en referencia a un Derecho Natural secularizado o a una pura aceptación democrática que vuelve a refundir la legitimidad en pura legalidad proyectada, se nos aparece, como fue en un principio, estrechamente vinculada a la idea de la paternidad monárquica¹⁵.

El analizar ahora las varias cuestiones que la legitimidad puede presentar excede evidentemente de los límites de esta prelección. Tampoco vamos a tratar de la relación con la lealtad, que, según el profesor de la Sorbona Raymond Polin¹⁶, expresa el sentimiento de la legitimidad invocando no sólo la obligación de acatamiento, sino la Fe y el Amor, y que, en mi opinión, es simplemente, como

¹⁴Citado por C. Schmitt, *Legalidad y legitimidad* p. xxvi, de la obra de Michelet, *Pologne et Russie*.

¹⁵Sobre la relación entre paternidad y monarquía vid. mi escrito *Forma de gobierno y legitimidad familiar* (1959), recogido ahora en *Escritos varios sobre el derecho en crisis* (1973), 121 ss.

¹⁶Raymond Polin, *Analyse philosophique de l'idée de légitimité*, en *L'idée* cit. Este autor cifra la legitimidad en la opinión general justificada por sí misma como conforme a la naturaleza, la razón, la costumbre y los valores que invoca.

he explicado en otras ocasiones, la observancia de lo pactado, es decir, de la ley privada, en especial, cuando adopta la forma de promesa jurada o simplemente aceptada. En efecto, también lealtad viene de "ley": precisamente de ley privada.

En cambio, sí me parece necesario, para terminar esta prelección, aclarar la diferencia entre legitimidad y autoridad, pues aparecen a veces confundidas. En efecto, presuponiendo la autoridad su aceptación y siendo muchas veces tomada esta acepción como clave de la legitimidad, algunos autores no han sabido evitar la confusión entre legitimidad y autoridad. Así ocurre, por ejemplo, con el profesor de Roma Sergio Cotta¹⁷. Cifra éste la legitimidad en la conformidad con la manera de pensar común en un pueblo, y considera que ese poder así reconocido como legítimo es la autoridad (*autorità*), la cual se distingue del simple poder de hecho (*potenza*) y del poder legal (*potere* propiamente dicho). También Von der Gablentz¹⁸, en su crítica a la crisis de autoridad en la Alemania Federal formulada por Werner Weber, viene a considerar la legitimidad como manifestación racional de la autoridad, y concretamente la de las personas que integran la *élite* de las nuevas democracias. Aunque este autor alemán distingue la potestad como correspondiente a la función y la autoridad como correspondiente a la persona que la ejerce, la distinción entre autoridad y legitimidad de la potestad no aparece suficientemente clara en su pensamiento.

La raíz de estas confusiones y de otras parecidas, y muy frecuentes, está en que no se ha visto con claridad que la potestad y la autoridad se contraponen por la razón de que aquélla es el poder reconocido y ésta el saber reconocido, de modo que la autoridad

¹⁷Sergio Cotta, *Éléments d'une phénoménologie de la légitimité*, en *L'idée cit.*, 60 ss. Cotta distingue una legitimidad "racional", fundada en el servicio del bien común, otra "histórica", fundada en la aceptación del sentido de la Historia, y otra "existencial", fundada en el reconocimiento de la libertad.

¹⁸O. H. von Gablentz, *Autorität und Legitimität im heutigen Staat*, en *Zeitschrift für Politik* 1958, 5 ss. Según este autor (p. 19), la potestad (*Macht*) se refiere a la función, y la autoridad (*Autorität*) se refiere a la persona que la ejerce; en consecuencia (p. 5), la *Bundesrepublik* tiene *potestas*, pero no tiene *auctoritas*; autoridad sólo la tenía Adenauer (canciller entonces). De este modo, a pesar de la distinción entre autoridad y potestad, ambas aparecen referidas —en mi opinión erróneamente— al poder y no al saber.

que pretende asumir la potestad —como es propio y casi esencial del Estado moderno— priva a la autoridad de su verdadero carácter para convertirlo en algo así como un prestigio del poder, olvidando que lo esencial de la autoridad, del que tiene un saber reconocido, es precisamente el carecer de toda potestad.

Aclarada así la verdadera diferencia entre la autoridad del que sabe y la potestad del que puede, resulta evidente que la legitimidad sólo puede afectar a la potestad y no a la autoridad. No hay autoridades legítimas o ilegítimas, pero sí poderes legítimos o ilegítimos, incluso potestades, empezando por la paterna, legítimas o ilegítimas, pues, siendo la potestad el poder reconocido como efectivo, puede darse que sea un poder ilegal, a pesar del reconocimiento, o legal pero ilegítimo, pero nada de esto afecta a la autoridad. Porque —conviene recordarlo una vez más— la autoridad no es el prestigio de la suma potestad, como pretendía el General De Gaulle, quien también confundía la autoridad con la legitimidad y creía encarnar ambas en su persona cuasi-carismáticamente, sino que la autoridad es el prestigio del que sabe y carece de poder, es decir, desde el punto de vista de la función social que suele asumir: la autoridad del Consejero. La distinción es primordial pues la recta independencia de la autoridad del consejero frente a la potestad del gobernante —y no la teoría de la división de poderes— constituye, en mi opinión, la clave de la recta filosofía política; pero hoy he creído oportuno iniciar este nuevo curso académico con un esclarecimiento de la idea de legitimidad abusivamente utilizada en la polémica democrática de hoy.