

# Discurso de la legalidad y bien común

*Juan Antonio Castillo López\**  
*José Guadalupe Zúñiga Alegría*

*“...el desconocimiento y el menosprecio de los Derechos Humanos han originado actos de barbarie, ultrajantes Para la conciencia de la humanidad...”*

Declaración Universal de Derechos Humanos  
(Preámbulo).

*¿Cómo se explica que el discurso del derecho diga eso que dice y no otra cosa? ¿Cuál es la causa de que tenga ese contenido y no otro?*<sup>1</sup>

Óscar Correas

El presente trabajo cuestiona el discurso de la legalidad contemporáneo, característico de la sociedad neoliberal posmoderna, que al igual que los sistemas totalitarios ha instrumentalizado el sistema legal en aras de la consecución de los fines del grupo hegemónico.

El neoliberalismo posmoderno a diferencia del totalitarismo, prescinde de los argumentos chauvinistas porque el poder es ejercido por grupos transnacionales que determinan el contenido de las leyes, generando normas contrarias al interés colectivo y al bien común.

This paper questions the speech on the contemporary legality, which is a characteristic of the postmodern-neoliberal society that the same as totalitarian systems have instrumentalized the legal system in the interest of the attainment of the hegemonic group's purposes. Post-modern neoliberalism contrary to totalitarianism does without the chauvinist arguments because the power is exercised by transnational groups that determine the content of the laws generating norms contrary to the collective interest and common good.

SUMARIO: Introducción. Sistemas económicos e ideologías. Desarrollo dependiente del sistema legal. Legalidad y teoría pura del derecho. Una alternativa a la legalidad por la legalidad misma. Bibliografía

\* Profesores-Investigadores de la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco.

<sup>1</sup> Correas, Óscar, *Introducción a la Sociología Jurídica*, México, Fontamara, 1999, p. 116.

## Introducción

Sacude mirar el alineamiento ciego al sistema legal.

Una moda que en los últimos años se ha tornado recurrente, es la de recabar la opinión de distinguidos juristas respecto de temas importantes de la agenda nacional y presentarlas en diferentes espacios mediáticos. Es cada día más frecuente encontrarlos blandiendo sus asertos con denodada pasión y cierto afán mesiánico. Generalmente ofrecen discursos muy bien mecanizados que decantan la obediencia a la ley como la solución infalible de los problemas que se someten a su ilustrada consideración.

Estos jurisconsultos elaboran discursos predecibles y muchas veces intemperantes, pero teñidos de aparente sabiduría. Lamentablemente la mayoría de esas distinguidas opiniones están construidas sobre un discurso dogmático, estereotipado y alejado del mundo de la vida, al grado de que independientemente de la pregunta, la respuesta casi siempre se constriñe a bordar una fútil perorata sobre la legalidad, a encomiar la obediencia inexcusable a la ley como si se tratara de una virtud, de hecho la más elevada de las virtudes.

Pocas veces abordan temáticas referentes al específico contenido de una ley, a sus consecuencias en el mundo factual, a su congruencia con el bien común o el bienestar de la colectividad. Mucho menos cuestionan qué interés soterrado se oculta detrás de la promulgación de una ley. Esto último de plano es tabú.

El llamado a la sumisión proclamado por estos leguleyos pareciera ser la voz ominosa de un líder religioso que exige a sus feligreses sumisión absoluta. Sumisión al demiurgo, a las escrituras, al propio líder, a su iglesia, etc. El discurso de la legalidad por la legalidad misma no es más que una tautología. O si se quiere, una suerte de sofisma o clamor utilitario musitado por una camarilla de gente poderosa que ha diseminado la idea de la legalidad como incontingente, cuando esta legalidad estraga los más elementales derechos de la mayoría.

La gran paradoja que subyace en este discurso de la legalidad, es que se asemeja en demasía al de un sistema totalitario. Los sistemas totalitarios son promotores del cumplimiento de la ley porque la subordinación de los medios a los fines es una constante, necesaria sin duda, para otorgarle un fundamento al proceder estatal, por violento o irracional que sea.

El presente trabajo cuestiona el discurso de la legalidad contemporáneo, característico de la sociedad neoliberal posmoderna, que al igual que los sistemas totalitarios ha instrumentalizado el sistema legal en aras de la consecución de los fines del grupo hegemónico. El neoliberalismo posmoderno a diferencia del totalitarismo, prescinde de los argumentos chauvinistas porque el poder es ejercido por grupos transnacionales que determinan el contenido de las leyes, generando normas contrarias al interés colectivo y al bien común.

## Sistemas económicos e ideologías

Si bien la legalidad es un producto de la Ilustración y el pensamiento liberal, debemos enfatizar que estas corrientes son producto de una ruptura definitiva con el mercantilismo, que fue una doctrina europea de los siglos XVI y XVII y que tuvo lugar sobre todo en Inglaterra, Francia, Holanda y España. El modelo mercantilista sostenía que el enriquecimiento de las naciones debía basarse en un proceso de acumulación de oro y otros metales preciosos y que dicho proceso debería beneficiar directamente al Estado.

El desarrollo del comercio y la industria que se gestó durante el proceso de acumulación, así como las críticas sistemáticas de los economistas liberales, terminaron por provocar un giro hacia el libre cambio, corriente en la que se ponderaron las actividades económicas y no la mera acumulación de metales. La riqueza para el mercantilismo se basa en atesorar; el libre cambio por el contrario, parte de la premisa de generar riqueza a partir de la industria y del comercio, y prescinde del monopolio del Estado como rector de la economía. El libre cambio propugna por la reducción de las barreras arancelarias y de las restricciones comerciales, la especialización y liberalización del comercio internacional. Asimismo plantea la autorregulación del mercado a partir de la ley de la oferta y la demanda.

Las necesidades del nuevo modelo económico concordaban con las tesis liberales de la época. La libertad individual por ejemplo, es necesaria para fomentar la libertad contractual de los trabajadores, la igualdad es una premisa necesaria para hacer responsable de incumplimiento a los contratantes. El liberalismo y la Ilustración son corrientes de pensamiento estrechamente ligadas entre sí, que trastocaron de manera definitiva la visión occidental. La interpretación del mundo dio un viraje radical que paulatinamente influyó en todos los ámbitos de la estructura social, viéndose los sistemas legal y político vigorosamente influidos por estos cambios históricos.

Por ejemplo, en las sociedades medievales las extensas prerrogativas de los propietarios de la tierra se justificaban atribuyéndoles un supuesto origen divino. En el estado absolutista, para el soberano (igual que en el medioevo para el señor feudal y los propietarios de la tierra) prevalece esta misma explicación de sus privilegios. La idea de un derecho divino del monarca como fundamento para detentar el poder, se verifica, según la concepción de la época, mediante la forma de transmisión hereditaria del trono, pues el nacimiento es un hecho natural y a éste precede el dedo de Dios, la elección del rey es un orden divino. Evidentemente esta pseudo explicación soslayó cualquier posibilidad de refutarla con argumentos racionales.

Muchos teólogos del catolicismo llegaron a sugerir que los soberanos le debían sumisión moral al Papa, ya que este era el representante directo de Dios en la Tierra, y Dios, siendo el dueño de todo lo existente, era el único que podía disponer de las

tierras y de los reinos. Por lo tanto, los reyes, quienes detentarían su poder de manera temporal, palidecían ante la sempiterna autoridad divina, por eso necesitaban de la aprobación moral del salvoconducto de Dios, llamado El Papa.

Sin embargo Thomas Hobbes prescinde del derecho divino como cimiento teórico del Estado y en su obra *El Leviatán* (1651), atribuye la fundación del Estado a un acuerdo entre los hombres quienes se asocian dando origen a una entidad soberana a la que se endosa toda voluntad personal a cambio de seguridad. Desde luego se refiere a la seguridad para la supervivencia y no la seguridad jurídica de los súbditos gobernados. Esta entidad soberana es una persona ficta y por tal, para ejercer el poder debe ser representada por un individuo, el monarca. Más aún, porque la naturaleza humana es depredadora y es difícil sustraerse del deseo de arrebatarse a otros sus posesiones o derechos, es necesario un gobierno eficaz que castigue el incumplimiento a fin de garantizar la seguridad de los súbditos. Este gobierno, el del monarca, no debe estar fragmentado pues de lo contrario perdería su eficacia.

Para Hobbes la aspiración de salvaguardar la seguridad personal, la propiedad privada, la paz e incluso la comodidad, impulsan a los seres humanos a salir del estado natural, el cual es cruento, brutal y peligroso. Tal aspiración culmina con el surgimiento del Estado Leviatán encarnado en la figura del monarca, quien acopia en su investidura todo el poder político y no tiene para con los súbditos, sentido de retribución o límite de ninguna índole, puesto que él no cedió su voluntad, por el contrario, recibió de modo definitivo el poder de los otros y no tiene por qué rendirles cuentas.

La construcción teórica de Hobbes es visiblemente una pujante defensa del absolutismo monárquico, pero es, ante todo, una ruptura definitiva con la visión religiosa del poder como privilegio emanado de la divinidad:

...el canon de los libros religiosos, el credo y el gobierno de la iglesia, caso de tener alguna autoridad, están autorizados por el soberano. Como no hay ninguna pauta objetiva para calibrar la verdad religiosa, el establecimiento de cualquier creencia o forma de adoración tiene que ser un acto de voluntad soberana.

Una iglesia es pues para Hobbes una mera asociación. Como toda asociación necesita una cabeza y la cabeza es el soberano (...) ninguna enseñanza es legítima a menos que el soberano la autorice.<sup>2</sup>

Hobbes invierte la subordinación del poder terreno al poder divino y así, en el *Leviatán* la iglesia queda supeditada al poder soberano. Esta postura constituye un punto nodal en el camino hacia la visión secular del mundo y desde luego contribuye de manera importante al desarrollo del pensamiento liberal. Hobbes es uno de los an-

<sup>2</sup> Sabine, George H., *Historia de la Teoría Política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 366.

tededentes más cercanos al pensamiento liberal y a la nueva racionalidad secular que dominaría el mundo occidental. Precisamente por su corte declaradamente laico, el Leviatán tiene pretensiones de un incipiente modernismo científico que reconoce, por ejemplo, el tan humano instinto de conservación y lo señala como una de las causas de la fundación del Estado Leviatán.

Al absolutismo monárquico justificado explícitamente por Thomas Hobbes; John Locke en su *Ensayo sobre el Gobierno Civil* (1681) y Montesquieu en su *Espíritu de las Leyes* (1784), le oponen la necesidad de fragmentar el poder político para evitar la concentración del poder público en la figura del monarca. Sobre todo este último, elaboró su concepción del Estado a partir de un marcado rechazo al poder monárquico porque consideraba que en el régimen absolutista el derecho se reducía a la voluntad caprichosa del soberano.

A Montesquieu le tomó diecisiete años escribir de manera intermitente *El Espíritu de las Leyes*. En él explica que una ley es violada por la presencia de dos elementos: la libre voluntad de las personas y la inteligencia defectuosa. A diferencia de Hobbes, quien plantea que en su estado natural el hombre es el cruel depredador de sí mismo, Montesquieu propone la existencia de *un canon de justicia anterior al derecho positivo*.<sup>3</sup>

En Hobbes el derecho natural de origen divino cede ante la concepción laica del Estado como resultado del pacto original. Con Montesquieu la concepción secular del derecho natural empalmada con la idea de razón humana inmanente, se significa como el sólido cimiento de la racionalidad liberal que aparecería como el nuevo paradigma del mundo occidental. Pero la gran aportación de este autor fue elaborar el más completo diseño de su tiempo sobre el principio de la división de poderes, el cual propone como un freno eficaz al poder absoluto y despótico del monarca, gracias al equilibrio y a los contrapesos que resultan de dividir el poder político en varias entidades que se fiscalizarán recíprocamente.

Rousseau, tal vez el pensador más importante de su tiempo, acude a la tesis del pacto social como lo hicieron antes Thomas Hobbes y John Locke. Sin embargo para Rousseau, quien escribió su obra más representativa en 1762, intitulada *El Contrato Social*, el poder reside única y exclusivamente en el pueblo. El pueblo es el verdadero soberano y el gobierno un mero depositario del poder, un comité al que se le puede retirar o cambiar en cualquier momento, si así lo decide el pueblo, quien ha conservado para sí la potestad soberana. El poder le es prestado al gobierno, pero la voluntad general de la cual dimana aquél es de carácter inalienable e indivisible y por lo tanto la democracia directa es la forma de gobierno implicada en *El Contrato Social*, por oposición a la democracia representativa, rechazada drásticamente por Rousseau.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 424.

La voluntad general es la más elevada expresión de la soberanía del pueblo, es el resultado final de la suma de todas las voluntades individuales que mayoritariamente apuntan en un mismo sentido. Aquí Rousseau identifica el bien común. Voluntad general (la voluntad de la mayoría que resulta después de restar las voluntades individuales antagónicas a esa mayoría) y bien común en este contexto se corresponden. Para Hobbes el pacto originario implica una traslación definitiva e irreversible del poder soberano, mientras que para Rousseau el poder depositado en el gobernante, debe, inexorablemente, ser congruente con la voluntad general y si el gobierno no se somete a ésta, puede remover al gobernante en cualquier momento.

La Revolución Francesa (1789) es un punto de inflexión en el cambio de paradigma. El reconocimiento de los derechos civiles, la reivindicación del individuo y la imposición de límites al poder del Estado frente al individuo erosionaron los privilegios y prerrogativas otorgadas a unos cuantos por potestad divina. El Estado laico liberal se sobrepuso finalmente al poder político que detentaba el monarca. *La Declaración de los Derechos del Hombre* (1789) es un claro indicio del fin del régimen despótico en Francia.

El liberalismo es una ideología que pondera las libertades individuales, sobre todo la libertad personal y está estrechamente ligado a la noción de derecho natural, ya que propone como atributo inherente al individuo su derecho a ser libre. Esta libertad lo habilita para estar en aptitud de contratar. Esta ideología tiene un sesgo preponderantemente económico. Por ejemplo, uno de los factores esenciales que impulsaron a John Locke a esbozar la necesidad del pacto original, fue la idea de fundar un gobierno capaz de proteger la propiedad privada.

El liberalismo clásico inglés sostenía que la actividad del gobierno debe ceñirse a la de mero vigía del sistema legal. Desde luego tal sistema ponderaba las libertades civiles porque era menester para garantizar el flujo de la riqueza, sobre todo la compraventa de propiedades. Adam Smith en *La Riqueza de las Naciones* (1776), “instaba denodadamente a la supresión de las limitaciones políticas para la adquisición de la riqueza”.<sup>4</sup>

La motivación principal que nos mueve a evocar los fundamentos de la ideología liberal, es enfatizar esta clara tendencia a reconocer en el individuo derechos y libertades inmanentes, que preceden a la fundación del Estado. Con estas tesis se habilitó para el nuevo mercado laboral a los hombres libres que el mercantilismo arrancó de sus reductos feudales y que de pronto se hallaron dispersos y sin ocupación laboral. En el discurso del liberalismo está implícito el origen metafísico de las libertades civiles porque para dicha corriente ideológica estas libertades son atributos de la condición humana; al individuo le pertenecen en virtud de ello todas las prerrogativas

<sup>4</sup> Ecleshall Robert, et. al., *Ideologías políticas*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 58.

inherentes. La tesis del pacto original por ejemplo, presupone la libertad de elección del individuo, para enajenarla o depositarla en el gobernante.

A partir del liberalismo el sistema legal se convirtió en un atento vigía de las libertades civiles porque era indispensable garantizar la libertad contractual y la movilidad económica, sobre todo de la propiedad, para el desarrollo del nuevo modelo económico. Bajo la óptica liberal toda trasgresión al marco jurídico implica conculcar el pacto o contrato social. Por ejemplo, el derecho penal clásico que surge en esta etapa histórica, asume una función de garante de este pacto social y la pena se mira como un castigo para el trasgresor. Beccaria postuló en su *De los Delitos y las Penas* (1764) el principio de legalidad, consistente en que todo delito debe estar previsto en una ley promulgada previamente a la manifestación en el mundo fáctico de la conducta considerada como delictiva. A partir de que Beccaria postuló la necesidad de un proceso legislativo previo como condición *sine quo non* para que existiera el delito, este proceso legislativo será el artífice de la legalidad en general.

Paulatinamente y cada vez con mayor énfasis, la discusión sobre la validez de la ley fue aterrizando en el proceso legislativo y en sentido inversamente proporcional, cada vez fue menos importante la discusión sobre el contenido específico de la ley. Los postulados de la Ilustración y del liberalismo se desplegaron en un contexto de expansión del sistema capitalista y por lo tanto su desarrollo estuvo siempre subordinado al modo de producción.

## **D**esarrollo dependiente del sistema legal

El sistema legal no tuvo un desarrollo independiente y ha estado firmemente sujeto a las vicisitudes de la economía y la política, al grado que parece disociado de la realidad y de la historia. Verbigracia: mientras que en 1789 tenía lugar en Francia la Declaración de los Derechos del Hombre:

(En) Haití, que fue la posesión colonial europea más rica de las Américas: producía las tres cuartas partes del azúcar mundial en 1789, y ocupaba el primer lugar del mundo en producción de café, algodón y otros recursos, con lo que proporcionaba a Francia una gran riqueza, fruto del trabajo de sus 450,000 esclavos. Más tarde fue devastada por la brutal injusticia de los europeos, en venganza por el triunfo de la revolución de los esclavos, y ha seguido hasta hoy en la miseria y en la pobreza.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Chomsky, Noam, *Política y Cultura de Finales del Siglo XX*, México, Ariel, 1996, p. 12.

Evidentemente para estos esclavos los postulados de la Declaración de los Derechos del Hombre debieron sonar como el más acerbo y grosero de los sarcasmos.

Inglaterra, cuna del liberalismo, también expandió su hegemonía mediante el saqueo, la explotación y la esclavitud de sus colonias africanas. Incluso en India la plantación y comercialización de narcóticos fue uno de los negocios más lucrativos que impulsaron la primera revolución industrial.

En 1757, cuando (Inglaterra) conquistó Bengala, Robert Clive describió el centro textil de Dacca tan extenso, populoso y rico como la ciudad de Londres; en 1840, había descendido de 150,000 a 30,000 habitantes, según el testimonio de Sir Charles Trevelyan a la Cámara de los Lores, y la selva y la malaria avanzan rápidamente (...) Dacca, el Manchester de la India, ha dejado de ser una ciudad muy próspera para convertirse en un ciudad muy pobre y pequeña. Hoy es la capital de Bangladesh.<sup>6</sup>

En tiempos concomitantes a la eclosión de la Ilustración y del liberalismo y también en tiempos muy cercanos a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, a los indios americanos se les imputó poseer *maldad natural y ser animales fríos, débiles y desagradados* entre otras cosas.<sup>7</sup> Los más connotados pensadores europeos, entre ellos algunos humanistas, opinaban, como Voltaire, que *América estaba habitada por indios perezosos y estúpidos, cerdos con ombligo a la espalda y leones calvos y cobardes*; y como Montesquieu, David Hume y Bodin, se negaron a reconocer como sus semejantes a los *hombres degradados del nuevo mundo*. Hegel *habló de impotencia física y espiritual de América y agregó que los indígenas perecieron al sople de Europa*.<sup>8</sup>

El pensamiento liberal desde sus primeros cimientos colocó el discurso de la legalidad en el cenit del horizonte jurídico. La discusión sobre la validez normativa, desde entonces, se fue inclinando cada vez más hacia la forma del proceso legislativo, marginando la discusión sobre su contenido. El sistema jurídico derivado de la ideología liberal, reconoce derechos naturales inherentes al ser humano. La tesis del contrato social le es afín porque históricamente ha decantado la sumisión del aparato político y legal al bien común. Las libertades civiles, la separación de poderes, la democracia liberal, la igualdad jurídica etc., son tradiciones que existen básicamente como lenguaje y que incluso tienen un desarrollo teórico importante pero prácticamente disociado del mundo de la vida. Durante dos siglos han quedado atolladas en el plano del discurso ante la evidente dicotomía entre la teoría y la praxis.

Paradójicamente para el liberalismo clásico la búsqueda del bien común es idéntica a la búsqueda de la riqueza aún en el sentido más egoísta y utilitario; hacerse rico es

<sup>6</sup> *Idem.*

<sup>7</sup> Galeano, Eduardo, *Las Venas Abiertas de América Latina*, México, Siglo XXI, 1985, p. 63.

<sup>8</sup> *Idem.*

ante todo una contribución al bienestar de la colectividad porque se producen bienes y servicios que finalmente favorecen a la generalidad. Adam Smith, uno de los pilares del liberalismo clásico, dijo, palabras más palabras menos, que la búsqueda del bien común es la búsqueda egoísta del beneficio propio porque tal egoísmo se traduce en una contribución final al bienestar general; también dijo que las empresas privadas generan prosperidad y el desequilibrio en la distribución de la riqueza se debe tan sólo a la diferencia natural del talento y esfuerzo humanos.

Los sistemas modernos de corte liberal lograron un avance modesto en rubros como libertades civiles y democracia; pero inclusive aunque se siguen enarbolando más o menos las mismas tesis con ciertas variables igualmente dissociadas del mundo de la vida, en la actualidad el neoliberalismo o mejor dicho la posmodernidad neoliberal, ha comenzado una clara tendencia a desplazar las pocas libertades civiles:

Los mecanismos actuales no incorporan prácticamente ninguna garantía para proteger los intereses de las personas. Las Naciones Unidas aprobaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero ese instrumento carece de un mecanismo para su aplicación.<sup>9</sup>

Así mismo:

A las políticas posmodernas no les importa cuidar las formalidades de las libertades civiles en que teóricamente descansaba el liberalismo capitalista moderno. La simulación de las garantías individuales y de los derechos humanos, quedó en el pasado.<sup>10</sup>

El salto ideológico entre el mercantilismo y el liberalismo es dramático porque el viraje del sistema de producción también lo fue. El papel del Estado se transformó ostensiblemente. Las concepciones políticas, económicas y jurídicas tuvieron repercusiones históricas. De la mera acumulación de metales preciosos se pasó a la producción y fomento del comercio así como a la reducción de aranceles y adelgazamiento del Estado. En esa misma tesitura, también hubo un salto cuántico entre las corrientes de pensamiento heredadas del liberalismo y que hasta hace poco ponderaban las libertades civiles y la democracia, y el posmodernismo neoliberal, el cual impone reglas de dominación internacional entre los países hegemónicos y los periféricos. La visión del poderoso, del vencedor se impone como universal y única, aniquilando la particular visión del mundo de los periféricos.

<sup>9</sup> Soros, George, *La crisis del Capitalismo Global*, México, Plaza y Janés, 1999, p. 245.

<sup>10</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas Ideológicos y Control Social*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 175.

Hoy estamos arribando a un sistema que presenta una clara tendencia a suprimir abiertamente y a toda costa los derechos ciudadanos y los derechos de los países periféricos. Al ser la visión del dominante, universal y excluyente de la diversidad, el sistema jurídico contemporáneo tiende a diseminarse en todo ámbito en donde el dominante se impone. El sistema jurídico derivado del neoliberalismo posmodernista actúa como un eficaz instrumento de dominación. El derecho como orden coactivo contribuye a imponer una nueva legalidad en todo el orbe.

La posmodernidad neoliberal ha socavado los nimios derechos ciudadanos alcanzados en poco más de dos siglos, imponiendo controles cada vez más violentos y evidentes. El discurso ideológico con el cual se justificaban los modelos liberales y que en alguna medida intentaba mantener soterrada la explotación y dominación de los pueblos, anteponiendo la idea del bien común, la legalidad, la democracia, la soberanía nacional, etc., está mutando aceleradamente. Hoy el dominante subyuga, domina, invade, persigue, aniquila y asesina sin el mínimo recato.

A los disidentes políticos se les espeta la apotema de terroristas, sin distinguir entre los verdaderos terroristas y aquellos que discrepan en ideas con el poder dominante. El brazo de la ley es implacable y eficaz. Los seguirá y perseguirá por todo el orbe utilizando los tratados internacionales a los que previamente se han adherido los Estados. Para los subversivos, todo el peso de la maquinaria transnacional que se viene gestando. Hay una tendencia de los sistemas jurídicos nacionales en este contexto de globalización, a homogeneizar sus sistemas legales, para salvaguardar los intereses transnacionales, sin importar las fronteras nacionales, cada día más débiles y relativas.

Los sistemas jurídicos nacionales contemporáneos, producen disposiciones similares o equivalentes en diversos países para estar en consonancia respecto del patrocinio de intereses comunes, esto es, los intereses concretos de las oligarquías financieras transnacionales que se han apoderado del control político del mundo. Evidentemente en este contexto no es factible generar normas jurídicas racionales y tendientes al bien común porque el derecho más que nunca representa los intereses del dominante. En esa misma línea los tratados internacionales se han convertido en instrumentos muy eficaces para homogenizar las leyes en aras de promover esta nueva legalidad transnacional.

Esa es la legalidad que hoy se pondera, muchas veces sin siquiera notarlo. Nos hemos distanciado radicalmente de la noción liberal. Cuando escuchamos una defensa apologética de la legalidad, tal vez sólo se trate de una defensa a ultranza de las disposiciones irracionales, contrarias al bien común, al equilibrio ecológico y al interés general. Benéficas sólo para la oligarquía financiera que detenta intereses opuestos, inclusive a la humanidad misma.

El discurso actual de la legalidad adolece del mismo desfase entre lo teórico y lo fáctico porque no discute la legitimación de la norma y parte de premisas axiomáticas,

dando por descontado que las normas tienden al bien común y al interés colectivo. Es decir, “*constituyen una violenta abstracción respecto de la complejidad del mundo de la vida*”,<sup>11</sup> sin reconocer que la noción contemporánea de la legalidad generada por el neoliberalismo posmodernista, ha transformado definitivamente la legalidad liberal; que ya no está más en boga. Basta leer un concepto clásico de legalidad para entender que nos hemos alejado de él:

El principio de legalidad implica, en primer lugar, la supremacía de la Constitución y de la ley como expresión de la voluntad general, frente a todos los poderes públicos. Además, el principio de legalidad implica la sujeción de la Administración a sus propias normas, los reglamentos (...) todas las actuaciones de los poderes públicos deben estar legitimadas y previstas por la ley, de modo que la Administración sólo puede actuar allí donde la ley le concede potestades. Es decir, el principio de legalidad implica que la ley es el único mecanismo de atribución de potestades a la Administración.<sup>12</sup>

Más aún si partimos de que ese concepto de legalidad se halla inextricablemente vinculado a la noción de Estado de Derecho:

**Estado de Derecho.** Forma política caracterizada por la sumisión del poder al Derecho, mediante la limitación jurídica de su actividad. Frente al Estado absoluto, el Estado de Derecho se fundamenta en la separación de poderes, el respeto de los derechos fundamentales, el principio de legalidad de la actuación administrativa y la responsabilidad del Estado, facilitada por el reconocimiento de su personalidad jurídica. La doctrina identifica diversas etapas en el Estado de Derecho que nace de la Revolución Francesa: Estado liberal, Estado social y Estado democrático de Derecho.<sup>13</sup>

Es claro que estos conceptos poco tienen que ver con el mundo de la vida. Un ejemplo puntual, en México, de lo esbozado en los párrafos que preceden son los tan sonados quebrantos cometidos por la oligarquía financiera integrada por banqueros e inversionistas y solapados por el poder político en los últimos sexenios, y que impunemente fueron trasladados al erario público. Estos delitos de cuello blanco han sumido a nuestro país en una crisis financiera devastadora cuyas consecuencias económicas siguen causando estragos a la comunidad. Las pérdidas económicas son escandalosas y tal vez sus efectos permanezcan durante varias generaciones. No obstante, el legislador suele conferir a los delitos de cuello blanco un rango de punibilidad insignificante en proporción al bien jurídico tutelado, de manera que tales normas jurídico penales,

<sup>11</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, 2ª. ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2000, p. 9.

<sup>12</sup> *Diccionario Jurídico*, Madrid, Espasa Calpe, 1999, p. 561.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 389.

ex profeso, promueven la impunidad de ciertos grupos económicos con gran incidencia en el poder político y por lo tanto en el proceso legislativo. Esto evidentemente atenta en contra de los intereses del grupo social.

En estos casos las normas jurídico penales claramente abandonan su función de proteger los intereses de una comunidad y de manera descarada salvaguardan los intereses del grupo económico específico que influyó en el proceso legislativo consustancial a la emisión de dichas normas, sólo porque tiene el poder y la injerencia política suficiente, no porque en realidad esté de por medio el bien común o el interés colectivo.

Esta oligarquía ha propiciado tal impunidad pues es tan elevada su incidencia en el ámbito político, que suele influir en el proceso legislativo y en la redacción de las normas jurídicas, adjudicando a los delitos de cuello blanco rangos de punibilidad insignificantes, a sabiendas de que por su posición de operadores corren el riesgo de ser sorprendidos transgrediendo la ley. Con el afán de prevenir riesgos futuros y para el remotísimo caso de que un juez los halle culpables, estos personajes se han encargado de que el Poder Legislativo promulgue normas jurídico penales que antagonizan con ese supuesto interés individual o colectivo de carácter social al que denomina *bien jurídico* (connotación propia del modelo lógico del tipo penal).

Esta clase de ejemplos prácticos son innumerables en nuestro país y en otras latitudes. Existe una marcada tendencia a crear leyes propicias para sembrar la impunidad de la oligarquía financiera que subyace tras la emisión de leyes contrarias al interés general o para facilitar u orientar su actividad económica, también contraria al interés general.

El proceso legislativo es un acto político que alimenta al sistema legal. Este último no es un sistema autónomo con un desarrollo independiente, pues depende directamente de ese acto político (proceso legislativo). La ley una vez promulgada adquiere validez en un ámbito territorial determinado y su observancia es vital para el grupo que está detrás del proceso legislativo implicado en la creación de esa específica ley y no necesariamente para el interés colectivo. Si el proceso legislativo es monopolizado por determinados grupos, se emitirán leyes orientadas a fomentar esos intereses concretos.

Al alimentarse el sistema legal de leyes creadas a través de un acto político, con fines tendientes a beneficiar a determinado grupo, la ruta o procedimiento que sigue el legislador hasta el momento de emitir la norma, es lamentablemente una cuestión menor. Sin embargo este es el punto medular y donde debe aplicarse un criterio de equidad, justicia, legitimidad o reconocimiento de la voluntad general. Pero contrariamente, la legalidad está subordinada a ciertos grupos poderosos económica y políticamente. El discurso de la legalidad es por lo tanto un discurso político, diseñado por políticos que defienden intereses de grupo (del grupo dominante por supuesto). La ley una vez emitida pasa de ser un acto político a tener a una forma general y abstracta

que vincula a todos los gobernados y por lo tanto los verdaderos fines que le dieron origen quedan ocultos.

## Legalidad y teoría pura del derecho

Se ha soslayado la discusión sobre el contenido de las normas al momento de versar sobre el tema de la legalidad. La discusión se constriñe al procedimiento legislativo. Esta es una legalidad tautológica pues se actúa “*ciegamente y sin referente de la realidad exterior*”<sup>14</sup> porque subyace en la ley los intereses que le dieron origen y se pretende paliarlo mediante el discurso de la legalidad. Esta es una idea muy kelseniana.

Hans Kelsen, el eminente jurista nacido en Praga, formuló su célebre *Teoría Pura del Derecho* (1935) con la pretensión de fundar una ciencia jurídica, y para ello desarrolló una visión positivista, libre de consideraciones morales e ideológicas. La legalidad, para este autor, emana de una ley o de una constitución anterior, hasta llegar a la norma hipotética fundamental. La validez normativa reside en un referente normativo previo y en la fiel observancia del proceso legislativo.

La Teoría Pura del Derecho ha sido paradigmática y en esto ha influido en demasía su elevada capacidad para adecuarse a cualquier sistema político o jurídico, precisamente porque está desvinculada del contenido de la ley. Paradójicamente Kelsen era un decidido opositor de los regímenes totalitarios y partidario de la democracia. De hecho fue uno de los principales autores de la Constitución republicana y democrática de Austria (1920).

Es tal el nivel de abstracción y de ruptura con el mundo factual, que la Teoría Pura del Derecho puede concurrir casi con cualquier sistema político jurídico. Es aplicable calificar la observancia de la ley, indistintamente, en un sistema totalitario y en un sistema democrático. Vacío de contenido el sistema legal diseñado por Kelsen, pondera la validez de las normas sobre su legitimidad y en este esquema la realidad social no tiene cabida ni eco. La Teoría Pura del Derecho poco se ocupa de la noción de legitimidad pues la reduce a la validez del proceso legislativo y a la existencia de una norma fundante.

Si bien la contribución de Hans Kelsen ha sido inmensa para la disciplina jurídica, como técnica para resolver conflictos, por otro lado también impulsó la tendencia a una legalidad disociada del contenido de la ley.

<sup>14</sup> González Vidaurri, Alicia, *Control Social en México Distrito Federal*, México, 1998, UNAM, ENEP-ACATLÁN, p. 30. Cita un comentario de Rafaele De Gorgi, vertido en la conferencia “Teoría del Derecho y Sistemas Sociales”, dada en la ENEP-ACATLÁN en junio de 1996.

A saber, Kelsen, quien fue profesor de filosofía política en la Universidad de Berkeley, era partidario de la democracia y detractor de los sistemas totalitarios. En la visión de este jurista, estructurar una ciencia cuyo objeto de estudio fuera exclusivamente el derecho, la ponía a salvo de contaminaciones de tipo moral e ideológico. La justicia y la equidad debían de ser objeto de la filosofía y no de la ciencia jurídica.

El proceso legislativo y la discusión sobre el contenido de la ley deben regirse por criterios de justicia para evitar que se generen leyes que no representen la voluntad general. Sólo entonces el discurso de la legalidad cobraría sentido y dejaría de ser una vulgar perorata que oculta los intereses ominosos de la oligarquía financiera que determina la forma en que se conducen los legisladores.

## Una alternativa a la legalidad por la legalidad misma

Es menester, para evitar que se promulguen leyes que atenten contra el bien común y las demandas legítimas de la voluntad general, anteponer criterios objetivos de justicia, desde luego, de tipo procedimental, que permitan orientar la discusión legislativa. Existen posturas claras que teorizan sobre la justicia y que reúnen las condiciones mencionadas. *La Teoría de la Justicia* de John Rawls es pragmática y de carácter procedimental o bien, la monumental *Teoría de la Acción Comunicativa* de Jürgen Habermas y su filosofía del derecho contenida en la obra *Facticidad y Validez*.<sup>15</sup>

El momento preciso en que se debe recurrir a criterios de justicia y equidad es precisamente en el acto de creación de la ley, y debiera de ser acatado por los legisladores, para evitar que emitan normas en las cuales beneficien sólo a grupos que detentan intereses contrarios a la voluntad general.

Para John Rawls “*la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es en los sistemas de pensamiento*”.<sup>16</sup> Afirma este autor que las instituciones que no son justas deben “*ser reformadas o abolidas*”.<sup>17</sup> Es así porque la función de la justicia es el orden social y por tanto, estamos frente a una teoría de la justicia social.

Bajo este esquema intenta dar un nuevo sustento a la justicia. Opone su teoría a otros modelos de pensamiento tradicionales que encontraban la esencia de la justicia

<sup>15</sup> “La racionalización del mundo de la vida permite cada vez menos cubrir la necesidad de legitimación que tiene el derecho positivo, es decir un derecho basado en las decisiones cambiantes de un legislador político”. Habermas, Jürgen, *op. cit.*, p. 160.

<sup>16</sup> Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, 2ª. ed., trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 17.

<sup>17</sup> *Idem.*

en cuestiones metafísicas o bien en la naturaleza humana. Prescinde Rawls de los fundamentos metafísicos que han sido invocados frecuentemente por pensadores como Aristóteles, cuya influencia durante siglos fue relevante y hasta determinante en toda suerte de corrientes de pensamiento vinculadas a la idea de justicia. El siguiente fragmento describe puntualmente la posición del filósofo griego.

A saber: el alma, como solemos decir, se divide en dos partes, la que llamamos irracional y la que llamamos racional. En la parte racional radican la prudencia, la astucia y presencia de ánimo, la sabiduría, la formación o educabilidad, la memoria y otras cosas del mismo género. Y en la parte irracional radican lo que solemos llamar las virtudes, la templanza, la **justicia**, la fortaleza y todas cuantas, arraigadas en el carácter, son dignas o merecedoras de alabanza<sup>18</sup>

Rawls encuentra el fundamento de la justicia, ya no en la divinidad, el alma o la naturaleza humana, sino en una hipótesis fundante a la que denomina contrato social. Busca lo que Habermas llamaría *nivel postmetafísico de fundamentación*,<sup>19</sup> sólo que Habermas prescinde de contenidos apriorísticos y funda su teoría en el consenso, en la racionalidad y en el principio discursivo.

El punto de partida es una hipótesis fundante (en el sentido de Kelsen) en el cual descansa su teoría de la justicia: el contrato social. Pero a diferencia de los contractualistas clásicos como Hobbes, Rousseau y Locke, no asume este contrato como elemento auténticamente fundante de la sociedad, sino sólo de manera hipotética y con el único fin de establecer un procedimiento eficaz para estructurar instituciones justas y resolver conflictos desde una posición equitativa y justa.

Para este autor el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, pues las grandes instituciones sociales como la constitución política, la propiedad privada o la familia monógama, por sus efectos profundos en las perspectivas de vida de los individuos, debieran estar estructuradas a partir de una idea de justicia basada en la imparcialidad que mitigue las diferencias estructurales que persisten en los grupos sociales, permitiendo una cierta igualdad de oportunidades y de desarrollo personal.

Al decir del propio autor, su teoría implica llevar a un nivel superior de abstracción las tesis contractualistas de Locke, Rousseau y Kant, no para ingresar a la sociedad o para establecer una forma específica de gobierno, sino para introducir principios de justicia que regulen todos los acuerdos posteriores. Parte de esta idea directriz par delimitar los principios de justicia bajo los cuales habrá de moldearse la estructura básica de la sociedad, para decidir lo que en adelante será lo justo o lo injusto.

<sup>18</sup> Aristóteles, *Ética*, España, Edimat Libros, Colección Obras Selectas, p. 332.

<sup>19</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, p. 162.

La Teoría de la Justicia tiene un carácter procedimental. Las condiciones necesarias para acceder a instituciones justas y a los mayores beneficios para todos sobre la base de la imparcialidad y la igualdad de oportunidades se alcanza mediante lo que denomina el *velo de la ignorancia* en la hipotética *posición original*. Igualdad que sólo puede ser soslayada cuando ello implique mayores ventajas para todos.

Rawls connota dos principios de justicia:

*Primero:* Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

*Segundo:* Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que *a)* se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, *b)* se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.<sup>20</sup>

Estos principios resultan para su autor el centro de su teoría pues constituyen los elementos procedimentales que servirán como rasero para erigir las instituciones sociales y delimitar las soluciones a los conflictos reales.

La teoría de la justicia como imparcialidad supedita la producción de las normas jurídicas a principios en los cuales sus destinatarios se vean reconocidos y además establece ciertas reglas a nivel procedimental que permitan su aplicación a casos concretos. En ese sentido consideramos que el esfuerzo de Rawls es plausible, sin embargo, además de que su posición parece tomarla desde el seno de la sociedad norteamericana, lo cual le da tintes un tanto locales a una teoría que pretende generar principios universales de justicia, funda su teoría, igual que Kelsen, en una ficción, una hipótesis fundante a la cual denomina contrato social, sólo que este contrato es pactado por seres racionales que además adoptan una actitud tal de imparcialidad y que cegados por el velo de la ignorancia, desconocen toda suerte de contingencias sociales y naturales. Esta hipótesis minimiza todo tipo de intereses personales y grupales.

El derecho hoy en día se ha convertido en un instrumento de control social y de justificación de las conductas más deleznable e injustas. Habermas, en su obra *Facticidad y Validez* versa sobre la paradoja de la legalidad. Es decir, la fuente de la legitimidad parece ser la legalidad. Se dice “esto es legítimo porque está conforme a derecho”. Así, parece ser que una norma jurídica es legítima sólo si se produce de acuerdo con los procesos de creación de la norma, independientemente de su contenido. La justicia es un tópico que ha perdido interés entre los juristas, esto se debe a la paradoja de la legalidad como fuente de legitimidad. Habermas pretende buscar la

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 67-68.

legitimidad en los procesos de comunicación racional, de tal manera que los destinatarios de las normas se vean reconocidos en ellas.

Sin embargo, bajo este esquema pueden validarse normas jurídicas irracionales. En su obra *Facticidad y Validez*, Habermas argumenta que sólo son legítimas aquellas normas de acción que pudieran ser aceptadas por todos los posibles afectados por ellas como participantes en discursos racionales.

Los principios de equidad, justicia social y beneficio del interés de la mayoría sostenidos por Rawls así como la legitimidad propuesta por Habermas,<sup>21</sup> es decir, la legitimidad racional que no deriva de la legalidad sino de un mecanismo comunicativo son criterios que pudieran paliar el inicuo proceso legislativo conducido por la oligarquía financiera que hoy en día manipula la conciencia del legislador y por ende, el contenido de la ley al haber cooptado y llevado a la mansedumbre a la clase política.

Incorporar los criterios comunicativos o de justicia y equidad en el proceso legislativo servirá como filtro y contrapeso al derrotero de nuestra sociedad contemporánea, estancada en los dictados del neoliberalismo posmoderno, y donde el sistema legal está secuestrado por un grupo hegemónico que dispara contra los gobernados leyes injustas contrarias al bien común y al interés general.



<sup>21</sup> La legitimidad del derecho se basa en última instancia en un mecanismo comunicativo. Habermas, Jürgen, *op. cit.*, p. 148.

## Consideraciones finales

1. El sistema jurídico es dependiente del sistema político. Un mecanismo del poder para organizar las instituciones y resolver los conflictos entre los gobernados.
2. El sistema político determina la programación del sistema legal, el sentido, la forma específica de la legalidad.
3. La legalidad por sí misma es tautológica, una trampa del poder político, titular el monopolio de la violencia autorizada.
4. El sistema político alimenta la información del sistema legal y por lo tanto lo determina, lo utiliza como una simple técnica con un desarrollo dependiente de la información derivada del proceso legislativo.
5. La legalidad es una entelequia, pues depende radicalmente de un acto político denominado proceso legislativo, que es el mecanismo concreto que le alimenta.
6. El proceso legislativo es un juego de intereses económicos y políticos.
7. La ley es el subproducto del juego del poder, que para ejercer coactivamente sus prerrogativas, la emite de acuerdo con intereses de ciertos grupos con influencia.
8. El proceso legislativo está supeditado al control de una oligarquía financiera que ha instrumentalizado al sistema en aras de la consecución de sus fines hegemónicos. Esta es la sociedad contemporánea y el discurso contemporáneo de la legalidad.
9. Se hace indispensable incorporar al proceso legislativo contemporáneo patrones metodológicos que aporten a la producción de leyes, los dictados de la voluntad general y del bien común. La teoría de la justicia de Rawls y la teoría de la acción comunicativa de Habermas, pueden ser modelos que aporten criterios y pautas racionales que a su vez, sirvan de contrapeso a los intereses aplastantes de los grupos hegemónicos.

## Bibliografía

- ARISTÓTELES, *Ética*, España, Edimat Libros, Colección Obras Selectas, 411 pp.
- CORREAS, Oscar (comp.), *El Otro Kelsen*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Ediciones Coyoacán, 2003, 417 pp.
- *Introducción a la Sociología Jurídica*, México, Fontamara, 1999, 116 pp.
- Chomsky, Noam, *Política y Cultura de Finales del Siglo XX*, México, Ariel, 1996, 115 pp.
- Diccionario Jurídico*, Madrid, Espasa Calpe, 1999, 1010 pp.
- ECLSHALL, Robert, et. al., *Ideologías Políticas*, Madrid, Tecnos, 1999, 253 pp.

- GALEANO, Eduardo, *Las Venas Abiertas de América Latina*, México, Siglo XXI, 1985, 486 pp.
- GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia, *Control Social en México Distrito Federal*, México, UNAM, ENEP ACATLÁN, 1998, 389 pp.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, 2ª. ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2000, 689 pp.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, 2ª. ed., trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, 618 pp.
- *Perfiles filosófico políticos*, Madrid, Taurus, 2000, 424 pp.
- LOCKE, John, *Ensayo Sobre el Gobierno Civil*, México, Ediciones Nuevomar, 1984, 132 pp.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, 2ª. ed., trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, 549 pp.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato Social*, Madrid, Grupo Editorial Diana, 2001, 311 pp.
- SABINE, George H., *Historia de la Teoría Política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, 697 pp.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Sistemas Ideológicos y Control Social*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, 190 pp.
- SOROS, George, *La Crisis del Capitalismo Global*, México, Plaza & Janés, 1999, 277 pp.
- Zygmunt, Barman, *La globalización. Consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, 169 pp.