

# Acercas de la legitimación

## Fernando Tenorio Tagle

En su manual de Derecho Penal Español, Bustos Ramírez afirma: ..."De lo que es la pena no pueden surgir fines (ya que como tal se basta a sí misma) sino sólo funciones que vienen a ser a su vez la fuente de su legitimación (su génesis).<sup>(1)</sup> Por una parte, puede percibir, aunque de manera tácita, un matiz de auto-referencialidad, de autovalidación; esquema propuesto por parte de la sociología integracionista básicamente por el funcional-estructuralismo luhmanniano. Y por la otra, igualmente de manera tácita, lo que se diseñara a partir del estructural-funcionalismo de Merton como funciones latentes y funciones manifiestas cuya distinción, en el análisis del Sistema de Justicia Penal, ha resultado básica en las tesis que sustenta la Criminología Crítica contemporánea. Ambos aspectos me parecen de una gran importancia no sólo para el estudio del Sistema de Justicia Penal sino también, y de manera fundamental, por su incidencia en la cuestión teórica del conocimiento.

En estos escritos he fijado como objetivo continuar el debate en torno a la legitimación y pretendo realizarlo dentro y fuera de la perspectiva sistémica; para tal efecto, basaré la argumentación en algunas de las contribuciones de Habermas y Luhmann.

Inicio el relato con las tesis que distinguen entre funciones manifiestas y funciones latentes.

En mi opinión, tales tesis parecerían señalar el camino que cada teoría del conocimiento nos explica como la tarea del trabajo científico. En este sentido, el positivismo, como el marxismo y también la fenomenología, es decir, desde los griegos, se ha procurado el producir instrumentos adecuados con la finalidad de

descubrir lo que didácticamente denominan como "la esencia" de la realidad; es decir, instrumentos que proporcionan la explicación de la realidad estudiada. Lo que se advierte en primera instancia es exactamente el primer doble binomio de un modelo del conocimiento: las relaciones entre Sujeto-Objeto y entre Realidad-Apariencia.

En nuestro caso, el Sistema de Justicia Penal se convierte en el objeto de nuestro análisis, léase al interno de este análisis y siempre según las tesis aludidas, que sus funciones manifiestas o declaradas (las cuales han sido identificadas como ideología) son también entendidas como apariencia, como algo que esconde u oculta a las funciones reales, esto es, "la esencia" del Sistema de Justicia Penal. En cualquier caso el punto de partida está representado por la ideología cuyo contenido es visto también como discursos legitimantes; legitimación que, entre otras cosas, está basada en el consenso y, a través de esta artificialidad, son realizadas las ya citadas funciones latentes.

Desearía plantear en manera opuesta, sólo como inicio de mis indagaciones, la siguiente tesis:

"La ideología no puede ser más entendida sólo como falsificación de la realidad, sino más bien, como una forma de conocer."

El problema central, y alrededor del cual en cualquier discurso los restantes conceptos son situados es la legitimación. Por tal razón, adopto la misma hipótesis desde la cual Cotesta y otros han iniciado el tema Esta hipótesis señala: "La teoría del conocimiento encuentra su propio campo disciplinar en los problemas de legitimación... porque la legitimación no puede

1 Bustos R., Juan. Manual de Derecho Penal Español, d. 39.

desarrollarse sin la conciencia de los actores sociales y su consenso activo, la delineación de una situación ideal de consenso nos permite medir la cantidad y calidad del consenso existente dentro de un sistema social." (2)

Pero de esto, me ocupare más adelante.

Los diversos espacios a través de los cuales Habermas desarrolla el contexto teórico de la ideología alcanzan, en un primer nivel, una definición semejante al concepto arriba señalado. "Por la experiencia diaria sabemos, dice Habermas, que las ideas sirven muy a menudo para enmascarar con pretextos legitimadores los motivos reales de nuestras acciones. A lo que en este plano se le denomina racionalización, en el plano de la acción colectiva lo llamamos ideología". (3) No obstante, una segunda afirmación agrega un elemento nuevo, con lo cual es posible advertir, que en un segundo nivel, la ideología expresa, más allá de la falsificación, otros contenidos. "Las ideologías, señala Habermas... sustituyen a las legitimaciones tradicionales del dominio al presentarse con la pretensión de ciencia moderna y justificarse a partir de la crítica a las ideologías. Las ideologías, afirma Habermas, son coetáneos a la crítica ideológica." (4)

Esta última cuestión nos abre una doble vía: por una parte, la ideología puede ser vista como legitimación si aceptamos en este sentido a las funciones legitimadoras y, por la otra, se desprende una identificación con la ciencia que, en el mejor de los casos, es posible plantear que ambas (ciencia e ideología) recorren un camino paralelo. Hasta este punto parece justo hablar, como hace Schaff, (5) acerca de ideologías científicas así como de ciencias ideológicas.

Respecto a la cuestión de legitimación, debe quedar entendido, antes que nada, que me refiero, siguiendo a Habermas, a la legitimación que se desprende del análisis del Estado en el estudio del poder, para después confrontar mis resultados con la legitimación en el análisis del conocimiento; esto es, la legitimación en los productos de la sociología del conocimiento.

Continuando con Habermas, me parece que es posible aceptar que "...para que el Estado garantice la desintegración social, al ejercicio del poder estatal está conexas la intención de mantener a la sociedad en su identidad de vez en vez determinada normativamente. Sobre esto se mide la legitimidad del poder del Estado, el cual, si quiere durar, debe ser reconocido como legítimo" (6)



POSADA

Con ello, me parece que es posible apreciarse que el desarrollo social, esa permanente transformación de la sociedad que en otros escritos la he afirmado como Historia de la dominación, ha sido establecida a través de procesos de deslegitimación. Quiero decir, que cada proceso de deslegitimación se establece como nueva forma legitimante. Por tal razón, no puede existir un proceso de legitimación neutral sino, más bien, un proceso que en el acto de condenar la vieja forma ideológica, se opone al mismo tiempo contra cualquier pretensión de futura deslegitimación. En este sentido, tales sistemas se autovalidan y conforman los niveles de justificación entendidos por Habermas como "Las condiciones formales de aceptación de fundamentos, los cuales dan eficacia a la legitimación, esto es, su fuerza de obtener consenso" (7) Adviértase, entonces, que tales fundamentos como contenidos, a su vez, de los niveles de justificación se agotan en contenido ideológico.

Estas justificaciones, como construcción social de la realidad (a pesar de que a través del tiempo han adquirido diferente contenido) han sido formalmente el fundamento de la pretensión de poder, como, por otra parte, ellas se han presentado, en cierto sentido, como fundamento de toda pretensión de verdad.

No es posible, por consiguiente, referirse a un discurso como el del "fin de las ideologías", si la función de ella permanece también en semejante discurso, como está

2 Clprlanl, R., Cotesta, V. y otros. Verité, Conoscenza e Legittimazione, p. 6.

3 Habermas, Jürgen. Ciencia y Técnica como "Ideología", p. 173.

4 Loc. cit., p. 79.

5 Schaff, Adam. Ideología y Marxismo

6 Habermas, Jürgen Per la Ricostruzioni del Materialismo Storico, p209.

7 Ibidem , p 213.

presente cuando se habla de neutralidad o de argumentaciones libres de ideologías.

Por esta razón, debe también advertirse que si las formas ideológicas en los discursos legitimantes o deslegitimantes "guían" el conocimiento, éstas, al mismo tiempo, están guiadas, vinculadas, esto es, determinadas por un esquema de valores que da contenido formal a las justificaciones del poder como a las justificaciones de los actos que se manifiestan contra tal poder y que tienen la pretensión de obtenerlo. Ello significa que si un poder se establece en el nombre de la justicia, vendrá a su vez cuestionado en el nombre de la justicia.

Me parece, por lo tanto, que es pertinente tomar en cuenta el concepto funcional de ideología sugerido por Schaff,<sup>(8)</sup> y que de alguna manera desarrolla Luhmann<sup>(9)</sup> al construir las categorías de función pragmática y función simbólica de la Ideología. Para esta concepción sistémica, la ideología debe ser capaz de inspirar de vez en vez la selección de programas válidos junto a los sacrificios y renuncias relativas, y de guiar el cambio de estos programas. Desde este punto de vista, plantea Luhmann, ella tiene una función pragmática o instrumental. En segundo lugar, la ideología tiene la tarea de asegurar el consenso de aquellos que son constreñidos a atender la realización de sus valores específicos... desde este punto de vista, nos dice Luhmann, la ideología tiene una función simbólica.

Sin embargo, la ideología como un problema en relación a la veracidad permanece ajena desde el momento en el cual ella asume el papel de justificación y, por consiguiente, aceptamos su presencia en cualquier proposición con pretensión de verdad. Es el mismo caso de la legitimación con respecto a las estructuras de poder. En este sentido, me parece que el más adecuado antecedente de este tipo de relación está representado en el diálogo platónico entre Sócrates y Trasimaco: "La Justicia desde el punto de vista de Trasimaco es un nuevo nombre para el particular interés de quien tiene más fuerza. En sentido opuesto Sócrates afirma que si uno llama a algo justo, es necesario señalar sus fundamentos. Empero, conforme a Habermas,<sup>(10)</sup> ello plantea dos diferentes concepciones que aprecia como inexactas. La primera, de Trasimaco, a la cual califica como empírica le critica el haber dejado afuera o excluido los fundamentos, en tanto que la interpretación socrática, a la que señala como normativa, aunque satisfaga este requerimiento, le critica el que se desarrolla sólo en un contexto metafísico.

Siguiendo esta argumentación, permítaseme plantear con Luhmann<sup>(11)</sup> que ya no es posible aceptar una

polaridad unidimensional entre legitimidad y fuerza o entre consenso y constricción porque no puede haber ni legitimidad ni fuerza sin la mediación de procesos simbólicos. Desde este punto de vista, las cuestiones de legitimación e ideología, son comprensibles si aceptamos apreciar "el poder" como el código de comunicación del sistema político. A pesar de que no es el objetivo de este artículo el explicar la perspectiva sistémica de Luhmann acerca de la categoría de complejidad, por ejemplo, me parece pertinente tomar en cuenta que su construcción teórica, como es el caso también de Habermas, es referida, en primer lugar, a países altamente industrializados y, en segundo lugar, en este tipo de sociedades tal complejidad se exhibe de acuerdo a una pluralidad de posibilidades que los "partners" o gobernados tienen como opciones de comportamiento social, lo cual es susceptible de considerarse en cualquier tipo de sociedad aunque en diferentes grados. En este sentido la perspectiva de Luhmann<sup>(12)</sup> refuta al viejo causalismo planteando la posibilidad de que un efecto pueda no ser el resultado de una causa específica pues el mismo efecto puede obtenerse a través de otras causas; esto lo conduce a afirmar que una pluralidad de causas puede propiciar una pluralidad de efectos.

Así, dentro de un sistema político cuyo código de comunicación lo es el poder, su ejercicio y, lo que es más importante, su permanencia, dependen de la cantidad de posibilidades para actuar puestas a disposición de los "partners". Por tal razón, el uso de la fuerza no es el único elemento en las manos de quien detenta el poder; sin embargo, Luhmann acepta que el conocimiento de la posibilidad del uso de la fuerza, constriñe a los gobernados para actuar conforme a las posibilidades a su disposición.

Debe advertirse que, no obstante no evitar el problema central, estos argumentos no lo resuelven porque el mismo Luhmann acepta que cuando en una sociedad el único medio usado por quien detenta el poder para mantener a la sociedad en su identidad, esto es, evitando cambios básicos, consiste precisamente en el uso de la fuerza, tal complejidad es reducida al máximo y significa, al mismo tiempo, el umbral de la pérdida del poder. En este caso, si Luhmann, como muchos otros, han demostrado en el análisis de la ideología, por ejemplo, la inexistencia de una verdad ontológica, la legitimación de un poder, cuando sólo se hace uso de la fuerza, implica, en mi opinión, que tal legitimación" aparece ya sólo como ideología y no como conciencia social.

Por tal razón, como he afirmado en otros espacios, la ideología, como construcción social de la realidad es

8 Loe. cit., p. 13.

9 Luhmann, Niklas. *Iluminismo sociológico*, p. 212.

10 Habermas. *Jüraen. Per la Ricostruzione del*, p. 230.

11 Luhmann, Niklas. *Potere e Complessità Sociale*, p. 80.

12 *Ibidem*.

presentada no sólo en la construcción de la desviación (como el crimen) sino también, y al mismo tiempo, en la construcción del orden social; lo cual implica el punto de partida para una indagación acerca del principio de la auto-referencialidad, dado que, el fundamento de validez de cualquier discurso legitimante o deslegitimante no tiene lugar fuera sino dentro de semejante discurso. Por tal razón, es posible decir con Resta que cualquier formación histórico social ha producido una específica imagen del orden social, desarrollando dentro de tal imagen una autorreflexión sobre los fundamentos de su existencia, lo que significa desde este punto de vista, querer que el devenir se adecúe al orden previsto; pero este orden debe ser inmutable a fin de que, la amenaza del devenir no llegue a ser una posibilidad real. En tal sentido, Resta afirma: "Imaginando la estructura de las relaciones sociales como un juego de cooperación, se formula la hipótesis de un orden social fundado sobre la integración y el consenso; imaginando al contrario un juego de incesante conflicto, el orden social se convierte en el producto de una acción coercitiva, fundada sobre la existencia de organizaciones dominantes. Por tales razones, el concepto de orden, nos dice Resta, encuentra en el lenguaje de la política y del derecho la expresión más nítida de la epistemología de la fuerza."<sup>(13)</sup>

Al respecto, puedo decir, que si es posible que en los países altamente industrializados el juego del poder se desarrolle sin esa polaridad unidimensional entre consenso y uso de la fuerza con mayor complejidad que en los países periféricos, ello no significa que las relaciones de dominación no tengan como base el uso de la fuerza, y tampoco, que el mayor o menor grado de constricción no sean elementos de la violencia estructural.

Por consiguiente, más allá de un esquema formal, podría reconsiderarse el aporte de Schmith,<sup>(14)</sup> por ejemplo, acerca de la validez de la ley desde su concepto positivo de constitución y, por lo tanto, las razones de legitimación, como las razones de la ideología, deben ser buscadas más allá de una visión idealista, lo que no significa tratar de buscar una verdad universal y ontológica.

Por tales razones, no obstante que Habermas<sup>(15)</sup> nos sugiere un nuevo concepto de legitimación, basado en la aceptación de un sistema dentro del cual la legitimación se desarrolla, el fundamento de verdad, yendo más allá de la perspectiva de la autorreferencialidad, como en cierto sentido Cotesta<sup>(16)</sup> pretende construir su "nueva teoría de la verdad", que no significa, en mi opinión, sino dinamizar

la tesis socrática en vinculación con la categoría práctica del consenso, de acuerdo con Habermas cuando aprecia al interés precisamente como guía del conocimiento. Desearía, por tal razón, cerrar el planteamiento teórico de este artículo con la siguiente tesis de Habermas:

"El interés que guía al conocimiento se constituye en el medio o elemento del trabajo, del lenguaje y de la dominación."<sup>(17)</sup>

Hasta este punto, creo haber demostrado que el crimen, como construcción social de la realidad, no es sino una forma ideológica; que las formas ideológicas se constituyen en los contenidos de los niveles de justificación de las estructuras del poder; que las ideologías son perceptibles con ayuda del concepto funcional; que los sistemas de valores fundan los sistemas ideológicos y, lo que es más importante, el conocimiento, sus contenidos ideológicos y los esquemas de valores sobre los cuales se basa, son guiados y construidos por el interés, el cual fundamenta y legitima el poder de la misma manera que la verdad



POSADA

Finalmente, a manera de conclusión, creo pertinente señalar que tal interés, que no es una cuestión metafísica, pues está plenamente vinculado y es respuesta a todo quehacer social, uno de los cuales es la labor científica, no

13 Resta, Eligió. ('Ambiguo Diritto, pp. 22 y ss.

14 Schmith, Karl. Teoría de la Constitución.

15 Habermas, Jürgen. Per la Ricostruzione del... p. 231

16 Op cit., pp. 141 y ss.

17 Habermas, Jürgen Ciencia y Técnica , p 176

escapa a la legitimación sino que es la base o el punto de partida para construirla. Me parece que lo más importante respecto de estos temas, serían las vinculaciones estructurales del interés, precisamente en las formas en que se manifiesta (trabajo, lenguaje y dominación).



POSADA

Pareciera ser que en ello radica la diversidad de actitudes intelectuales en torno al crimen (o cualquier otro objeto de estudio o análisis social). Habría que preguntarse cuál es el interés que guía a las diversas perspectivas de la política criminal contemporánea y no ya, cuales son los fundamentos en los que basan su particular construcción de conocimientos. El abolicionismo, por ejemplo, se presenta como una actitud progresista en el pensamiento criminológico contemporáneo; plantea cierta reducción del poder estatal. No obstante, vale la pena considerar que tal tendencia se acuña dentro de los países centrales (podría decir que dentro de los países más desarrollados del

Welfare State) pero no plantea un abolicionismo más allá de sus fronteras de dominación; es decir no pretende abolir las condiciones sociales que generan tal actitud. ¿Qué sucedería si en tales países las condiciones económicas, por ejemplo, fuesen las que presentan los países periféricos?

### *Post-scriptum*

Semejante planteamiento podría formularse al "Nuevo Realismo de Izquierda" o a los teóricos del "Derecho Penal Mínimo", opciones de la crítica criminológica contemporánea como a quien, como el que escribe, se vincula a la periferia argumentando un contexto más amplio, quizás menos complejo, posiblemente no susceptible de verificación empírica, y que todos dan por supuesta su existencia e incidencia en mayor o menor grado pero que también, de alguna manera, han evadido en el estudio concreto.<sup>4</sup>

### BIBLIOGRAFIA

- Baratta, Alesandro. "Principi del diritto penale minimo", en Dei delitti e delle pene, vol. 3, Napoli, 1985.
- Bustos Ramírez, Juan Manuel de Derecho Penal España, Editorial Ariel, SA, primera edición, Barcelona, 1984.
- Cipriani, R, Costeta, V., de Nardis, P. y Landl, F. *Venté, Conoscenza e Legittimazione*, Editrice lanva, prima edizione, 1983.
- Habermas, Jürgen. *Ciencia y Técnica como "Ideología"*, Tecnos, Madrid, 1984.
- *Conoscenza e Interesse*, Laterza Terza Edizione, gennaio, 1983.
  - *Per la Ricostruzioni del Materialismo Storico*, Etaslibri, prima edizione, gennaio, 1979.
- Habermas, Jürgen y Luhmann, Niklas. *Teoria della Società o tecnologia Sociale*, Etaslibri, prima ristampa, marzo, 1983.
- Luhmann, Niklas *Illumunismo Sociologico il Saggiatore*, prime edizione, febbraio, 1983.
- *Potere e Complessità Sociale il Saggiatore*, prime edizione, ottobre, 1978
  - *Stato di diritto e Sistema Sociale*, Guida Editori, prima edizione, 1978.
  - *Teoria Politica nello Stato del Benessere*, Raneo Angelí, prima edizione, 1983
- Mathiesen Thomas "The Politics of Abolition. Essay in Political Action Theory", in *Scandinavian Studies in Criminology* 4, Oslo, London, 1974
- Merton, Robert K *Teoría y Estructura Sociales*, Fondo de Cultura Económica, segunda edición en español de la tercer en inglés, 1980
- Resta, Eligio. *L'Ambiguo Diritto*, Raneo Angeli, prima edizione, 1984
- Schaff, Adam. *Historia y verdad*, colección Teoría y Praxis, vol. 2, quinta edición, Editorial Grijalbo, S.A, México, 1981
- Schaff, Adam *Ideología y Marxismo*, colección Textos Vivos, vol. 12, primera edición, Editorial Grijalbo, SA, México, 1980
- Treves, Renato A cura di *Diritto e Legittimazione*, Franco Angeli, prima edizione, 1983