

LA LEGITIMIDAD Y LA LEGALIDAD EN ÉPOCAS DE CRISIS: ENTRE
CARL SCHMITT Y LA NECESIDAD DE UNA NUEVA EXPLICACIÓN

ALLAN DAVID RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MAESTRÍA EN ESTUDIOS POLÍTICOS
MEDELLÍN
2019

LA LEGITIMIDAD Y LA LEGALIDAD EN ÉPOCAS DE CRISIS: ENTRE
CARL SCHMITT Y LA NECESIDAD DE UNA NUEVA EXPLICACIÓN

ALLAN DAVID RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Estudios Políticos

Asesora

ADRIANA MARÍA RUIZ GUTIÉRREZ

Doctora en Derecho

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MAESTRÍA EN ESTUDIOS POLÍTICOS
MEDELLÍN

2019

Medellín, 10 de junio de 2019

Yo, Allan David Rodríguez Aristizábal

“Declaro que esta tesis (o trabajo de grado) no ha sido presentada con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en ésta o en cualquiera otra universidad” Parágrafo del Artículo 92 - Régimen Discente de Formación Avanzada.

Firma

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Allan D. Rodríguez', written over a horizontal line.

Allan David Rodríguez Aristizábal

AGRADECIMIENTOS

Agradezco profundamente a quienes me apoyaron a lo largo de este largo proceso académico, y en especial a mi consorte Karen; a mi familia; a la directora de este trabajo, doctora Adriana Ruíz Gutiérrez; a la dirección de la Maestría en Estudios Políticos, en cabeza de los doctores José Olimpo Suárez Molano y Freddy Orlando Santamaría Velasco; a la Universidad Pontificia Bolivariana y a todos sus docentes. Sin ellos nada de esto, ni lo que soy, hubiera sido posible.

Contenido

INTRODUCCIÓN	1
I. CARL SCHMITT: DECISIÓN, TEOLOGÍA Y EXCEPCIÓN	12
1. La República de Weimar: una fuente de discusión en torno a la crisis.	13
2. La decisión como respuesta a la crisis	16
3. A la búsqueda de un nuevo dios que dé sentido a la existencia.....	24
4. Del deísmo al positivismo: el contexto teológico de la legitimidad y la legalidad	32
5. Carl Schmitt: entre la polémica y el análisis de la crisis.	37
II. LA UNIÓN “CONTEMPORÁNEA” ENTRE LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD	41
1. Max Weber y Hans Kelsen: los principales artífices de la legitimidad como legalidad	44
2. La propuesta intermedia de Hermann Heller	65
3. La legitimidad como sinónimo de legalidad: una perspectiva contemporánea	70
III. LA LEGITIMIDAD EN MEDIO DE LA “CRISIS” PERMANENTE.....	78
1. Una revisión al concepto de crisis	78
2. Weimar: una importante historia para revisar hoy.....	83
3. Crisis en el liberalismo y la democrática: la oportunidad de Schmitt	90
IV. CONCLUSIONES.....	99
V. REFERENCIAS.....	101

RESUMEN

El presente trabajo es el resultado de la investigación sobre el concepto de legitimidad y su relación con la legalidad, visto desde una perspectiva histórica y contextual, tomando como referente las ideas de decisionismo, teología política y excepción de Carl Schmitt, para así revisar si por medio de estas se pueden explicar el concepto de legitimidad bajo las condiciones actuales, caracterizadas por el surgimiento de movimientos que pueden catalogarse de iliberales y antidemocráticos (por lo menos en términos tradicionales). De esta manera, se hará una revisión de las ideas de Carl Schmitt, seguida de un recorrido sobre la forma de entender la legitimidad y la legalidad, para finalmente observar cómo estas se pueden entender en nuestros días.

PALABRAS CLAVE: CARL SCHMITT, CRISIS, EXCEPCIÓN, DECISIONISMO, HANS KELSEN, LEGALIDAD, LEGITIMIDAD, MAX WEBER, TEOLOGÍA POLÍTICA.

INTRODUCCIÓN

“La forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la *legalidad*: la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y *formalmente* correctos” (Weber, p. 30). Bien podría decirse que esta afirmación, propia de una perspectiva formalista, es bastante reciente y que describe cómo actualmente se percibe la legitimidad, a la vez que es coherente con conceptos como el imperio de la ley y el Estado de derecho, que hoy constituyen una parte esencial de nuestra concepción del Estado liberal en Occidente (Bobbio, 1989, p. 17-18). Sin embargo, dicha afirmación no es nada nueva, pues es tomada del texto *Economía y sociedad* (2002) que compila varios manuscritos de Max Weber (1864-1920), y fue publicado póstumamente en 1922. Así, que hoy podamos percibir cierta familiaridad con una idea formulada hace casi cien años da cuenta del arraigo del paradigma liberal en Occidente, según el cual, la legitimidad y la legalidad constituyen una unión inescindible¹.

Ahora bien, precisamente por el tiempo transcurrido desde la publicación del citado texto, las discusiones legales, sobre todo posteriores a la Segunda Guerra Mundial, han establecido que la legalidad no puede restringirse a un aspecto estrictamente formal, es decir, relativo a los procedimientos, toda vez que es necesario incorporar en los sistemas jurídicos una legalidad material o sustancial, según la cual, las actividades estatales y de los gobiernos deben también garantizar el cumplimiento de unos parámetros de contenido, usualmente establecidos en las constituciones de los Estados, y que por lo general corresponden a los límites al poder (liberalismo), al establecimiento de los mecanismos de activa y relativamente directa participación ciudadana (democracia), y a las obligaciones de garantizar unas condiciones para la adecuada subsistencia de la población; en consecuencia, la legitimidad no se agotaría en la mera legalidad formal. En otras palabras, la legitimidad de un Estado o gobernante, no solo se fundamenta en un paradigma legal-formal, esto es, conforme a los procedimientos vigentes, sino que además debe considerarse otros aspectos como el respeto

¹ “En las palabras de uno de los más grandes académicos italianos de su época [Santi Romano], ‘un orden legal ilegítimo es una contradicción de los términos: su existencia [la del orden legal] y su legitimidad son la misma cosa’” (d’Entrèves, 1963, p. 697)

por los derechos fundamentales, la aceptación popular, la participación democrática de la población en las decisiones estatales, el apego a la constitución, la adecuada administración de los recursos, la disminución de la pobreza, etc.

Pese a que la anterior descripción de la legalidad se ha convertido en el principal referente de la legitimidad en Occidente, los últimos años dan cuenta de un panorama algo diferente, pues los paradigmas tradicionales del Estado en general, y el de la legitimidad legal en particular, fundamentados en una visión positivista, liberal y democrática del mundo, no permiten explicar con facilidad las condiciones actuales en las que se observa la aparición de líderes y movimientos que se declaran abiertamente enemigos del Estado liberal, de la globalización y de los derechos fundamentales; que actúan de forma autoritaria (e incluso cesarista), defienden el nacionalismo y el proteccionismo, y por medio de una promesa de *decisiones sencillas, rápidas y directas*, que a veces evaden los límites tradicionales al poder, aspiran a superar las *crisis* que aquejan a sus pueblos, obteniendo una aceptación, o por lo menos atención, que hasta hace unos años hubiera sido impensable. Más interesante aún, este tipo de líderes y movimientos no surgen únicamente en países en desarrollo con instituciones débiles o poco democráticas, antes por el contrario, hoy vemos cómo países desarrollados con partidos, democracias e instituciones consolidadas y estables (Zielonka, 2018), deben enfrentarse a movimientos y líderes radicales que van en contravía de lo que hasta hace poco podría entenderse como “legítimo”; es más, pareciera incluso que su popularidad surgiera precisamente por su discurso iliberal y antidemocrático (Mounk, 2018).

Son muy variadas las razones por las que en diversos países se presentan estos sucesos, pero un aspecto que tienen en común es que una buena parte del mundo se ha visto envuelta en algún tipo de condiciones especialmente difíciles o críticas durante las últimas dos décadas. En lo económico, la más prominente de dichas condiciones es la crisis económica global que inició en 2008 en los Estados Unidos² y que todavía hoy muestra sus efectos en Europa (particularmente en la Unión Europea), América y Asia. Adicional a ello,

² De modo particular, esta inició con las dificultades generadas en el sistema bancario por las llamadas hipotecas *subprime* y se maximizó a partir de la bancarrota del banco de inversión Lehman Brothers.

el escenario político internacional también ha sido permeado por un sentimiento de inseguridad e incertidumbre, cuyo principal precedente fue el atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos³, y que se evidencia en nuestros días en los conflictos en Medio Oriente; el choque entre el islam y Occidente; las migraciones masivas; el fortalecimiento de potencias como China y Rusia que pretenden cuestionar el orden internacional vigente, generando alianzas que incrementan las tensiones entre los Estados; entre otros; cuyos impactos se ven potencializados por el uso de las redes sociales y medios de comunicaciones, dando así un sentimiento de urgencia y peligro casi permanente al interior de las comunidades. Así mismo, en el entramado social de los Estados se ha gestado un creciente descontento con el *statu quo* en sociedades aparentemente estables como Francia, Austria, Alemania y Estados Unidos (solo por mencionar unos pocos ejemplos, mas algo parecido ocurre en gran parte de Occidente), donde las personas se manifiestan tanto en las calles como en los medios masivos de comunicación en contra de la política tradicional (Mounk, 2018), motivo por el cual están ávidos de soluciones alternativas que sí atiendan a sus necesidades y que *verdaderamente* los represente a ellos y a sus intereses. En este conjunto de condiciones prosperan los movimientos o personajes que aducen escuchar al pueblo de manera directa y prometen *decisiones inmediatas* para contrarrestar aquello que lo aqueja, así esto implique ir en contra de instituciones liberales o democráticas, normas, tradiciones o límites, tanto a nivel nacional e internacional, lo cual les ha reportado una importante cantidad de adeptos y seguidores, a la vez que una gran “legitimidad”.

Este particular escenario de crisis y excepcionalidad, que con los años se ha venido consolidando genera o, por lo menos, da cuenta de que el modelo, paradigma y condiciones políticas, económicas y sociales que otrora servían de sustento a las estructuras legales a nivel nacional e internacional, que les permitía gozar de cierto grado de legitimidad, ya no ofrecen la misma tranquilidad y garantía de estabilidad a las sociedades actuales. Este nuevo contexto condensa y resalta las dificultades del sistema, lo que a su vez sirve de escenario propicio para que las comunidades apelen a la búsqueda de soluciones con decisiones rápidas y

³ Nótese que la crisis en Estados Unidos es un factor desestabilizador de todo el sistema global, de allí que se mencione en varias ocasiones en este texto.

sencillas de sus gobernantes. Todo esto hace necesario replantearse los pilares teóricos y culturales que antes se creían inmodificables (Bauman & Bordoni, 2014), siendo uno de ellos la legitimidad entendida como legalidad, descrita en los términos planteados por Weber, tal y como se indicará en este texto.

Precisamente por lo anterior, y ante la necesidad de buscar alternativas que expliquen lo que ocurre en nuestros días, el presente trabajo recurrirá a las ideas de uno de los más polémicos pensadores del siglo pasado: Carl Schmitt (1888 – 1985), cuyo trabajo, en palabras de Giorgio Agamben (1964-), es “El intento más riguroso de construir una teoría del estado de excepción ...” (2015, p. 73); y esto no es de extrañar, pues Schmitt vivió y desarrolló gran parte de sus escritos y pensamientos durante la más profunda crisis de la historia reciente, a saber, las dos guerras mundiales y ambas posguerras. Por esto, la crisis y el estado de excepción reciben especial atención en sus textos, a partir de los cuales se han derivado gran cantidad de discusiones que hoy cobran nueva vigencia con motivo de los sucesos antes descritos. Además, se puede identificar la importancia de Schmitt y sus teorías al hacer una revisión acuciosa tanto de la literatura más reciente como de la tradicional⁴, que normalmente llevará a encontrarse con dicho autor en las discusiones teóricas sobre el Estado, el derecho, las relaciones internacionales y la legitimidad, gracias a su cuestionamiento a la pérdida del contenido material en el derecho; por su particular visión del *decisionismo* (que se explicará más adelante); su especial atención al estado de excepción; y por sus fuertes críticas a la legalidad y la visión positivista en el derecho.

En suma, tomando como punto de partida el contexto de crisis y excepcionalidad de nuestros días, en el cual los paradigmas políticos y jurídicos tradicionales parecen no ser suficientes para dar cuenta de la legitimidad, la cuestión central que orienta esta investigación es la siguiente: ¿cómo entender la noción *legitimidad*, actualmente, más allá del concepto de legalidad, atendiendo a la decisión que supera la crisis institucional en el marco de las ideas de Carl Schmitt?

⁴ Un detallado análisis sobre la influencia de Schmitt puede encontrarse en el texto *¿Por qué Carl Schmitt?* (Schlink, 2005).

Ahora bien, enfrentarse a la revisión del concepto de la legitimidad no es una tarea sencilla, toda vez que sobre ella se han escrito innumerables textos desde diversas vertientes y con variados objetivos; por esta razón, era apenas necesario que la búsqueda de fuentes e información para esta investigación se restringiera a (1) aquellos escritos que sirvieran de pilares fundamentales en la teoría política y jurídica de Occidente en lo atinente a la legitimidad y la legalidad, y a (2) aquellos textos relativos a las crisis y excepción, en el marco de la discusión de las ideas de Carl Schmitt. Así, queriendo recaudar la mayor cantidad de información posible, la búsqueda se realizó de modo tal que incluyera material de diferentes idiomas, fuentes nacionales y extranjeras (casas editoriales, bases de datos académicas, librerías electrónicas y bibliotecas), y formatos (libros, artículos de revistas académicas, trabajos de grado), procurando incluir textos que, en el marco de la pregunta de investigación, entregaran elementos importantes para la comprensión y análisis de los conceptos de legitimidad, legalidad y excepción. Con la revisión y análisis de la gran cantidad de textos encontrados fue posible identificar varios aspectos relevantes para la temática que aquí nos ocupa:

- (i) Si bien existen muchos escritos sobre legitimidad y la legalidad, por un lado, y sobre la excepción, por el otro, no se ha dado un trato conjunto o unificado a los tres conceptos, pues se tiende a tomarlos de modo independiente; en otras palabras, los estudios sobre la legitimidad y la legalidad no desarrollan en detalle el concepto de excepción en las circunstancias actuales, y en los estudios sobre la excepción no se presta particular atención a las cuestiones sobre la legitimidad y la legalidad.
- (ii) La información hallada y el variado desarrollo conceptual relacionado en mayor o menor grado con las ideas de Schmitt, da cuenta de la pertinencia de profundizar en el estudio de este autor, sobre todo si se observa que al margen de si en los textos se le investiga o se le critica, ha existido un evidente interés en los académicos contemporáneos por retomar sus propuestas y analizarlas a la luz de las condiciones políticas, económicas y sociales actuales.
- (iii) En vista de lo anterior, desde una perspectiva teórica, es oportuno recurrir a Schmitt, en especial por sus importantes aportes a la teoría de la crisis y la excepción, pues los

conceptos de legitimidad y legalidad, en su versión más reciente pero igualmente permeada por el paradigma tradicional de legitimidad legal, se ven en dificultades para enfrentar a las condiciones de inmediatez e inestabilidad actuales que ponen en cuestión a tal paradigma.

- (iv) Finalmente, a modo de curiosidad, en el contexto académico colombiano el interés en Schmitt ha sido relativamente limitado, lo cual se evidencia no solo en la poca cantidad de textos disponibles o publicados en comparación con lugares como Estados Unidos o Europa, sino también en los pocos trabajos de grado encontrados en los repositorios de instituciones de educación superior en Colombia, sin embargo, ello no quiere decir que la academia colombiana haya sido completamente ajena a las ideas de Schmitt, pues sí es posible encontrar autores y académicos que recurren a este autor⁵.

Así las cosas, ante la falta de textos que aborden la legitimidad y la legalidad, de cara al contexto de crisis y excepción actual, puede entonces afirmarse la novedad y lo inédito del presente trabajo, pues con este no se busca continuar el largo debate con el positivismo sobre lo que es la legalidad, en cambio, al centrarse en los conceptos antes mencionados y tomando como base las ideas de Carl Schmitt, se pretende abrir un nuevo espacio de discusión sobre la legitimidad.

Luego de las anteriores aclaraciones sobre el estado de la discusión, es ahora necesario detallar la base teórica sobre la que descansa este texto. En primer lugar, resulta claro que un punto de partida es la relación entre legitimidad y legalidad según la visión liberal y positivista, en consecuencia, es necesario comprender cuáles son los fundamentos de dicha postura. Para tal fin estudiaremos, la unión entre legitimidad y legalidad, remontándonos a Max Weber, por encontrarse allí el principal referente sobre las formas de

⁵ De modo particular, vale aquí resaltar el artículo de Porfirio Cardona Restrepo (2004) titulado *Estado y soberano: una relación intrínseca en la actual coyuntura política colombiana*, en el cual analiza y compara las ideas de Thomas Hobbes y Carl Schmitt sobre la legitimidad en el contexto de crisis y violencia de Colombia, para concluir que las propuestas de estos autores pueden ser atractivas para entender la situación de este país, pero que ello trae consigo importantes riesgos en la construcción de un Estado que tradicionalmente ha sido violento. La perspectiva adoptada en dicho texto tiene afinidades con el presente trabajo, por lo que se recomienda su lectura para abordar la discusión sobre la legitimidad y la excepción en el caso particular de Colombia, al igual que sirve de referente para identificar las similitudes y diferencias entre Hobbes y Schmitt.

legitimidad. En este mismo sentido acudiremos a Hans Kelsen, visto a través de discusión con Schmitt, motivo por el cual se recurre a obras como *Teoría general del Estado* (1973) [1925], *Teoría pura del Derecho* (1982) [1960], *¿Qué es la teoría pura del Derecho?* (1991) [1953], *Ensayos sobre jurisprudencia y teología* (2003)⁶, y *Religión Secular* (2015) [2012]⁷, en donde Kelsen plasma las propuestas teóricas que sirven de fundamento, en mayor o menor grado, para el positivismo jurídico de Europa Continental, y a su vez están en el centro de la discusión con Carl Schmitt.

Correlativamente, este texto no solo acude a los planteamientos de Schmitt en su revisión o interpretación de Kelsen, sino que además, tal y como se indicó más arriba, se presta especial atención a aquellas ideas de Schmitt que podrán servir para replantear la situación actual de la legitimidad, a partir de las dos corrientes que caracterizaron su trabajo. La primera de ellas es la teología política, y de entrada debe decirse que aquí no se pretende defender o profesar una religión, ni mucho menos una visión en particular de esta, en cambio, se busca revisar los planteamientos de Schmitt y extraer de ellos los elementos más importantes en un contexto de crisis, en el que las sociedades se hacen propensas a buscar respuestas trascendentales a la existencia, haciendo uso de un discurso propio de la religión; de allí pues que resulte pertinente detenerse a revisar la teología política.

Así mismo, es adecuado indicar que acudir a la teología política de Schmitt no quiere decir que aquí se pretenda hacer apología a las monarquías confesionales del medioevo o de reinstauración de una política dirigida por la Iglesia Cristiana o sus postulados, pues pese a la cercanía de Schmitt con la visión católica del cristianismo (Villar Borda, 2006), algunos afirman que este no aspira a una teología política *confesional*, sino a una teología política *civil*, al Schmitt afirmar que la Modernidad, a pesar ser un intento por desligarse de los dogmas cristianos y religiosos, termina por reformularlos y adoptarlos bajo distintas figuras

⁶ Este texto compendia varios artículos y textos publicados por Hans Kelsen, relacionados con aspectos relativos o conectados con la teología, no porque este autor escribiera una teología política al estilo de Schmitt, sino porque tales textos tienen relación con los aspectos teóricos, jurídicos y políticos de la época.

⁷ Los textos se encuentran ordenados según el año de publicación de la edición original, que se detalla entre corchetes. Las ediciones consultadas en esta investigación se referencian entre paréntesis, de conformidad con las normas de citación APA. El mismo patrón de orden será usado más adelante al mencionar las obras de Carl Schmitt.

secularizadas que conservan sus raíces teológicas, de lo que resulta, según Schmitt, que el trabajo teórico, político y sociológico implica sacar a relucir una vez más esas características teológicas del Estado, que brindarán los elementos para estudiar y entender las dinámicas de la época (Galindo Hervás, 2003, p. 23), lo cual resultará de particular utilidad al estudiar a esos nuevos líderes y movimientos políticos que fueron mencionados párrafos atrás por sus pretensiones *mesiánicas*.

Igualmente relevante para este texto es el pensamiento decisionista de Schmitt en asuntos políticos, que provisionalmente entenderemos como la concepción según la cual, en desarrollo del famoso postulado de Thomas Hobbes “*Auctoritas non Veritas facit Legem*”⁸ (autoridad y no verdad hacen la ley), no hay una justificación objetiva ni universal del orden moral, político o jurídico, sino que su fundamento yace principalmente en la decisión y la autoridad del soberano (Schmitt, 2013, pp. 44-48)⁹. Ahora bien, es menester aclarar que el decisionismo cuenta con dos vertientes: (i) el decisionismo en la fundamentación del orden constitucional y jurídico (*Begründungsdezisionismus*), y el (ii) decisionismo en los fallos judiciales de carácter constitucional y legal (*Anwendungsdezisionismus*) (Bolsinger, 1998). Para efectos de este texto solo nos centraremos en el primero de ellos, pues aquí no se pretende analizar el escenario judicial sino al Estado como estructura jurídico-política, y por ello, en el marco de la situación de crisis, la visión decisionista tomará gran relevancia pues como se explicará más adelante, en la decisión rápida para superar la crisis pareciera estar la legitimidad contemporánea, al margen de la justificación, origen o consecuencias de dicha decisión.

Por lo anterior, será entonces pertinente recurrir principalmente a los siguientes textos de Schmitt: *La dictadura* (2013) [1921], *Teología Política* (2009) [1922], *Teoría de la*

⁸ La profunda influencia que tuvieron las ideas de Thomas Hobbes en el pensamiento de Carl Schmitt puede evidenciarse en los artículos académicos *La ineludibilidad de lo político* (Attili, 2004) y *Schmitt, lector de Hobbes: Política, símbolo y mito* (Campos Daroca & Molina, 2000).

⁹ El decisionismo ha recibido gran cantidad de críticas, incluso al punto de decir que no es propiamente una doctrina política ni jurídica (Negretto, 1995), sin embargo, para no caer en la discusión sobre si esta postura es *moralmente* aceptable, en este texto la entenderemos como una postura estrictamente descriptiva, es decir, con ella no se pretende indicar cómo *debe ser* el Estado o el derecho, sino que corresponde a una hipótesis sobre cómo *es* el Estado, mas esto no se toma como una verdad absoluta, en cambio, es únicamente una explicación que se discutirá con mayor detalle en páginas posteriores.

constitución (2015) [1928], *Legalidad y Legitimidad* (2004) [1932], *El concepto de lo político* (2014) [1932], y *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (1996) [1934].

Antes de continuar y en vista de la polémica que puede suscitar la propuesta teórica de Schmitt, se espera que de entrada el lector no descalifique las ideas aquí formuladas por recurrir de manera particular a este autor, de quien es cierto que no puede desconocerse su cercanía al nacionalsocialismo alemán (Müller, 2014) ni sus ataques al liberalismo y a la democracia parlamentaria (Kennedy, 2004), pero por aspectos como estos no debe oscurecerse ni desecharse el potencial explicativo que sus pensamientos podrían entregar a las situaciones actuales. Así lo ha entendido parte de la academia al centrar su atención en sus textos, más que en los cuestionamientos de tipo moral al autor (Hofmann, 2010). Con esto no se pretende de modo alguno justificar sus decisiones o preferencias políticas durante la Primera y la Segunda Guerra Mundial, pero si ponemos esto como el punto central de la discusión y obviamos el fundamento teórico de Schmitt, caeríamos en una falacia *ad hominem*, es decir, descalificar un argumento, no por el argumento mismo, sino por la persona que lo está diciendo, y además nos cerraríamos la puerta a entender una corriente de pensamiento diferente a la tradicional que, justamente, por provenir de una perspectiva antiliberal, nos permitiría comprender algunas de las razones que esgrimen los críticos del sistema jurídico-político actual.

Hacer caso omiso de esta propuesta y pretender que el liberalismo y la democracia son irreversibles y que las crisis que experimentan carecen de importancia, puede resultar en una peligrosa subestimación de una postura que ha tomado gran fuerza en los últimos años, situación que no nos deberíamos permitir si se quiere evitar el continuo deterioro de las instituciones liberales y democráticas tanto en el escenario local como en el internacional. De cualquier modo, es menester dejar claro que aquí no se pretende realizar una crítica a la democracia o al liberalismo, sino más bien ofrecer una interpretación de las consecuencias políticas y jurídicas en materia de legitimidad que se derivan de las condiciones actuales.

De otro lado, que Weber, Schmitt y Kelsen, con sus respectivos paradigmas sean los pilares de este texto, no quiere decir que se descarten a otros autores que puedan

complementarlos, criticarlos, controvertirlos o analizarlos, antes por el contrario, en la medida en que se pueda enriquecer la discusión en relación con los conceptos de legalidad, legitimidad y excepción, también se dará espacio a escritores de diferentes corrientes.

Ahora bien, con el acercamiento al contexto de crisis y de excepción que enfrentamos junto con la base teórica sobre la que se construye este trabajo, se buscará: (i) comprender las nociones de legitimidad y legalidad en la tradición decisionista y de la teología política de Carl Schmitt; (ii) identificar el alcance de las relaciones entre la legitimidad y la legalidad en la literatura jurídica y política; y (iii) analizar la situación de la legitimidad y la legalidad en el contexto de crisis actual, con base en la noción de estado excepción en Carl Schmitt.

Para lograr este cometido, se adoptará un método hermenéutico en donde se comprendan los diferentes detalles, posiciones, cuestiones y debates de las diversas corrientes de pensamiento, realizando conexiones entre estas y trayendo sobre la mesa elementos filosóficos, políticos, jurídicos e incluso morales, que requieren de una perspectiva teórica más amplia, sin que por ello se llegue a la abstracción absoluta, y que además acoja situaciones y contextos en concreto, con lo cual se logre proponer interpretaciones y explicaciones al fenómeno de la legitimidad actual.

Como razón adicional para escoger el método hermenéutico, tenemos que la principal fuente de información para este trabajo es de carácter documental, cuya recolección se realizó por medio de la búsqueda de fuentes primarias y secundarias en bases de datos de diversa índole, que se sistematizaron y agruparon según el contenido específico de cada capítulo, generando así una cohesión temática y a su vez una estructura sólida de análisis que no solo facilitará la comprensión de los temas sino que además permitirá hallar nuevas conexiones en el proceso hermenéutico antes mencionado.

Finalmente, resta indicar que la importancia de este trabajo no solo radica en su posible novedad, sino más bien en que pretende dar una explicación al origen de la legitimidad de esos líderes y movimientos que van en contra de los sistemas establecidos a nivel global, y que al lograrlo no solo tendremos una comprensión del fenómeno, sino que además se contará con una herramienta para que en futuras investigaciones, debates,

discusiones y publicaciones sobre la legitimidad se puedan proponer alternativas teóricas que fortalezcan las estructuras liberales y democráticas por medio de la incorporación de las críticas y cuestionamientos que esos nuevos líderes y movimientos han venido señalando en los últimos años.

I.

CARL SCHMITT: DECISIÓN, TEOLOGÍA Y EXCEPCIÓN

Es común entender la historia como un proceso lineal, progresivo¹⁰ e irreversible, en el que una vez se ha llegado a un determinado estadio, se procederá al siguiente, construyendo un nuevo futuro sobre las bases de lo que se desea conservar, y superando de manera definitiva aquellos aspectos de épocas anteriores que se prefiere descartar, los cuales, precisamente por razón del progreso y de su irreversibilidad, no *deberían* volver a ocurrir. Empero, si observamos los acontecimientos de nuestros días, pareciera más bien que la historia puede (o quizás debe) interpretarse de forma no lineal o no progresiva, pues ideologías, creencias, movimientos o intereses que se creían definitivamente superados, reaparecen hoy, como veremos más adelante, bajo nuevos ropajes y con mayores o menores variaciones, pero que no por ello dejan de tener una relación relativamente directa con ese pasado que se creía pretérito. Así, la historia podría verse como una especie de reloj de péndulo, en el que si bien las manecillas muestran el inexorable transcurrir del tiempo, el péndulo que genera las fuerzas necesarias para que estas puedan moverse, recorre una y otra vez el mismo camino. De este modo, por más que el tiempo transcurra, no por ello se desvincula absolutamente de aquellos espacios o eventos que ya recorrió.

Y parece que el mundo occidental está pasando por un momento en el que ese péndulo se mueve en una dirección que nos lleva por caminos ya recorridos: la consolidación de un sentimiento de crisis constante y un correlativo resurgimiento de ideas y pensamientos iliberales que de igual modo buscan redefinir el concepto de democracia. Frente a ello es apenas lógico preguntarse ¿por qué esto implica andar por caminos ya recorridos? Pues bien, una situación algo similar se presentó a comienzos del siglo XX, particularmente en Europa, desde la Primera Guerra Mundial. Este contexto, que se explicará a continuación, servirá de base para comprender las circunstancias que dieron origen a las ideas propuestas por Carl Schmitt, particularmente el decisionismo y la teología política, así como las discusiones que

¹⁰ “(...) el principio del progreso... presupone una mejora continua de la humanidad desde su estadio inferior hasta los estadios superiores de la civilización” (Kelsen, 2015, p. 82)

se gestaron con Hans Kelsen, Hermann Heller y otros autores de la época. De igual modo, esto permitirá más adelante elaborar un paralelo con las condiciones sociales y políticas actuales y así poder sustentar la necesidad de una revisión al concepto de legitimidad en su relación con la legalidad.

1. La República de Weimar¹¹: una fuente de discusión en torno a la crisis.

Carl Schmitt (1888 – 1985), al igual que otros reconocidos autores como Hans Kelsen (1881 – 1973), Walter Benjamin (1892 – 1940), Hermann Heller (1891 – 1933), entre otros, todos ellos usualmente estudiados y analizados en nuestros días, tuvieron algo en común: vivieron y escribieron durante uno de los episodios más difíciles en la historia reciente de la humanidad caracterizado por la crisis y la excepción, a saber, el periodo de las guerras mundiales. Dicho momento histórico, que va de 1914 a 1945, no solo trajo consigo la destrucción física de ciudades y la muerte de millones de personas sino también la crisis en varios paradigmas culturales, filosóficos y políticos que se habían establecido y consolidado por varios siglos y que constituían la base de las estructuras sociales en Occidente.

¹¹ El nombre “República de Weimar”, no era el oficial para Alemania entre 1919 y 1933, pues pese al paso del régimen monárquico a uno democrático después de la Primera Guerra Mundial, la constitución de 1919 expedida en la ciudad de Weimar (de allí el nombre) estipuló que su título oficial era Imperio Alemán (*Deutsches Reich*); sin embargo, según lo explica Eva-Maria Schnurr (2014b) en su artículo *Der Name des Feindes* (El nombre del enemigo), esta denominación no fue aceptada por buena parte de la población, porque la izquierda revolucionaria consideraba que con esta no se hacía alusión a una república, y tampoco por la derecha conservadora, pues el nombre *Reich* era un título de gran honor y la naciente democracia no merecía portar ese título. Más paradójico aún, resulta que el nombre “República de Weimar” fue de hecho acuñado por Adolf Hitler, quien *por primera vez habló de la ‘República de Weimar’, el 24 de febrero de 1929 en una reunión del Partido Nazi en Múnich, y con dicha expresión él quería difamar y degradar al Estado...* (traducción propia). Empero, luego de terminada la dictadura nazi, la expresión se popularizó en los textos académicos de la Alemania occidental y por ello hoy se le conoce como República de Weimar a esa primera democracia que tuvo el pueblo alemán, y sirve para diferenciarla de la democracia que se creó después de 1945, a la cual se le llama coloquialmente como República de Bonn (Alemania occidental), pero que oficialmente se denominó República Federal de Alemania.

La Primera Guerra Mundial dio inicio a ese proceso de inflexión en la historia y, de manera especial, en la sociedad alemana. El profundo cambio que se experimentó fue descrito por Walter Benjamin en su corto ensayo *El narrador*:

Una generación que todavía había ido a la escuela en tranvía tirado por caballos, se encontró súbitamente a la intemperie, en un paisaje en que nada había quedado incambiado a excepción de las nubes. Entre ellas, rodeado por un campo de fuerza de corrientes devastadoras y explosiones, se encontraba el minúsculo y quebradizo cuerpo humano. (Benjamin, 1991).¹²

Y ciertamente nada había quedado incambiado, pues al finalizar la guerra, comenzaron a derrumbarse o a cuestionarse varios de los pilares más importantes que habían caracterizado a Europa y a Alemania hasta entonces: (i) el sistema monárquico y la nobleza perdieron definitivamente su influencia económica, política y cultural. (ii) De modo particular, el káiser alemán Guillermo II, así como otros monarcas europeos, se vio obligado a abdicar y en reemplazo de la monarquía se erigieron nuevas repúblicas, que en Alemania se conoció como República de Weimar; (iii) la fortaleza, estabilidad y crecimiento económico de los países europeos se vieron profundamente afectadas; y (iv) los roles y divisiones sociales tradicionales perdieron su influencia con motivo del mayor peso de las clases obreras y campesinas, el voto universal y el cada vez más relevante rol de las mujeres que comenzaban a trabajar en áreas que eran dominadas por los hombres. En suma, *los conceptos generales dadores de sentido como Dios, nación, y familia, perdieron en importancia* (traducción propia)¹³ (Schnurr, 2014a). Esta situación llevó a la necesidad de encontrar un nuevo sustento a toda la estructuración jurídica, social y política; sin embargo, llenar de sentido a todos aquellos espacios que lo habían perdido, resultó ser una tarea

¹² Sobre la relación de Carl Schmitt y Walter Benjamin como pensadores de lo excepcional y que comparten un “extremismo metodológico”, es pertinente revisar el texto *Taking Exception to Decision: Walter Benjamin and Carl Schmitt* (Weber S., 1992, p. 7). Así mismo, el texto *Walter Benjamin y Carl Schmitt soberanía y estado de excepción* (Villacañas Berlanga & García, 1996) desarrolla un detallado recuento de los puntos en los que se encuentran estos autores, así como la relación o influencia que tuvieron en otros pensadores.

¹³ De conformidad con el estilo de citación APA, los textos que se referencien en idiomas diferentes al del escrito, deben traducirse para conservar su cohesión, sin embargo, por tratarse de una traducción propia, esta se considera como un parafraseo y no como una cita textual, lo cual debe reflejarse en la forma citar (Lee, 2014). Sin embargo, para claridad del lector, en aquellos textos citados en este escrito que fueron consultados en un idioma distinto al español serán identificados con letra cursiva, seguidos de la nota “traducción propia”.

demasiado abrumadora en medio de las dificultades fácticas que se presentaron: *Esta nueva clase de posibilidades despertaron también expectativas, más de las que el joven Estado podía cumplir* (traducción propia) (2014a).

Los primeros años de la República de Weimar, y de las demás nuevas repúblicas europeas, estuvieron acompañados por ciertos logros, como por ejemplo, canalizar las disputas y discusiones por medio de los cuerpos representativos y particularmente del parlamento, en donde capitalistas y comunistas podían discutir sobre sus diferencias. Sin embargo, con el paso de los años, no fue posible consolidar una economía estable y las discusiones políticas entre la derecha y la izquierda se radicalizaron a tal punto, que la violencia y la exterminación física del contrario se convirtieron en las principales herramientas para los partidos políticos en varios países de Europa continental, siendo la República de Weimar uno de los casos más graves: *En la dinámica de revolución y contrarrevolución, hubo violencia generalizada orientada a eliminar al contradictor. Esta fue una consecuencia de la Primera Guerra Mundial, porque se generó una cultura de la violencia, que se continuó en la sociedad civil* (traducción propia) (Pyta, 2014). Así mismo, el gobierno en Alemania era correlativamente inestable y ello daba cuenta de las dificultades existentes, pues durante los 15 años de la República de Weimar, es decir, desde su nacimiento hasta la llegada al poder de los nazis en 1933, el cargo de *Reichskanzler* (que era el jefe de gobierno y equivalía al rol de primer ministro), fue ocupado por catorce personas diferentes, mientras que el gabinete de ministros fue cambiado en dieciocho ocasiones en el mismo periodo (Schnurr, 2014a). En esas condiciones, difícilmente se podía establecer un gobierno organizado y con vocación de permanencia que permitiera tomar las medidas necesarias para reducir o tratar de superar la crisis, por lo menos en un mediano plazo.

Deteniéndonos ahora en el aspecto económico, la Primera Guerra Mundial dejó unas nefastas consecuencias para la existencia diaria de las personas, pues la situación se hizo particularmente grave de los años 1923 a 1930, en un primer momento debido a las

consecuencias directas de la guerra¹⁴, y luego con ocasión de la Gran Depresión de 1929, alterando la mentalidad de las sociedades en cuanto aquello que es *legítimo* o aceptable en las relaciones político-sociales. La gravedad de las circunstancias puede evidenciarse así: *Para no morir de hambre, las personas vendían sus últimos objetos de valor (...). Las mujeres jóvenes se prostituían por una libra de mantequilla. El número de delitos sobre la propiedad crecía de forma exagerada. (...) Grupos de trabajadores de la ciudad comenzaron a saquear los campos de los campesinos. La guerra de todos contra todos había comenzado* (traducción propia) (Traub, 2014).

Este aciago panorama de comienzo del siglo XX, se puede resumir así: (i) generalización de la violencia, (ii) inestabilidad política, (iii) crisis económica y (iv) eliminación de los conceptos que daban contenido a la estructura social. Con esta contextualización de la época en la que Carl Schmitt desarrolló gran parte de sus ideas y textos más reconocidos, como por ejemplo, *Teología Política* en 1921, *Teoría de la Constitución* en 1928, y *El concepto de lo político* en 1933, es posible afirmar que la base teórica de texto está necesariamente relacionada con situaciones de crisis y excepcionalidad, de allí que resulte de suma importancia para el análisis de las circunstancias actuales. Dicho lo anterior, a continuación se revisarán las ideas de Schmitt sobre el decisionismo, la teología política y la excepción, que serán fundamentales para la revisión del concepto legitimidad y legalidad.

2. La decisión como respuesta a la crisis

Desde el inicio de su carrera académica, Carl Schmitt incursionó en la cuestión sobre la importancia de la *decisión* en la aplicación del derecho, pues en su texto *Gesetz und Urteil* (Ley y decisión judicial) de 1912, se preguntó sobre el fundamento de las decisiones

¹⁴ *Entonces llegó el horrible año de 1923, y el marco alemán [la moneda en Alemania hasta la introducción del Euro] experimentaba una caída libre. En junio, un sello postal [Que eran usados en aquella época para pagar por el envío de las cartas a su lugar de destino] costaba 100 marcos, en agosto 1000 y a comienzos de octubre 2 millones. Un mes después se debían pagar 100 millones. En el punto más alto de la inflación, ocurrido en noviembre de 1923, un dólar estadounidense costaba 4,2 billones de marcos* (traducción propia) (Traub, 2014).

judiciales, cuestionando la visión exegética y la iusnaturalista, porque consideraba que la subsunción del positivismo había fracasado, al igual que la creencia en un contenido específico de justicia, por ello una decisión judicial no sería correcta en tanto se ajustara a la ley vigente o a lo justo, sino en la medida que estuviera de conformidad con lo que “otro juez” en las mismas condiciones hubiera decidido (Kiefer, 1990, p. 480). Como se dijo en páginas anteriores, el decisionismo en el escenario judicial (*Anwendungsdezisionismus*) no es de interés para la discusión que aquí nos atañe, razón por la cual no se entrará en más detalles, sin embargo, era menester mencionarlo puesto que de un lado muestra el ataque de Schmitt al principio de legalidad¹⁵ en la actividad estatal, y por el otro, señala que el decisionismo y el rechazo al positivismo jurídico y al iusnaturalismo estuvieron presentes en el pensamiento de Schmitt desde el comienzo.

En todo caso, es de anotar que tal y como lo señala Ellen Kennedy: *Todas las publicaciones jurídicas de Schmitt anteriores a la Gran Guerra, trataban sobre temas relativos al derecho civil* (traducción propia) (2004), de allí que en una primera etapa Schmitt se concentrara en aspectos judiciales. Fue solo a partir de la Primera Guerra Mundial que Schmitt centró su atención en asuntos de teoría política y teoría jurídica, tal y como se evidencia en *Politische Romantik* (Romanticismo Político), publicado en 1919, en donde Schmitt plantea su oposición al liberalismo, por considerarlo análogo al romanticismo del siglo XIX, debido a su *carácter transigente y de políticas medias tintas* que carecía de las capacidades para atender las necesidades de la época, pues *enfrentado al problema de elegir entre una cosa y otra [entweder/oder], el liberal, como el romántico, evita la decisión* (traducción propia) (Kennedy, 2004), lo cual, visto a la luz de las circunstancias excepcionales que vivió Alemania durante y después de la Primera Guerra Mundial, permite concluir que la búsqueda de puntos medios al interior de la sociedad a través de la discusión y consenso de los interesados, discurso propio de la democracia liberal, resultaría pernicioso frente a los retos que exigen respuestas inmediatas, pues según Schmitt: en cierta medida, es

¹⁵ De manera provisional y para facilitar la narración de estas páginas iniciales, por legalidad se entenderá la correspondencia de una norma o actividad estatal con una norma de superior jerarquía; lamentablemente, el concepto de “legitimidad” no se deja circunscribir de una manera tan concreta, como se explicará más adelante.

más necesario decidir, al margen del contenido específico de eso que se decida (citado en Bolsinger, 1998).

Así, nos hemos acercado un poco a los aspectos centrales de la excepción, el decisionismo y la legalidad, aunque de manera superficial, en donde Schmitt se desvincula de la necesidad de fundamentar la actividad estatal en una norma superior, particularmente en un escenario donde tomar una decisión, sea cual fuere, es fundamental para superar la incertidumbre y las dificultades existentes; hecho esto, es ahora pertinente llenar de contenido teórico a estos conceptos.

Para ello debemos fijar nuestra mirada en el texto *La Dictadura*, cuya primera edición se publicó en 1921, es decir, en medio de la creciente crisis en Alemania y Europa. Es de resaltar que la publicación de este texto coincide con lo que habría de venir para el continente, pues con la llegada al poder de Benito Mussolini al año siguiente, se marca el inicio de la consolidación de gobiernos dictatoriales en los principales países europeos, pero no puede decirse que Schmitt les brindó las bases para justificarlas, ya que, por lo menos en palabras del autor, el objetivo del texto es (i) presentar un estudio histórico sobre cómo a lo largo de los años se ha tratado y entendido el concepto de dictadura, comenzando desde la Antigua Roma, donde tuvo origen el vocablo y el concepto (Tuori, 2016), hasta llegar al siglo XX, buscando (ii) eliminar la ambigüedad conceptual existente (Schmitt, 2013, p. 20), para lo cual él proponía (iii) diferenciar entre una dictadura soberana y una dictadura comisarial (pp. 26-27), facilitando así la identificación de quién es el soberano¹⁶.

En consecuencia, es pertinente aclarar que el concepto de dictadura desarrollado por Schmitt no era necesariamente el mismo que el asumido por las dictaduras que se tomaron el poder en Europa en el siglo XX, que tenían carácter personalista, autocrático, antiliberal, anticomunista (exceptuando claro, a la Unión Soviética), totalitario y en ocasiones racista, puesto que estos aspectos no son intrínsecos al concepto de dictadura, y si bien no puede desconocerse que a lo largo de la historia esta se ha cuestionado por reunir una o varias de

¹⁶ Esta cuestión de la soberanía no será estudiada en el presente texto, porque se centrará en la excepción como marco de la decisión, al margen de quién goce del título de soberano.

tales características (p. 20-21), Schmitt pretende en cambio estudiarla desde un punto de vista estrictamente técnico-objetivo, pues para él, todo Estado debe garantizar las condiciones para su continuidad y subsistencia, de modo tal que la dictadura se constituye en uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para garantizar dicho fin. Así, tomando como referente a *El Príncipe* de Nicolás Maquiavelo, Schmitt plantea que:

La organización política del poder y la técnica de su conservación y su ampliación es diferente en las distintas formas estatales, pero siempre es algo que puede ser realizado de una manera técnica objetiva, igual que el artista crea una obra de arte partiendo de una concepción racional (p. 35). (...) [en la dictadura] no tiene ningún interés por el derecho, sino solamente por la conveniencia del funcionamiento estatal, es decir por lo simple ejecutivo, que no necesita ninguna norma en sentido jurídico. (p. 37)

Si recordamos nuevamente las circunstancias por las que transcurrió Alemania después de la Primera Guerra Mundial, es apenas entendible que en medio del caos, se viera como algo indispensable la necesidad de conservar al Estado como principal garante del orden. Mas no puede perderse de vista, que a esa misma conclusión no solo llega él, sino que desde la concepción inicial de la dictadura en la Antigua Roma se nombraba al dictador para hacer frente a las crisis, como en el caso de una guerra o una rebelión interna, para lo cual contaría con amplias facultades, incluso para desligarse de las normas vigentes (pp. 29-30, 75), y así reestablecer nuevamente el orden, la tranquilidad y la seguridad en la sociedad. Esta forma de concebir la dictadura fue también usada por diversos autores en distintos siglos, como fue el caso de Jean Bodino (1530-1596) (p. 49), Thomas Hobbes (1588-1679) (p. 52-53), y Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) (p. 135), solo por nombrar algunos de los autores citados por Schmitt, quienes a su vez vivieron en épocas turbulentas, el primero durante las guerras de religión en Francia, el segundo durante la Guerra de los Treinta Años y el tercero durante la Guerra de los Siete Años y las circunstancias que luego llevarían a la Revolución Francesa en 1789; aunque todos ellos coincidieron en que las facultades del dictador, por amplias que llegaren a ser, debían tener como mínimo algún tipo de limitación, así fuese en cuanto a la duración en el ejercicio del cargo, pues una vez superada la crisis y restablecido

el orden, el dictador debía devolver el poder al gobierno dispuesto para los tiempos de normalidad.

Ahora, teniendo claro que para Schmitt la dictadura es un medio técnico para la conservación del Estado y del orden, pues con ella se eliminan todos los obstáculos legales o morales que de otro modo atarían las manos de quien tiene la tarea de eliminar una amenaza inminente (p. 75), surge entonces una pregunta ¿cómo se definen los pasos o acciones necesarias para superar la crisis? Según Schmitt, ello recaerá exclusivamente en la *decisión* del dictador, sea este encabezado por una persona o un cuerpo colegiado.

Al respecto de la decisión, tal y como se había definido en la introducción, Schmitt alude a Hobbes, según el cual, el orden y el derecho solo existen con ocasión del Estado, que decide sobre lo justo y lo injusto, lo normal y lo anormal, lo legal y lo ilegal (pp. 44-45). En consecuencia, al verse enfrentado a una situación grave, el Estado se encuentra facultado para decidir si esta es normal o no, así como las medidas necesarias para solucionarla; por ello citando a Gabriel Bonnot de Mably (1709-1785), Schmitt resalta que: “Las circunstancias extraordinarias exigen medios extraordinarios, durante la dictadura callan las leyes, el poder del dictador es compensado mediante la limitación temporal, etc.” (p. 125) La razón de esta desvinculación con la norma y la legalidad, como ya se dijo, es la conservación del Estado, quien existiendo, podrá garantizar la tranquilidad pública (pp. 42, 44, 71, 75, 79, 80, 81), “*le bien de l'état*” (bien del Estado) (p. 110), o puesto en términos que Schmitt toma de Rousseau:

En los casos extraordinarios, se necesitan medidas excepcionales en interés de la *sûreté* [seguridad] y del *ordre publique* [orden público]; las leyes no deben ser ‘inflexibles’; las formalidades circunstanciales de la ley resultan perjudiciales en caso de peligro inminente; el legislador debe prever que él no puede preverlo todo... (p. 134).

A modo de resumen, queda entonces claro que para Schmitt, el Estado debe conservarse a toda costa, aun si esto implica suspender o eliminar los límites que tradicionalmente se han planteado al poder, particularmente al ejecutivo, o en este caso al dictador, quien al contar con un poder ilimitado, se corre el riesgo que asuma de forma

definitiva el control sobre todo el Estado. En estas condiciones, es claro el distanciamiento que Schmitt toma en relación con la teoría de los límites al poder, característica del liberalismo, a la vez que rechaza de manera definitiva la tradición positivista de exigir la legalidad en las actuaciones de cualquier órgano estatal. En cambio, como respuesta a las situaciones de crisis que tuvo que vivir de primera mano, Schmitt optó por dar a la decisión acerca de la crisis toda la preponderancia, pues así como el individuo tiene derecho a la legítima defensa, en la que no se puede definir en abstracto qué puede o no hacer para defenderse de un ataque, así mismo debe el Estado contar con todas las posibilidades para superar la crisis, pues de lo contrario, ¿cómo podría recuperarse el orden si *ex ante* se establecen límites que restringirían el actuar estatal? (pp. 187-188). Sin estas prerrogativas a favor del Estado, no habría nada que impidiera que la sociedad regresara al estado de naturaleza.

Hasta este punto se ha hecho principalmente una narración de aquellos aspectos más relevantes en *La Dictadura*, por servir de primer referente teórico e histórico sobre la relación que existe entre las crisis y la necesidad de soluciones a través de decisiones, de allí que se le haya prestado particular atención, mas es ahora importante realizar algunas apreciaciones que servirán para concretar aquellos aspectos que nos interesan. En primera medida, es relevante indicar que pese a los intentos realizados en las páginas anteriores de explicar lo que es el decisionismo, Schmitt no da en su texto una definición clara y concisa que permita comprender de manera definitiva a qué se refiere con este concepto, de allí entonces que sea importante recurrir a otro de sus textos, a saber, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (1996) [1933], en el que dedica una sección al decisionismo e indica que este parte del supuesto que “... la fuente de todo «derecho», es decir, de toda norma y ordenamiento que de él deriven, no es el mandato como tal, sino la autoridad o soberanía de una última decisión que viene dada con el mandato” (p. 26-27).

En consecuencia, el elemento estructurador de todo ordenamiento normativo, no tiene origen en una norma superior, en la justicia o en la verdad, sino en una decisión (Nodoushani, 2010) orientada a restablecer el orden, pues “quien instaura la paz, la seguridad y el orden es soberano y tiene toda la autoridad” (Schmitt, 1996, p. 30). Por la misma razón, es importante

esclarecer en qué consiste la decisión, y para ello es podemos citar a Hermann Lübbe, uno de los más importantes teóricos del decisionismo en nuestros días: *La decisión es el acto por medio del cual, determinados casos en donde no es posible eludir opciones mutuamente excluyentes, se descarta una de ellas, para que la otra pueda hacerse realidad* (traducción propia) (citado en Bolsinger, 1998, p. 484).

Hecho lo anterior, no está de más hacer unos comentarios finales en torno al texto *La Dictadura*, centrándonos en los conceptos de legitimidad, legalidad y excepción. Frente a la legitimidad, el autor no la analiza de manera directa, sin embargo, por la gran cantidad de referencias a la necesidad de conservar al Estado, podría pensarse que en medio de una situación crítica o excepcional, las medidas que éste toma se legitiman por (i) la mera existencia del Estado mismo, es decir, por la necesidad de su conservación y (ii) por la responsabilidad de restablecer el orden. Así llegamos a una especie de fundamentación circular de la legitimidad del Estado, porque su existencia permite el orden y el orden permite su existencia:

Por ello cuando se trata del caso más extremo no puede observar normas generales. Porque si el medio concreto para el logro de un éxito (...) puede ser calculado en tiempos normales con cierta regularidad, en caso de necesidad solamente puede decirse que el dictador puede hacer todo lo que le exija la situación de las cosas (Schmitt, 2013, p. 36).

Correlativamente, y en contravía de la visión tradicional de la legitimidad descrita por Max Weber, quien indicaba que la forma más común de legitimidad es aquella basada en la creencia en la legalidad del actuar estatal, resultaría lógico concluir que partiendo de las afirmaciones de Schmitt, es posible considerar que la legitimidad del Estado durante los tiempos de crisis y excepción no se encuentra atada al acatamiento de las leyes; en cambio, por lo dicho en las páginas anteriores, se trataría quizás de una legitimidad basada en la *Räson der Selbsterhaltung* (razón de autoconservación) como lo planteó Hermann Lübbe (citado

por Bolsinger, 1998, p. 484). Empero, una afirmación realizada por Schmitt en *Teoría de la Constitución* (2015), publicada en 1928, resulta llamativa:

No puede hablarse de legitimidad de un Estado o de un poder público. Un Estado, la unidad política de un pueblo, existe, y existe en la esfera de lo político; es tan poco susceptible de justificación, juridicidad, legitimidad, etc., como si en la esfera del derecho privado se quisiera fundamentar normativamente la existencia del individuo vivo. (p. 140)

En otras palabras, contrario a lo que podría pensarse, de que la legitimidad residiría en esa necesidad de autoconservación, pareciera que Schmitt fuera un paso más allá, como muy bien lo supo identificar Eckard Bolsinger (1998, p. 482-483), al indicar que el Estado en sí mismo no requiere de legitimidad alguna para su existencia, pues “Toda unidad política existente tiene su valor y su ‘razón de existencia’ no en la justicia o conveniencia de las normas, sino en su existencia misma” (Schmitt, 2015, p. 59). Sin embargo, ello no quiere decir que la legitimidad deba desecharse u omitirse de toda actividad estatal, toda vez que en textos como *Teoría de la Constitución* (p. 136-141) y *Legalidad y Legitimidad* (pp. 17, 90), Schmitt parte del supuesto de que sí existen factores que determinan la legitimidad, como lo son el dinástico, propio de las monarquías, y el plebiscitario-democrático, propio de las repúblicas, mas debe considerarse que estos criterios aplicarían para la actividad estatal de los gobiernos, entidades públicas o incluso de las constituciones o las decisiones en épocas de normalidad, es decir, a manifestaciones o aspectos relativos al Estado, pero no al Estado visto como un todo y mucho menos, sobre sus decisiones cuando están orientadas a enfrentar una situación excepcional que pone en entredicho su existencia.

Con lo anterior, podemos plantear unas primeras conclusiones sobre el pensamiento decisionista de Schmitt: (i) La legitimidad y la legalidad no pueden entenderse como sinónimos o como conceptos inescindibles, porque llegado el momento de la verdadera decisión, no estará sujeta a una norma superior, máxime si ella se debe tomar en medio de la crisis; (ii) la conservación del Estado y el mantenimiento del orden y la tranquilidad, son los principales factores que guían la actividad estatal; (iii) los tiempos de profunda inestabilidad y desorden requieren de la decisión rápida e inmediata para superar dicha situación, por lo

cual no podrá estar limitada por criterios legales, morales o de justicia. Sobre estos puntos volveremos más adelante cuando se proceda con un análisis comparativo de la excepcionalidad de nuestros días, para así establecer cómo estos puntos en el pensamiento de Schmitt nos permiten comprender las dinámicas actuales que se tejen en torno al (re)surgimiento de líderes autoritarios.

Ahora bien, si se piensa detenidamente, hasta el momento no se ha definido con suficiente claridad el concepto de excepción, y solo se ha planteado una idea algo nebulosa sobre lo que es: una situación de crisis grave, inestabilidad, o desorden que pone en entredicho la tranquilidad, seguridad y, sobre todo, existencia del Estado. Siendo este concepto tan importante para el pensamiento de Schmitt, es adecuado dedicar algunas páginas a analizarlo, y para ello recurriremos al libro *Teología Política*, quizás el texto más célebre y ampliamente conocido de este autor. Así, al adentrarnos en este importante paradigma, damos el siguiente paso en el desarrollo de este texto.

3. A la búsqueda de un nuevo dios que dé sentido a la existencia

“Soberano es quien decide sobre el estado de excepción” (2009, p. 13). Con esta célebre afirmación comienza *Teología Política*¹⁷ y seguidamente Schmitt procede a *definir* el concepto de excepción, indicando que en realidad, este no puede ser *determinado* y que a lo sumo podrá calificarse como una situación de *extrema necesidad, inestabilidad, o desorden que pone en entredicho la existencia del Estado*; en otras palabras, esa nebulosa conceptualización dada en el párrafo anterior sigue aplicando, sin embargo, existen razones para ello, pues debido a la incierta e imprevisible cantidad de escenarios que se podrían

¹⁷ Es pertinente aclarar que la primera edición de *Teología Política* fue publicada en 1922, sin embargo, una edición posterior fue publicada en 1969, en la que Schmitt añade una sección completamente nueva, compuesta de tres capítulos, para defender sus ideas y responder de manera directa a varios autores que alegaban haber “liquidado” (es decir, desvirtuado) a la teología política. En vista de ello Schmitt denomina *Teología Política II* a esta nueva sección (Schmitt, 2009, p. 61), dando a entender que la versión de 1922 con sus cuatro capítulos originales debía identificarse como *Teología Política I*. Hoy en día, las versiones diferentes al alemán tienden a publicar ambos textos en un solo volumen titulado “*Teología Política*”; ante tal situación, y para evitar confusiones, aquí se aludirá a la edición en español de un solo volumen y solo cuando sea necesario se incluirá el “I” o el “II” para identificar a cuál de las dos secciones se hace referencia.

presentar (p. 14), no resulta pertinente definir en abstracto algo que solo puede *decidirse* en concreto, porque las amenazas, peligros o riesgos pueden tomar muchas formas, y definir *ex ante* las condiciones que se consideran excepcionales o los medios dispuestos para enfrentarlas, implica correr el riesgo de atar las manos al Estado, dejándolo indefenso ante situaciones que de entrada no podrá enfrentar, ora porque no fueron previstas, ora porque expresamente se le prohibió tomar ciertas medidas que hubieran sido necesarias.

Pese a lo anterior, sí es posible, por lo menos, identificar en este texto la naturaleza o gravedad que debe revestir una situación para ser considerada como excepcional, toda vez que esta lleva a “decidir si la Constitución puede ser suspendida *in toto* [en todo]” (p. 14). Con ello llegamos a uno de los puntos más importantes en Schmitt, pues para él, la excepción no solo amerita que el Estado pueda desligarse de la aplicación de las leyes expedidas por el órgano legislativo, sino que además le es posible suspender la constitución y con ella, todo el orden jurídico vigente con el fin de autoconservarse y mantener la tranquilidad y orden (social), de modo tal que una vez restablecidos, pueda nuevamente ponerse en vigencia ese orden jurídico suspendido. Así, el derecho cede completamente a la política, porque esta última se caracteriza por tener capacidad de acción inmediata, necesaria en los momentos más críticos, mientras que el derecho presupone o requiere de circunstancias de normalidad para su aplicabilidad: “No existe una sola norma que fuere aplicable a un caos. Es menester que el orden sea restablecido, si el orden jurídico ha de tener sentido. Es necesario de todo punto implantar una situación normal...” (p. 18).

Es justamente por ese motivo que Schmitt conecta el soberano con la excepción, pues ante la importantísima tarea de determinar si existe o no una situación de excepción, al igual que los medios necesarios para enfrentarla, incluyendo la suspensión del orden jurídico, es entendible que tal facultad esté reservada al soberano, sea este una persona (monarquía), varias (aristocracia) o muchas (democracia). Empero, debe recalarse que para los fines de este texto no es de interés la cuestión de la soberanía o si los planteamientos de Schmitt son adecuados o no para definirla, en tanto que este texto se centra en la legitimidad en tiempos de crisis o excepción y la decisión como medio de su superación.

Dicho lo anterior es entonces pertinente aclarar que hasta este punto, el presente texto ha usado las expresiones “crisis” y “excepción” de manera indistinta, puesto que en el uso cotidiano es más común escuchar la primera que a la segunda. Esta equiparación, sin embargo, no es del todo acertada al momento de estudiar los textos de Schmitt, puesto que para él, la excepción no es una simple crisis política de un gobierno, una movilización social en contra de una política en particular o una circunstancia económica profundamente desfavorable. En cambio, la excepción implica, de un lado, las condiciones que ponen en riesgo la existencia del Estado, y por el otro, la decisión del soberano de suspender el orden jurídico vigente. Así las cosas, cuando el contexto lo requiera y se esté hablando en términos estrictos el vocablo “excepción” aludirá de manera específica a la acepción planteada por Schmitt, mientras que, por el momento, “crisis” se utilizará como una expresión de inestabilidad grave que pone en entredicho las condiciones sociales, económicas y políticas, sin que para ello se recurra necesariamente a la declaración de un estado de excepción, es decir a la suspensión del orden jurídico vigente en su totalidad, aunque según la gravedad de tal crisis, existe la posibilidad de que en última instancia sí deba recurrirse a dicho estado (aunque, como veremos más adelante, pareciera que en nuestros días la superación de la crisis no necesariamente va de la mano con la aplicación de las normas vigentes)¹⁸. Sin embargo, debido a que crisis y excepción tienen un núcleo común, materializado en el malestar experimentado por una sociedad, en donde no existen condiciones de calma o tranquilidad que permitan hablar de “normalidad” y orden, para efectos explicativos, en algunos puntos se seguirán usando estas palabras como sinónimos, sin por ello perder de vista la diferencia aquí planteada (sobre este tema se volverá en el tercer capítulo).

Habiendo hecho la anterior aclaración, es importante abordar el siguiente interrogante: si la excepción merece tantos esfuerzos para su superación ¿cuándo puede

¹⁸ Es pertinente aquí diferenciar entre el estado de excepción y la declaratoria de una situación de emergencia, estado de sitio, conmoción interior o *martian law*, porque cualquiera de dichas situaciones se daría y se resolvería en el marco del orden jurídico vigente, el cual tiene plena aplicación (o por lo menos en una gran proporción) y debe ser acatado por los poderes constituidos (es decir, no soberanos), mientras que el estado de excepción implica la suspensión del orden jurídico en su totalidad (Cf. Benavides, 2006, p. 127).

hablarse de que existe tal cosa como la normalidad y orden? O en otras palabras ¿cómo es posible determinar si la situación excepcional ya fue superada?

En Schmitt, así como la excepción no podía determinarse, tampoco es posible determinar en concreto qué debe caracterizarse como “normal” o como “orden”, pues esto dependerá de las características específicas de cada sociedad y su forma de estructuración jurídico-política; así, el “orden” y lo “normal” cambiará bastante según lo veamos desde las diferentes formas de entender el mundo, como lo es la democracia liberal, el comunismo, el cristianismo, o el capitalismo, o si se trata de una “burocracia militar, una administración impregnada de espíritu mercantil o la organización radical de un partido” (p. 16), en todo caso, esto será la base sobre la que se “decida si el orden público subsiste, si ha sido violado o si está en peligro” (p. 16). Adicionalmente, Schmitt también deja claro que a pesar de la suspensión del orden jurídico vigente, ello no quiere decir que el Estado esté sumido en el caos absoluto, es por ello que se habla de la “suspensión” y no de la “eliminación” del orden, pues en esta situación de excepción sigue existiendo el Estado, es decir, hay una fuerza que tiene el deber y el interés de restaurar el orden, de allí que aún en la peor de las circunstancias posibles sigue existiendo alguna clase de organización estatal que está estructurada bajo la idea de su conservación. En estas condiciones, no hay entonces un caos o anarquía absolutos, pues pese a que no está vigente un orden jurídico sí hay un orden manifestado en el Estado (p. 17).

En suma, el estado de excepción es un espacio en el que se da la intervención directa del Estado en cualquier ámbito de la sociedad, sin limitación por las normas vigentes y donde todo le es posible. Semejante circunstancia y semejante poder, solo puede tener un referente: el Dios católico. Él, que según la teología cristiana se caracteriza por ser omnipotente y omnisciente, no está condicionado por ninguna ley natural o de cualquier otra índole y puede hacer cuanto desee. Al intervenir en lo terrenal, su más latente manifestación es el milagro, que tampoco se ciñe a las leyes naturales y, en consecuencia, no puede explicarse o entenderse con la razón o las ciencias humanas. Puede entonces observarse que la analogía que Schmitt trata de plantear (p. 37) consiste en que: (i) el milagro es la manifestación divina que no está limitada por las leyes de la naturaleza, mientras que la excepción es el momento

de decisión del soberano, que no está limitado por las leyes vigentes; y (ii) por medio del milagro Dios todo lo puede, mientras que en el estado de excepción el Estado¹⁹ todo lo puede.

Ya nos hemos aventurado en el terreno de la teología, aspecto esencial en el pensamiento de Schmitt, pero frente a ello es apenas lógico preguntar ¿Qué sentido tiene hablar de teología en un asunto político? Pues bien, puede decirse que son dos los motivos que llevan al autor a tomar a la teología como referente, pese a estar analizando aspectos propios del Estado moderno, que se supone es secular: (i) la importancia de entender el origen teológico de gran parte de los conceptos jurídico-estatales en Occidente, y (ii) la necesidad de volver a llenar de contenido a tales conceptos que lo habían perdido con la llegada del positivismo y el racionalismo.

En relación con el primero de estos puntos, el tercer capítulo de *Teología Política (I)* comienza con una sentencia: “Todos los conceptos centrales de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados” (p. 37); no solo por motivos históricos, sino también por la estructura misma de dichos conceptos, toda vez que al pasar de la Edad Media a la Modernidad se conservaron las características, alcances y poderes que antes pertenecían a Dios y a la Iglesia católica. Por ejemplo, el legislador pasa a ocupar el espacio antes detentado por Dios, conservando su omnipotencia (p. 37), así, de lo divino se pasó a lo humano; por su parte, las ciencias, impulsadas por el positivismo y el racionalismo, entran a describir el mundo a través de leyes naturales y universales construidas con la experiencia y la observación, reemplazando así a la teología que antes describía el mundo a partir de leyes también universales pero construidas a partir de la fe y las enseñanzas religiosas. De este modo se pasó de la verdad a la irrefutabilidad (Kennedy, 2004). Lo mismo ocurre con el milagro y la excepción, pues ambos se caracterizarían por no estar sometidos a las leyes que normalmente aplicarían, el primero en lo fáctico-espiritual, mientras que el segundo en lo jurídico.

¹⁹ En su texto, Schmitt habla del soberano, sin embargo, como aquí nos interesa más la organización estatal, se toma el atrevimiento de reemplazar la expresión soberano con la de Estado.

Ahora bien, es interesante mencionar que por lo menos en *Teología Política*, Schmitt tiene la intención de indicar que por medio del análisis teológico-político será posible identificar el porqué de los cambios o de los motivos que dieron lugar a los conceptos más importantes del Estado. De este modo, el estudioso del derecho podrá a su vez comprender cómo el Estado moderno²⁰ se fue construyendo sobre las bases teológicas del Estado premoderno que estaba principalmente constituido por instituciones eclesiales. Dicho de otra manera, pareciera que Schmitt no trata de hacer una defensa contrarrevolucionaria en pro de la fe católica, sino que más bien, de manera análoga al arqueólogo que, excavando, intenta encontrar indicios sobre la historia de la humanidad, Schmitt estaría tratando de sacar a la luz las razones que de fondo estructuran la sociedad occidental. Esta intención se ve claramente identificada cuando Schmitt indica que con *Teología Política (I)* no se pretendía hacer teología, entendida esta como dogma católico, sino que trata de analizar "...un problema de la teoría de la ciencia y de la historia de los conceptos: la identidad estructural de los conceptos que la teología y el derecho utilizan en sus argumentaciones y sus conocimientos." (p. 69); y lo reitera más adelante al indicar que "Todo lo que he dicho sobre el tema *teología política* son manifestaciones de un jurista sobre una afinidad estructural entre los conceptos teológicos y los conceptos jurídicos que se impone en la teoría y práctica del derecho" (p. 117) (pie de página número 4).

Con ello podría entenderse que Schmitt no busca propagar o defender la fe católica y que sus análisis se centran en aspectos técnico-jurídicos, de allí que se argumente que Schmitt propende por una teología política *civil* y no por una teología política *confesional*. Así lo han entendido diversos autores como Alfonso Galindo Hervás (2003) al afirmar que: "Hay teología política en Schmitt, no *por* sino *a pesar* de su catolicismo" (p. 23) (cursivas originales) y luego complementa "La razón de ello [entender la teología política como una analogía] es que Schmitt recupera algunos conceptos teológicos, pero asumiendo la secularización en su radicalidad" (p. 26); en lo que coincide Roberto Navarrete (2015,

²⁰ Para efectos de esta discusión, por Estado moderno se entiende la organización jurídico-política que comienza su proceso de consolidación después de la Guerra de los Treinta Años, unificando la soberanía en un monarca, secularizando gran parte de sus instituciones y centralizando (por lo menos de manera importante) la decisión política, jurídica y económica en una sola entidad, sin depender ya del Papa o los señores feudales.

p. 354). Pese a esto, resulta difícil omitir otros textos de Schmitt en los que su afinidad con la ideología del Catolicismo salta a la vista, particularmente en *La visibilidad de la Iglesia* (1996) [1917], *Catolicismo Romano y Forma Política* (2011) [1923] y en su cercanía a Joseph de Maistre (1753-1821), Louis de Bonald (1754-1840) y Juan Donoso Cortés (1809-1853), todos ellos célebres escritores contrarrevolucionarios a quienes estudia en el capítulo cuarto de *Teología Política (I)*. Con lo cual es difícil determinar si el objetivo de Schmitt resulta completamente neutral o si por el contrario tiene intereses más allá de lo teórico, al tratar de defender una ideología en particular.

Ante este interrogante, es menester pasar al segundo aspecto que motivó a Schmitt a acudir a la teología política, a saber, la necesidad de llenar nuevamente de sentido a aquellos conceptos esenciales de la sociedad, lo que se había perdido con el paso de la Edad Media a la Modernidad, cuyo culmen fue la Primera Guerra Mundial. Este proceso estuvo marcado por el lento pero progresivo avance de la ciencia, el racionalismo y el positivismo como principales fuentes de conocimiento, en detrimento de la fe, la religión cristiana y la espiritualidad, así como por la consolidación del Estado como principal estructurador de la sociedad, reemplazando con ello a la Iglesia Católica. De esta manera, la Paz de Westfalia constituyó uno de los eventos más importantes de ese proceso, separando a la Iglesia de sus responsabilidades en asuntos políticos (Kissinger, 2014).

Sin embargo, esto tuvo una profunda consecuencia en la sociedad occidental, y qué mejor manera de plantearlo, que citando a *La Gaya Ciencia* [1882], en el que Nietzsche plantea que el ser humano ha *matado* a Dios, y ante tal suceso, no queda otra salida más que preguntarse:

¿Hacia dónde nos movemos nosotros? ¿Lejos de todos los soles? ¿No caemos continuamente? ¿Y hacia atrás, hacia los lados, hacia delante, hacia todos los lados? ¿Hay aún un arriba y un abajo? ¿No erramos como a través de una nada infinita? ¿No nos sofoca el espacio vacío? ¿No se ha vuelto todo más frío? (...) Lo más sagrado y lo más poderoso que hasta ahora poseía el mundo sangra bajo nuestros cuchillos. (Nietzsche, *La gaya ciencia*, 2019)

Desorientados, sin un rumbo y habiendo matado a la fuente máxima de sentido, el ser humano se haya abandonado a su propia suerte, sin una esperanza última supraterrrenal, sin nada que entregue contenido a la existencia más allá que la existencia misma. Sin embargo, a diferencia de Nietzsche, que ante la muerte de Dios pregona que nos queda un mundo entero por construir, desvinculado de lo divino, a partir de lo humano y el sentido de la tierra (Cfr. *Also sprach Zarathustra*, 2005 [1883-1885]), Schmitt propone lo contrario, pues indica que no solo no ha muerto Dios, sino que la idea de soledad que embarga al ser humano moderno no es la prueba de su inexistencia sino la muestra de que el ser humano está en el pecado y, correlativamente, de la nostalgia de Dios (p. 12), como así lo indica en su texto *La visibilidad de la iglesia. Una reflexión escolástica* (1996) publicado originalmente en 1917 (es decir, en plena guerra).

Para Schmitt, esa nostalgia de Dios es precisamente el resultado del triunfo del liberalismo y el positivismo jurídico, pues según él, ambos propenden por una estructuración de la sociedad a partir de reglas estrictamente procedimentales de juego, el uno en lo político y el otro en lo jurídico, expedidas por un legislador democrático neutral y sometido al vaivén de las mayorías (esto se revisará más adelante), pero sin un contenido verdadero que entregue sentido al existir. Con ello, Occidente se embarcó en un proceso secularización en la política, la cultura y la economía, en donde ya nada es visto como el punto esencial de la existencia y en cambio la técnica y la economía se erigen como las principales actividades humanas, carentes de un sentido último más allá de sí misma y de una orientación que llene de sentido el actuar humano (Schmitt, 2011, pp. 12-14). Para Schmitt, es necesario superar esta situación y en consecuencia recurrir a la estructura de la Iglesia católica como referente, pues así como esta *representa* de una manera verdadera las enseñanzas de Cristo y es el punto de conexión entre Dios y los seres humanos, el Estado debe tener un fundamento que represente verdaderamente a la comunidad, a partir de lo político y no lo económico y lo técnico, como así lo harían creer el capitalismo y el comunismo (p. 16).

Al respecto, Roberto Navarrete explica que en el idioma alemán existen los sustantivos *Vertretung* y *Repräsentation*, que a pesar de ser posible traducirlos al español con la palabra “representación”, en su idioma original no significan lo mismo. Por *Vertretung* se

entiende aquella relación contractual *privada* por la cual una parte entrega a otra la posibilidad de representarla en la defensa de sus intereses particulares, como ocurre con la representación ejercida por los abogados; por su parte, *Repräsentation* corresponde a la representación *auténticamente* política y pública que atañe a una comunidad en general y a la unidad que dicha comunidad constituye y no a sus miembros en particular (2015, pp.351-353), por consiguiente el Estado debe representar la forma específica en que dicha comunidad se organiza, acercándose así a una especie de legitimidad democrática.

Ahora bien, este escrito no pretende auscultar si los textos de Schmitt verdaderamente plantean una teología política *civil* no interesada en defender el dogma de la Iglesia, sino orientada a identificar la similitud estructural entre el derecho y la teología, o si, por el contrario, buscan hacer una apología de la Iglesia católica. En cambio, interesa centrarnos solo en la relación entre los conceptos de legitimidad y legalidad en Schmitt, y extraer de allí aquellos aspectos que nos puedan servir de referente en nuestros días, al margen de si su origen es *civil* o *confesional*, sin embargo, desde ya debe decirse que en un análisis de la política actual es pertinente incluir un estudio sobre aspectos teológicos, pues en el núcleo de las civilizaciones, por lo menos en la descripción dada por Samuel P. Huntington (2011), hay aspectos religiosos que influyen en aquello que las sociedades tienen por legítimo e incluso legal. Con esto, demos entonces paso la consideración que Schmitt tiene sobre tales conceptos a partir de la teología política.

4. Del deísmo al positivismo: el contexto teológico de la legitimidad y la legalidad

El cristianismo no puede considerarse como una religión unitaria. Basta con echar una mirada a los diferentes cismas, particularmente al de oriente (que dio lugar a la Iglesia católica ortodoxa) y al de occidente (que dio lugar al protestantismo), para percibir los diversos cambios que los devotos han tenido en la forma de ver el mundo y de entenderse a sí mismos. De modo particular, hay un cambio al que Schmitt presta especial atención: el tránsito del teísmo al deísmo. Estas corrientes, que por su nombre podrían parecer sinónimos, corresponden a mentalidades radicalmente opuestas.

El teísmo se identifica por creer, entre otras cosas: (i) que existe un dios (monoteísmo), dentro del que se enmarca el catolicismo, o varios (politeísmo) creador(es) del universo; (ii) que el conocimiento de la verdad sobre el mundo se puede dar por medio de la revelación (es decir, mensajes directos que recibe el ser humano provenientes de dios)²¹; y (iii) que dios puede intervenir de forma directa en el mundo, en especial por medio de los milagros. El deísmo, que cobra importancia en los siglos XVIII y XIX, si bien coincide en creer en un dios artífice de todo lo existente, estima que el conocimiento de las verdades del mundo se da por medio de la razón, es decir, a través de la ciencia y no de la revelación; y que una vez creado el mundo, dios no interviene en él, negando así la existencia de los milagros (Cf. Paine, 2005 [1795]). Si se presta atención a los siglos mencionados, el deísmo coincide con la revolución científica ocurrida durante la Modernidad, lo cual es importante a los ojos de Schmitt, pues esto amerita un análisis teológico-político.

Durante gran parte de la historia europea el monarca absoluto se asemejaba al Dios católico (teísta) (Schmitt, 2009, p. 39), no solo en el hecho de ser todopoderoso (sin límites) y actuar de manera directa en todos los asuntos, sino también en su capacidad de conectar a los seres humanos con la divinidad, pues el monarca representaba a Dios en la tierra según la teoría del derecho divino de los reyes; por lo cual además de representar (*Repräsentation*) auténticamente a Dios en su relación con la comunidad, también contaba con las prerrogativas soberanas para actuar de forma directa en todo lo relacionado con el Estado (p. 45), incluida la superación de las crisis²², como lo era la declaración del estado de excepción. Así, el milagro de la teología tenía su equivalente en la política y el derecho. Sin embargo, cuando el deísmo ganó popularidad y se rechazó la idea del milagro, esto se tradujo en el rechazo jurídico a cualquier excepción a la ley (p. 19, 45), negando así el espacio para que el Estado pudiera eximirse de cumplir con las normas vigentes en pro de su conservación;

²¹ De manera muy interesante, un autor que da una explicación bastante clara sobre la diferencia entre la revelación y la ciencia en el proceso de obtener la verdad, es Hans Kelsen, quien en su texto *Religión Secular* (2015) señala: “La revelación es la transmisión de una verdad al hombre por medio de un acontecimiento sobrenatural, y en cuanto tal, está en oposición directa a la transmisión de la verdad mediante la ciencia, que se basa solo en la experiencia de los sentidos humanos controlados por la razón humana y rechaza cualquier tipo de fuente sobrehumana y sobrenatural de la verdad.” (p. 314).

²² En *La dictadura*, Schmitt indica que estas facultades se denominan *arcana dominationis* (p. 40) y corresponden a aquellos mecanismos que tenían los príncipes para enfrentar momentos de crisis.

en otras palabras, toda autoridad estatal sin excepción alguna, que con la Modernidad pasó a estar en cabeza del legislador (p. 45), debía someterse a las normas que estuvieren vigentes en un momento dado (p. 46), incluso en los momentos de mayor crisis, inestabilidad o peligro para la subsistencia del Estado o la sociedad.

Si se piensa, esto es en gran medida lo que plantea el liberalismo, toda vez que en tanto se limite al Estado (Estado de derecho), y en especial al rey, se eliminará la arbitrariedad y se establecen reglas basadas en la razón y la deliberación democrática. De esta manera, así como la ciencia positiva permitía el entendimiento de las leyes naturales, inmutables, precisas, a las que está sometido todo cuanto ocurre en el mundo, con la eliminación de lo excepcional en el Estado (p. 37) y el sometimiento de todas sus acciones a normas previamente establecidas, se lograría contralar el poder. Así, para Schmitt, el deísmo en la teología es asimilable al positivismo en el derecho y el liberalismo en la política, por lo que concluye:

Desde el ángulo de la historia de las ideas, destácanse en el proceso de la teoría del Estado del siglo XIX dos momentos característicos: la eliminación de todas las nociones teístas y trascendentes y la formación de un nuevo concepto de legitimidad. El concepto tradicional de la legitimidad pierde a todas luces su evidencia... en una palabra, la legitimidad monárquica se sustituye por la legitimidad democrática. (p. 48)

Así, el fundamento de la legitimidad del Estado monárquico, que estaba en Dios y la tradición, fue perdiendo fuerza; en su reemplazo, el legislador, que representaba al pueblo y estaba imbuido por la racionalidad y capacidad para decidir lo correcto y lo bueno (p. 46), gozaba de una legitimidad racional-democrática (como lo plantearía Max Weber). Sin embargo, con el paso de los años, incluso la visión deísta, que al fin y al cabo tenía un contenido teológico, fue dejada definitivamente de lado (p. 46), y en vista de que el legislador, con sus leyes generales, impersonales y abstractas, se erigía como la principal fuente de las normas sociales, políticas y jurídicas por tener consigo la *volonte générale*, tan popularizada con la Revolución Francesa, era apenas coherente implantar el principio de legalidad como máxima expresión del racionalismo en el derecho, pues la ley emanada del legislador democrático debe ser obedecida. La consecuencia de esto es la unión entre la legitimidad y la legalidad, pues al cumplir con lo prescrito por el legislador omnipotente, no

solo se está actuando de conformidad con la ley, sino que además se cuenta con legitimidad democrática que de él se deriva. De esta manera, el Estado se encontraría directamente vinculado con las normas vigentes y su actuar estaría estrictamente definido en ellas.

En este punto debe entonces mencionarse a Hans Kelsen, cuya teoría es constantemente cuestionada por Schmitt, pues aquel recoge el pensamiento positivista del siglo XVIII y XIX y lo consolida, convirtiéndose en el máximo exponente de ese proceso de secularización y racionalización del derecho y el Estado²³, en donde según lo narra Schmitt (p. 23), el Estado y el orden normativo que lo caracteriza, son una misma cosa, es decir, no hay una jerarquía del uno sobre el otro, sino que el Estado en tanto tal es un orden normativo, como así lo indica el mismo Kelsen en su texto *¿Qué es la teoría pura del derecho?* (1991, p. 36) [1953].

Con ello es posible afirmar que se consolida la unión entre la legitimidad y la legalidad, pues daría como resultado que el Estado, por el mero hecho de existir, es legal y, por consiguiente, legítimo. De igual modo, como el Estado y el derecho (entendido como orden normativo) son lo mismo, no es posible hablar de un estado de excepción en los términos planteados por Schmitt, pues si recordamos lo indicado en páginas anteriores, la subsistencia del Estado tiene para él precedencia sobre cualquier consideración jurídica, de allí que pueda decretarse la excepción y así inaplicar las normas vigentes si resultare necesario. Sin embargo, a la luz del positivismo jurídico y del principio de legalidad, el Estado debe actuar de conformidad con las normas vigentes, así sea en medio de una crisis, y adicionalmente, no le es posible suspender el orden normativo, pues sería tanto como suspenderse así mismo, eliminando en términos lógicos el objetivo de conservar el Estado.

²³ A modo de ejemplo, Schmitt cita las palabras de Kelsen en relación con la democracia: “La democracia es la expresión de un relativismo político y de una actitud científica expurgada de milagros y dogmas, asentada en el entendimiento humano y en la duda de la crítica” (2009, p. 41)

De otro lado, otra arista de la crítica de Schmitt sobre la confusión de la legitimidad y la legalidad se logra evidenciar en el Epílogo de *Teología Política*:

Quien hoy quiere subrayar que tiene derecho y que sus pretensiones están justificadas suele emplear la palabra ‘legítimo’, no la palabra ‘legal’, aunque se haya proporcionado a sí mismo la base jurídica mediante una ley promulgada por él mismo y domine todas las condiciones de posibilidad de una ley (...), de modo que su apoderamiento se puede considerar científicamente un autoapoderamiento real. (p. 125)

Dicho de otro modo, si la legitimidad equivale a la legalidad, entonces quien detente el poder y ponga en vigor un orden normativo, tendrá la ventaja de que su actuar siempre ostentará la categoría de legítimo, sea cual fuere la forma en la que llegó al poder, situación que no es aceptable para Schmitt, como tendremos la oportunidad de analizarlo, según lo manifiesta en *Legalidad y Legitimidad*, pero que a los ojos del positivismo jurídico de Hans Kelsen, no sería cuestionable ni reprochable, pues a la ciencia del derecho solo le interesa el orden normativo vigente y efectivo (1991, p. 16), al margen de consideraciones políticas (p. 29) o de justicia (p. 31).

Una consecuencia adicional en este proceso de democratización y racionalización del derecho, es que la *decisión* como fuente u origen de las normas jurídicas y de soluciones ante la crisis, es desechada (Schmitt, 2009, p. 125) y en cambio, se adopta la idea de validez de las normas, es decir, toda norma o acción estatal debe estar en el marco de una norma superior; así, la decisión como movimiento originario se elimina y la legalidad se erige como el criterio más importante dentro del Estado: “La validez general de un precepto jurídico se identifica con la legalidad natural válida sin excepciones” (p. 46).

Así las cosas, retomando los puntos importantes resaltados en las secciones anteriores sobre la teoría de Schmitt, logra evidenciarse la contraposición directa entre sus ideas y aquellos paradigmas de la época, pues resulta claro que (i) la decisión como fuente de la actividad estatal, (ii) el deber y la necesidad del Estado de suspender el orden jurídico para superar la crisis y (iii) la importancia de encontrar un sentido trascendente del Estado y el derecho más allá de su mera existencia fáctica, están en contravía de lo que propone el

positivismo jurídico, particularmente en la corriente liderada por Hans Kelsen y del liberalismo. En todo caso, es de resaltar que pese a las críticas que pueda suscitar la perspectiva teológico política adoptada por Schmitt para analizar conceptos que tradicionalmente son vistos desde una postura estrictamente secular, resulta por lo menos explicativo observar la influencia que la teología cristiana ha tenido en el desarrollo de los conceptos estatales. Además, al margen de si la interpretación dada por Schmitt efectivamente corresponde con lo ocurrido en términos históricos, es innegable que la teología política juega un papel fundamental en la comprensión de las ideas de Schmitt; es por esta razón que las dos subsecciones anteriores fueron dedicadas a describir los elementos de mayor pertinencia para este trabajo y que nos servirán de base para analizar la situación actual en el tercer capítulo de este texto.

Luego de haber planteado las principales ideas de Schmitt sobre la legitimidad, la legalidad y la excepción, es entonces pertinente ahondar en detalles sobre cómo se entienden cada uno de dichos conceptos a partir de perspectivas tradicionales (es decir, más comúnmente utilizadas) no solo en lo jurídico (aunque se hará énfasis en el positivismo jurídico) sino también en lo político y lo sociológico, a lo cual se dedicará el capítulo siguiente, sin embargo, antes de proceder a ello, es menester hacer unos comentarios finales relativos a este capítulo.

5. Carl Schmitt: entre la polémica y el análisis de la crisis.

La analogía del péndulo con la que se inició este capítulo no tenía un objetivo literario o de estilo; con ella se buscaba resaltar que la historia humana está llena de problemas, dificultades y situaciones que se experimentaron en diversos momentos, a los que se les dio soluciones, respuestas y alternativas según las condiciones de la época, no siempre con resultados agradables. Ante la imposibilidad de conocer lo que nos deparará el futuro, debemos entonces echar mano precisamente de esas vivencias y sucesos que nos antecedieron para identificar en estos, aquellos aspectos que nos podrían servir para interpretar nuestros días. Ese es el motivo por el que en este capítulo se dedicó tanto espacio no solo a entender las ideas de

Schmitt (que por incluir alusiones a la teología pareciera anticuado o ya superado a los ojos de un lector desprevenido), sino también a describir el contexto histórico en el que se escribieron sus ideas. Al revisar la literatura actual, es muy común que los estudios sobre Schmitt se centren, por un lado, en el análisis de sus textos e ideas en términos estrictamente abstractos o teóricos²⁴, es decir, a partir de su coherencia lógico-argumentativa, contenido, características, o relación con otros autores, omitiendo así el contexto en el que fueron elaborados, sobre todo cuando se estudian los escritos de la década de 1920, mientras que por el otro, se tiende a hacer una conexión directa y automática de todas las ideas de este autor con el nacionalsocialismo, aún cuando algunos de sus textos fueron publicados varios años antes de la llegada de Adolf Hitler al poder, impidiendo el análisis de aquellos aspectos o planteamientos, que vistos en contexto, podrían ser de utilidad.

Dicho lo anterior, es menester reiterar que este texto no pretende adscribirse a una religión, ni hacer una apología teórica de Carl Schmitt o sus ideas, ni del nacionalsocialismo, en cambio, se pretende comprenderlas y usarlas, en donde sea factible, como un referente para analizar nuestros días, ora para identificar aquellas respuestas alternativas a problemas similares, ora para mostrarnos las ideas y situaciones con las cuales debemos tener particular cuidado para no repetirlos. Por ejemplo, ahora que se conmemora el centenario del fin de la Primera Guerra Mundial, vemos que hoy, así como en esa época, están apareciendo diferentes movimientos e individuos que están cuestionando el modelo democrático-liberal y que ven con buenos ojos modelos autocráticos o de democracias iliberales. De la misma manera, el proceso de tecnificación y mecanización que experimentan tanto los individuos como las sociedades, derivando en un sentimiento de desorientación y de pérdida del sentido trascendental de la existencia, que Schmitt critica profundamente en sus textos, en especial en *Catolicismo romano y forma política*, puede asociarse en la actualidad con el creciente fenómeno del radicalismo religioso y la aceptación de discursos extremos, como por ejemplo el nacionalismo, el proteccionismo, e incluso el racismo, porque estos modelos alternativos

²⁴ De hecho, hay quienes consideran que no es pertinente revisar el contexto histórico en el que Schmitt escribió sus ideas, por lo que un estudio académico debe restringirse al análisis teórico (Kahn, 2011). En este texto, por el contrario, se considera que un análisis histórico es esencial para comprender las razones que tenía el autor al escribir, al igual que nos sirve de referente para determinar los riesgos de aplicar las sus ideas a un contexto más reciente.

dan respuestas a las personas, así estas no sean las más razonables, pues para muchos, es mejor esto que la incertidumbre, la neutralidad moral, y la primacía de las relaciones económicas: *Los humanos no solo anhelan la libertad. También buscan seguridad – tanto la física en contra de ataques, como la proveniente de la familia, la tribu, la raza y la cultura. El liberalismo carece de respuestas concretas a estas necesidades* (traducción propia) (Kagan, 2019), lo cual con el paso de los años se ha venido diciendo del liberalismo, pues este tiende a centrarse en los límites y reglas de juego, particularmente en lo procedimental, pero no dice de entrada qué es lo que debe perseguirse o buscarse.

De igual modo, así como Schmitt escribió en y sobre una época llena de crisis, el discurso actual de la política y el derecho está profundamente permeado por la idea que estamos en crisis, impulsado en gran medida por las redes sociales, la inmediatez del internet y la globalización; de allí que autores como Giorgio Agamben afirmen que hoy el estado de excepción se convirtió en “paradigma constitutivo del orden jurídico” y, citando textualmente a Walter Benjamin, señala que “el estado de excepción (...) ha devenido la regla” (2015, p. 34). Con esto, es posible entonces reafirmar la pertinencia de recurrir a Schmitt y a la discusión sobre cómo estas circunstancias afectan las consideraciones sobre aquello que es legal o legítimo en el marco de este contexto de crisis.

En todo caso, retomando de manera concreta lo planteado en este capítulo, es posible afirmar que el objetivo de Schmitt era cuestionar todo el andamiaje social, jurídico, político y filosófico de la época, y si bien puede debatirse las razones que tuvo para ello, si tomamos prestados los términos de Benjamin, en un mundo en el que nada había quedado incambiado era apenas entendible que los autores buscaran replantear los paradigmas y proponer soluciones alternativas para tratar de dar un sentido a un mundo que lo había perdido, y llenar de contenido a un sistema jurídico que había quedado vacío en búsqueda de la neutralidad y el racionalismo. Claro, recurrir a una explicación teológica bien nos parecería inconcebible en nuestra época o pretender que el Estado pueda suspender la aplicación de las normas vigentes para garantizar su subsistencia a través de *decisiones* tomadas por el soberano, puede parecernos escandaloso. Sin embargo, estas condiciones, *mutatis mutandis*, llevadas a nuestros días son precisamente las que parecen dar alas a estos nuevos movimientos

autoritarios e iliberales, pues para ellos, es mejor una decisión rápida y concreta que enfrente los problemas, que la aplicación de normas impersonales y abstractas cuyo proceso de formación puede tomar una eternidad en conciliarse. Con esto no se pretende justificarlos ni aprobarlos, sino más bien identificar el motivo de su discurso y cómo esto influye en las consideraciones sobre la legalidad y la legitimidad. Así las cosas, demos ahora paso a la revisión de los conceptos de legalidad y legitimidad.

II.

LA UNIÓN “CONTEMPORÁNEA” ENTRE LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD

Habiendo narrado algunas de las ideas más importantes en el pensamiento de Carl Schmitt, es claro que este autor cuestiona la forma tradicional de entender la política, el derecho, y el Estado al igual que los conceptos de legitimidad y legalidad; sin embargo, hasta el momento no se ha entrado a describir con particular detalle en qué consiste esa concepción “tradicional”. Para tal fin, el presente capítulo realizará un breve recorrido histórico de la relación entre lo legal y lo legítimo, para luego centrarse en la perspectiva consolidada por el positivismo jurídico, y, para finalizar, analizará la forma más reciente de entender tales conceptos en la literatura contemporánea.

Las palabras “legitimidad” y “legalidad” son usadas de ordinario como sinónimos, no solo en la academia sino también en el lenguaje cotidiano. Esto se observa en las lenguas europeas occidentales derivadas del latín, o con gran influencia de este, pues si revisamos el idioma español, por ejemplo, el significado dado por la Real Academia de la Lengua al vocablo “legítimo” (s.f.) es el de “Conforme a las leyes” o “Lícito”, mientras que el vocablo “legal” (s.f.) lo define como “Prescrito por la ley y conforme a ella”. Lo mismo sucede en el inglés, donde la palabra “*legitimate*” (s.f.) (legítimo) puede significar: “*Conforming to the law or to rules*” (Conforme al derecho o a las normas); y la palabra “*legal*” (s.f.) tiene como uno de sus significados: “*Permitted by law*” (Permitido por la ley) (traducciones propias) (Oxford English Dictionary). En el alemán las cosas no son muy distintas, pues “*legitim*” (s.f.) (legítimo) significa: “*gesetzlich anerkannt, rechtmäßig*” (reconocido legalmente, conforme al derecho) y “*legal*” (s.f.) significa “*dem Gesetz gemäß, rechtmäßig*” (conforme a la ley, conforme al derecho) (traducciones propias) (Duden Online-Wörterbuch). Ahora bien, pese a que en el capítulo anterior se insinuó que esta sinonimia es resultado de una visión propia de la Modernidad y que se consolidó con el positivismo jurídico, gracias a las

propuestas de Hans Kelsen, esta equiparación de los conceptos en realidad tiene una historia bastante larga que nos remonta hasta la Edad Antigua.

Como bien se sabe, uno de los pilares fundamentales del pensamiento occidental es la filosofía de la época clásica y no es inusual encontrar que cualquier discusión teórica actual sobre la política o el derecho tuviera su origen o ancestro en los debates y textos elaborados por los pensadores de aquel entonces. En el texto publicado en 1980, titulado *Rousseau and Weber: Two studies in the theory of legitimacy* [Rousseau y Weber: dos estudios sobre la teoría de la legitimidad] (2010), el autor José Guilherme Merquior comienza el primer capítulo haciendo un detallado estudio sobre el origen de la palabra “legítimo” (que inició solo como adjetivo), indicando que esta surge en el latín de la época clásica con el vocablo “*legitimus*” y que significaba “lawful, according to law” [legal, de conformidad con la ley/el derecho], y su uso se registra en Cicerón cuando aludió a las expresiones “*legitimum imperium*” y “*potestas legitima*” para referirse a las cualidades que tenían los *magistrados* y *el poder que habían sido legalmente establecidos* (traducción propia). Así las cosas, la unión entre legitimidad y legalidad no sería nada nueva, pues desde el origen mismo de la palabra “legítimo” esta se encontraba atada a una idea de *cumplimiento* de las normas vigentes, es decir, a la idea de legalidad. De este modo, es posible trazar una línea que histórica y teóricamente conecta y explica la equiparación de los vocablos y su incorporación en el discurso positivista.

La palabra “legal”, etimológicamente hablando, proviene de la expresión latina “*legalis*” (relativo a la ley), que por su parte se origina en la palabra “*lex*” (ley) (Online Etymology Dictionary, s.f.), por lo que podría pensarse que ambas tuvieron origen en un contexto de la antigua Roma; sin embargo, el concepto al que se refiere la “legalidad”, y en últimas, la “legitimidad”, es decir, al cumplimiento de las normas preestablecidas, también puede encontrarse en los filósofos griegos. Es cierto, tal y como lo indicó Merquior, que los griegos no contaron con las palabras de legitimidad y legalidad (o de ley, entendida esta como surgida de un órgano estatal, relativamente unitario y claro) (Cf. Kelly, 1992, pp. 5-6), empero, Merquior no tiene en cuenta que en escritos como *Las Leyes* de Platón (715d) y la *Política* de Aristóteles (1286a) (citados en Bobbio, 1986, pp. 120-127), se observa esa

conciencia de aceptar la importancia y, si se quiere, la superioridad de las leyes sobre otros modos de gobernar. Es por esa razón que Norberto Bobbio acude a ambos pensadores para analizar la pregunta “¿Cuál es el mejor gobierno, el de las leyes o el de los hombres?” en donde Platón respondería que “... donde la ley es señora de los gobernantes y los gobernantes son sus esclavos, yo veo la salvación de la ciudad” y Aristóteles diría que “... es mejor el elemento por el cual no es posible estar sometido a las pasiones... [y] la ley no tiene pasiones...”²⁵. Es por ello que Bobbio llega a la conclusión de que una de las características que usualmente se han asociado al bueno gobierno es que este sea ejercido “de acuerdo con las leyes establecidas” (p. 122) y que “El tema de la superioridad del gobierno de las leyes recorre sin solución de continuidad toda la historia del pensamiento occidental” (p. 123); conclusiones en las que sí encuentra coincidencia con Merquior. Este narra, además, cómo el concepto de “*legitimitas*” (legitimidad), es decir, como sustantivo, se consolida en la Edad Media (aunque por aquel entonces se refería más a la conformidad de las acciones con la costumbre y no tanto con la ley) como un criterio para determinar la *validez* (buen título) de quien gobierna, a partir criterios de religiosos y morales, y una vez llegada la Modernidad este se transforma para dar paso a una perspectiva democrática, en donde la legitimidad se asocia al *consentimiento* de quienes se someten a las acciones del Estado.

Dentro de ese proceso de consolidación del concepto de legitimidad, que tiene ramificaciones bastante interesantes tal y como lo veremos más adelante, es necesario considerar una de las implicaciones más directas de su unión con la legalidad. Para tal fin es pertinente recurrir a Agustín de Hipona (354 - 430) quién acuñó la célebre frase “Sin la virtud de la justicia ¿qué son los reinos sino unos execrables latrocinios [banda de ladrones]? Y éstos, ¿qué son sino unos reducidos reinos?” (2015); mas no es esta la frase que nos interesa, sino la afirmación subsiguiente: “Estos son ciertamente una junta de hombres gobernada por su príncipe la que está unida entre sí con pacto de sociedad, distribuyendo el botín y las

²⁵ Resulta bastante curioso que en la traducción al español se utiliza en ambos textos la expresión “ley”, a pesar de que los griegos no tenían una palabra en el sentido que hoy la entendemos. En cambio, ellos contaban con el vocablo *nomos* (*νόμος*) que se asemeja más a lo que conocemos como “costumbre” (Cf. Merquior, 2010) o a “convenciones” establecidas en una comunidad, sin que surjan necesariamente de una institución clara e identificable, sino que correspondían a las reglas o códigos que compartían los pueblos helénicos (Cf. Kelly, 1992, pp. 4-6).

conquistas conforme a las leyes y condiciones que mutuamente establecieron”. Como vemos, San Agustín ya observaba que la mera conformidad de las actuaciones con las leyes vigentes no era suficiente para aceptar a un gobierno y, en cambio, era necesario apelar a algo superior, como lo era la justicia.

Con esto, en el presente capítulo nos aproximaremos a dos de las principales vertientes en estudio de la legitimidad: (i) aquella que la une a la legalidad y (ii) aquella que la asocia a un valor o algo trascendental. Si recordamos lo planteado en páginas anteriores, Hans Kelsen puede ser catalogado en la primera, mientras que podría afirmarse que Carl Schmitt se encuentra en la segunda. Adicionalmente, para llenar de contenido a esa segunda opción, se dedicarán algunas páginas para tratar la visión de Hermann Heller. Para finalizar, es importante aclarar que estas no son las únicas formas de entender la legitimidad, por lo que en la sección final de este capítulo se tratará el tema. Por lo pronto, pasemos ahora a analizar con mayor detenimiento la primera perspectiva, que no solo es el objeto de ataques de Schmitt, sino que además es la corriente más comúnmente utilizada al momento de estudiar la legitimidad.

1. Max Weber y Hans Kelsen: los principales artífices de la legitimidad como legalidad

Como se indicó en el primer capítulo, la Modernidad representó un importante cambio en la forma de interpretar el mundo en aspectos sociales, culturales, económicos y políticos; de modo particular, en el campo de la política y del derecho uno de los principales cambios se evidencia en la consolidación del liberalismo en contraposición al absolutismo monárquico, y que se construye, entre otros aspectos, como una teoría de los límites al poder, es decir, en contra de la arbitrariedad y del poder absoluto. Es tal la importancia de esta teoría para Occidente, que Samuel P. Huntington describe en su popular texto *The clash of civilizations and the remaking of world order* [Choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden global] (2011), que uno de los aspectos fundamentales que caracterizan a la civilización occidental, es el imperio de la ley [*the rule of law*, que también puede traducirse como Estado derecho], que es precisamente parte integral del liberalismo: *Durante la etapa*

del absolutismo en los siglos XVI y XVII, el imperio de la ley se veía más en su inobservancia que en su aplicación, pero la idea de la subordinación del poder humano a algún límite externo persistió: 'Non sub homine sed sub Deo et lege'²⁶. La tradición del imperio de la ley sentó las bases para el constitucionalismo y la protección de los derechos humanos (...), y de protección en contra del ejercicio arbitrario del poder (traducción propia).

En consecuencia, siguiendo el principio del imperio de la ley (o de Estado de derecho), las sociedades ya no estarían supeditadas a los caprichos de los reyes o gobiernos de turno, y en cambio se someterían a decisiones democráticas, materializadas preponderantemente en las leyes emitidas por el órgano legislativo que representaba la voluntad general (o por lo menos a una cierta mayoría de la población), en donde la deliberación, el análisis y la razón jugaban un papel central en su promulgación. En palabras de Norberto Bobbio: “(...) el estado de derecho refleja la vieja doctrina, que se remonta a los clásicos y que fue transmitida por las doctrinas políticas medievales, de la superioridad del gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres...” (1989, p. 18).

Así mismo, el proceso de creación y consolidación del Estado de derecho implicó el reconocimiento de derechos que estarían garantizados por el Estado, generando así certidumbre y seguridad entre la población que ante un cambio de gobierno les serían respetadas unas condiciones mínimas inherentes a su calidad de personas (pp. 18-19). En consecuencia, las leyes no solo tienen relevancia por la forma en que fueron expedidas, sino que además debían garantizar unos derechos mínimos que la sociedad misma había estipulado. Con todo lo anterior se lograba entonces otro de los principales objetivos de la Modernidad: racionalizar toda actividad humana, y con estos parámetros se pensaba llegar a esa anhelada racionalización del ejercicio del poder. Así, para Occidente la ley representaba la máxima expresión de la voluntad popular y el principal mecanismo de protección del individuo frente a la arbitrariedad; por ello, su correcto cumplimiento se convirtió en una necesidad esencial de la actividad estatal, y de esta manera, el gobernante no gozaba ya de la

²⁶ Esta expresión, proveniente del latín y significa “No bajo [subordinado al] el hombre, sino bajo Dios y la ley” que hace alusión a aquella decisión tomada en Inglaterra, de que los asuntos judiciales debían decidirse por las cortes y no por la persona del Rey (Harvard University, s.f.).

libertad que tuvieron los monarcas absolutos o los emperadores de otras épocas, sino que debía garantizar la *legalidad* de su actuar, es decir, apegarse al cumplimiento de lo señalado en la ley.

Sin embargo, durante los siglos XIX y XX, ese contenido liberal y democrático fue poco a poco cediendo ante la visión estrictamente positivista, según la cual, al estudio jurídico del derecho no le interesaba el contenido específico de las normas, sino su existencia y aplicación (d'Entrèves, 1963), y es en este punto donde es menester regresar a los postulados de Max Weber y de Hans Kelsen sobre la legitimidad, porque estos marcan el inicio de una perspectiva que estudia la legitimidad al margen de los contenidos liberales en la comprensión de tal concepto y, en cambio, dan mayor peso a los procedimientos y la racionalización del derecho.

Como hemos visto, la legitimidad y legalidad comparten un mismo núcleo, y ello lo supo plasmar Max Weber en su publicación póstuma *Economía y Sociedad [Wirtschaft und Gesellschaft]* (2002) [1922], tal y como se citó al inicio de este texto. Partiendo desde una perspectiva *sociológica* (p. 1), Max Weber hace una importante distinción entre *poder* y *dominación* que nos servirá para estudiar la legitimidad, donde aquel es "... la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad...", mientras que esta es "... la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas..." (p. 23). Debe resaltarse que la diferencia entre ambos conceptos radica en la idea de *obediencia*, pues esta no proviene *per se* de la imposición, incluso violenta, de la voluntad del soberano, sino que comporta un elemento cognitivo de voluntad o interés en obedecer de quien recibe un mandato (p. 170). Es por esto que para hablar de legitimidad, Max Weber consideró que era necesario a su vez pensar en las razones de la obediencia voluntaria que permitan concluir si un Estado, gobierno o autoridad es o no legítimo. Así las cosas, Weber añade un aspecto relevante a la discusión sobre legitimidad, en donde esta es el puente que permitiría explicar la obediencia al Estado. De este modo, la *dominación* legítima es aquella en la que hay razones específicas por las cuales los miembros de la comunidad efectivamente obedecen.

Y es en este punto que Weber nos ofrece las tres formas puras de dominación legítima: la tradicional “... que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad...”, la carismática “... que descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas...” y la legal-racional “... que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad...”; que constituyen las principales motivaciones que tienen las personas para obedecer, más allá de la fuerza (p. 172)²⁷.

Estas tres categorías han constituido el principal paradigma de comprensión de la legitimidad, y en ellas podemos observar de forma muy clara y concisa por qué las personas obedecen al Estado, pues según la cultura o el momento histórico en el que se encuentren, aceptarán a un gobierno, a unas instituciones, o a unas personas específicas, ora porque creen que actúan de forma legal; ora porque están conforme a una tradición; ora porque su líder cuenta con gran carisma o cualidades extraordinarias para dirigir al pueblo. De las tres formas de legitimidad, según el mismo Weber, “La forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la *legalidad*: la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y *formalmente* correctos” (p. 30). Esta situación que además de deseable, pareciera describir a los Estados occidentales, en donde gracias al racionalismo y al liberalismo se ha puesto a la legalidad como uno de los pilares esenciales de cualquier Estado de Derecho. Con lo anterior, podemos ahora resaltar dos categorías importantes de la legitimidad en el pensamiento de Max Weber: (i) la legitimidad está asociada a la obediencia voluntaria de las personas y (ii) que, a su vez, esta obediencia tiene origen en la creencia que despiertan las tres formas de dominación legítima antes descritas.

²⁷ Es de anotar que Weber reconoce la dificultad práctica de encontrar estos tipos de legitimidad en su forma más pura, sin embargo, para él, ello no excluye la posibilidad de formularlos teóricamente por la importancia práctica y analítica que estos acarrearían para el estudio del Estado (p. 173), pues al identificar esos puntos centrales, será posible hacer una interpretación de las circunstancias. A este proceso, Weber lo denomina “tipos ideales” (p.17). De otro lado, se pide la comprensión del lector sobre la necesidad de citas textuales tan extensas, sin embargo, debido a que Weber hace un muy buen trabajo de definir estos conceptos de manera tan clara, hace pertinente su uso textual.

Pese a lo coherente de este planteamiento, hay una palabra que no puede dejarse escapar, y es que para Weber, las tres formas de legitimidad se fundan en generar una “creencia”, donde la atención se centra no tanto en la constatación del verdadero origen legal, tradicional o carismático del gobierno, sino que basta con se genere la creencia, pues “... todas [las formas de legitimidad] procuran despertar y fomentar la creencia en su ‘legitimidad’” (*Economía y sociedad*, p.170) (subrayas agregadas); en otras palabras, al margen de la forma de legitimidad y de su sustento real, para que se logre la esperada obediencia, esta debe generar de manera exitosa la “creencia” de que quien emite un mandato lo hace legítimamente (Martínez-Ferro, 2010)²⁸.

Nótese que en párrafos atrás se indicó que Weber llevó a cabo un análisis *sociológico*, y esto es de particular importancia, pues dicho autor define a la sociología como aquella *ciencia* que estudia la acción social, que a su vez se refiere a aquellas conductas humanas que se exteriorizan frente a terceros (es decir, que tienen impacto más allá del sujeto mismo) y que se originan en un sentido subjetivo que le atribuye el individuo (p. 5, 18-19). De este modo existe una conexión entre la motivación interna del sujeto y la manifestación fáctica de sus actos u omisiones, que esta ciencia busca explicar. Dicho de otro modo, el actuar social de los individuos está fundado en aspectos psicológicos; sin embargo, siendo fiel a sus intereses científicos, Weber es consciente que no se puede conocer lo que pasa por la mente de los individuos, pero lo que sí es posible, es analizar las conductas externas, que como ya se dijo, tienen su génesis en las consideraciones internas (p. 6-8). En tal sentido, si la legitimidad es una creencia, se podrá auscultar fácticamente el sentido subjetivo de esa creencia al observar la forma en que esta se exterioriza a través de la obediencia. Así, la efectiva obediencia a un determinado orden puede ser interpretado como legitimidad, o en otras palabras, la obediencia es muestra de creencia o aceptación, y esto a su vez, de legitimidad.

²⁸ Al respecto, explica Martínez-Ferro que: “Por ‘orden legítimo’ se entiende un orden válido, esto es, un orden orientado por máximas de acción que se consideran obligatorias o modelos de conducta. La legitimidad significa, realmente, la creencia en la legitimidad. Una relación social que se oriente por la creencia de que existe un orden legítimo, tiene el efecto práctico -nada despreciable- de asegurar con mayor efectividad empírica el acatamiento de dicho orden” (Subrayas agregadas).

Esta situación, llevada a sus últimas consecuencias, podría bien implicar que la legitimidad se convierta en la identificación con la mera obediencia, pues una vez obtenida, sería factible considerar como “legítimo” cualquier gobierno al margen de si para efectos prácticos es o no legal, se basa o no en la tradición, tiene o no las propiedades excepcionales que dice tener (Grafstein, 1981). De modo particular, en el caso de la legalidad, se hace difícil explicar los motivos para la obediencia voluntaria pues esta se da usualmente en contextos de heterogeneidad social, y según Weber (p. 30), las decisiones son tomadas por mayorías que obligan a todos (o más interesante, aún, las decisiones puede ser tomadas por minorías poderosas que someten a la mayoría), aún a quienes están o votaron en su contra, y ante la resistencia se les sancionaría por no seguir dicho orden, lo que lleva entonces a plantearse que *el “cumplimiento voluntario”, que por lo general se asocia a la legitimidad, es difícil de establecer en una situación definida por la existencia de un aparato para coaccionar a quienes no cumplen* (traducción propia) (Grafstein, 1981, p. 469).

Con esto, puede hacerse un cuestionamiento similar al realizado por San Agustín, pues con la mera legalidad y su obediencia, no necesariamente existirían razones para considerar a cualquier institución como algo diferente a un latrocinio (o banda de ladrones) si dicha obediencia es impuesta por la fuerza; por este motivo parecería necesario buscar un contenido específico al cual acudir para hablar de legitimidad, más allá de la mera obediencia o aceptación, en especial si esta es impuesta de forma coactiva. Con ello, tenemos entonces que es posible formular preguntas importantes a esta forma de entender a la legitimidad, sobre todo si se tiene en cuenta que Weber acudía a una visión “formalista”, según la cual, bastaba con que una norma fuese expedida cumpliendo con el procedimiento usual y formalmente correcto por parte del órgano competente, para que se pueda predicar su legalidad, al margen del contenido de la norma. Ahora bien, es de aclarar que esta crítica, que a nuestros ojos parecería apenas obvia, no lo era para la época de Weber, en donde el

positivismo jurídico²⁹ de tipo “formalista”³⁰ era el más común. Sin embargo, esta situación ha cambiado con el paso de los años, en especial después de la Segunda Guerra Mundial, existiendo ahora diversas corrientes o formas del positivismo jurídico, en donde no todas van a abogar por esta manera de entender la legalidad. En todo caso, con lo planteado hasta ahora, pareciera que la legitimidad debería estar atada a otros aspectos más allá de lo estrictamente fáctico (obediencia) o jurídico (legalidad), motivo por el cual explicaciones alternativas como la de Heller (que veremos más adelante) tratan de saldar ese vacío dejado por la legalidad en términos formales. Sin embargo, aún en el escenario de una legalidad material, es decir, en la que no solo se deban cumplir con los procedimientos formalmente establecidos sino también con contenidos específicos, usualmente formulados en las constituciones, la esencia de la crítica se mantendría, toda vez que si legalidad y legitimidad tienen el mismo significado, aquello que esté conforme a la constitución, por ese mero hecho, será considerado como legal y a su vez legítimo.

Para finalizar esta descripción de las ideas de Max Weber, se podría indicar a modo de resumen que: (i) La legitimidad se puede identificar en la obediencia exteriorizada de las personas. (ii) La legitimidad entendida como legalidad tiene origen en un aspecto racional, a saber, el procedimiento usual y formalmente establecido. (iii) En este tipo de legitimidad es posible encontrar un componente democrático, principalmente a partir de mayorías. (iv) Al revisar la descripción realizada por Weber, pese a que existen importantes críticas a esta perspectiva, se puede afirmar que la unión entre la legalidad y la legitimidad tiene asidero no solo en aspectos históricos o del lenguaje cotidiano, sino que además, uno de los más influyentes pensadores del siglo XX formuló ideas que ayudaron a consolidar esa forma de

²⁹ En estricto sentido, es difícil considerar a Weber como un positivista, pues en términos generales tenía una metodología, que si bien adoptaba ciertos aspectos del positivismo como la separación entre el ser y el deber ser, Weber también se interesaba por las consideraciones subjetivas que llevaban a los individuos a actuar, de allí que utilice el método del “entendimiento” (*Verstehen*), siendo este el proceso de análisis e interpretación de las circunstancias origen a tales consideraciones, así como la exteriorización de las mismas (Gerth & Wright Willis, 1946). En todo caso, en lo que atañe al tema de la legalidad, él pone de presente la visión del positivismo jurídico, como lo es la aceptación de la legalidad como fuente de legitimidad, mas con ello no quiere decir que él defendiera esta posición.

³⁰ Entendido este como aquel donde el ordenamiento jurídico se estructuraba a partir de la idea de que las normas debían expedirse de conformidad con unas reglas establecidas, al margen del contenido que estas tuviesen (Bobbio, 2007, p. 21).

pensar sobre la legitimidad. Así mismo, al margen de las críticas que pudieren esgrimirse a la legitimidad según la visión de Max Weber, es importante observar que sus ideas han sido ampliamente difundidas (Merquior, 2010), pues describen en buena medida la principal forma de entender los conceptos de legitimidad y legalidad y además recogen el legado de varios siglos de unión entre ambos conceptos.

Es evidente que a lo largo de esta sección no se ha hecho mención a Carl Schmitt, y la razón es que para los fines de este trabajo se pretende describir cómo se consolidó la conexión entre legitimidad y legalidad con anterioridad a los principales textos de Schmitt, mas ello no quiere entre este y Weber no hubiese conexión. Antes por el contrario, existió una relación relativamente cercana³¹ (Gil Villegas, 1989), pues no solo tuvieron contacto constante y directo en materia académica al intercambiar textos e ideas, y al darse la asistencia de Schmitt a varias conferencias dirigidas por Weber, sirviéndole así de referente (Ulman, 1985), sino que además ambos tenían en común el interés por observar las relaciones entre la política y las estructuras sociales con los conceptos religiosos, como bien puede concluirse de sus textos, en particular en *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* [1904-1905] de Weber, así como por el concepto de legitimidad, en donde Schmitt toma como base los tres tipos formulados por Weber, como se logra evidenciar en el texto *Legalidad y Legitimidad*. Es por todo esto, que hacer mención de Max Weber es indispensable para comprender el alcance de la discusión sobre el concepto de legitimidad, al igual que sirve de punto de partida para entender y contrastar los planteamientos de Schmitt³².

Habiendo dicho lo anterior, es entonces pertinente recurrir a Hans Kelsen, cuyas ideas ya se han citado, pero que amerita ahora revisarlas en mayor detalle para así concluir la revisión a los principales o, por lo menos, más conocidos autores que fijaron de manera muy

³¹ En parte por compartir algunos rasgos realistas, así como por participar en cierto grado, en la discusión sobre el decisionismo ver Gil Villegas (1989).

³² Sobre la teoría de Max Weber sobre la legitimidad y su relación con la legalidad se recomienda la lectura del texto *Legitimación y racionalización* de Enrique Serrano (1994), quien no solo hace un detallado estudio sobre el concepto de legitimidad a partir de las ideas de Max Weber, poniéndole en relación con las ideas de otros autores como Carl Schmitt, sino que además lo contrasta con la visión de Jürgen Habermas, cuyos planteamientos serán abordados al finalizar el presente texto.

directa en los estudios de la política y el derecho, esa concepción contemporánea de que la legalidad y la legitimidad se unen de manera necesaria.

En términos generales, la *Teoría pura del derecho* (1982) [*Reine Rechtslehre*, 1960] es una de las más importantes y reconocidas obras de Kelsen. Esta marcó el pensamiento iuspositivista del siglo XX y todavía constituye una fuente esencial para los estudios jurídico-políticos de nuestros días. Pese a llevarse gran parte de la atención, Kelsen también escribió otros textos igualmente importantes, como *Teoría general del Estado* [*Allgemeine Staatslehre*, 1925], *¿Quién debe ser el guardián de la constitución?* [*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, 1931], *General Theory of Law and State* [Teoría General del Derecho y del Estado] [1945], y otros menos conocidos como *Religión Secular* [2012]³³, etc., los cuales dan cuenta del proceso académico y teórico por el que pasó este autor, haciendo ajustes y cambios a sus planteamientos en la medida que nuevos eventos o críticas surgían (Córdova Vianello, 2010). En todo caso, el elemento transversal a todos estos textos es el estudio científico del derecho, cuyas características están principalmente descritas en *Teoría pura del derecho*, de allí su popularidad y relevancia. Este texto tuvo una primera edición en 1934 y una segunda edición en 1960, que, según lo establece el prólogo, constituye “(...) una reelaboración completa de los temas tratados en la primera, y una significativa ampliación en su campo de estudio” (p. 13) (Kelsen, 1982) (por lo que aquí se hará referencia a la segunda edición). Los objetivos de Kelsen en este libro eran la determinación del objeto de estudio de la ciencia jurídica, para lo cual se excluirían del análisis aspectos ajenos al derecho haciendo entonces una teoría “pura”, y responder a la pregunta sobre qué es el derecho (p. 17).

Este interés de Kelsen de construir una teoría del derecho con un objeto de estudio estrictamente jurídico, ajeno a aspectos valorativos (morales), políticos (Kelsen, 1991, p. 31;

³³ Este texto fue finalizado en 1964, sin embargo, Kelsen decidió no publicarlo por lo que tuvo que reembolsar una alta suma a la editorial. Después de su muerte, el Hans Kelsen-Institut se enfrentó a la decisión de si se publicaba el texto, pese a la clara intención del autor, y tanto en 1976 como 1989 optó por no hacerlo. Fue solo en 2008 que se tomó la decisión de publicarlo, lo cual se llevó a cabo en 2012 siendo su versión original en inglés (este texto no fue escrito en alemán) (Leone, 2012), y se publicó la versión en español en 2015, que es la que se citó en el capítulo anterior.

1982, p. 17) e incluso históricos, lo lleva a una posición diferente a la de Schmitt, pues a diferencia de este, que escribe observando de manera directa los sucesos o eventos por los que pasaba y hacía juicios de valor según su perspectiva, Kelsen pretende dar *pureza* a su teoría de un modo tal, que pudiese ser estudiada al margen del contexto histórico, los intereses políticos o las intenciones morales. Sin embargo, ello no quiere decir que él fuera ajeno a las discusiones de la época, pues de hecho participó en estas de forma activa, por ejemplo, en lo que atañe a la República de Weimar, hizo parte del debate en torno a su funcionamiento (Dyzenhaus, 1997) (Heller, Kelsen, & Schmitt, 2015) y en torno a la pregunta sobre quién debía entenderse como el garante del texto constitucional (Kelsen, 1931) en el que se enfrentó directamente a Carl Schmitt. En cualquier caso, y aún en estos textos que se refieren a situaciones o discusiones concretas, en Kelsen siempre estuvo presente el interés de mantener la división del derecho de otras áreas del conocimiento, buscando apelar a aspectos jurídicos y esto es particularmente evidente en lo que atañe a la legitimidad y la legalidad.

Al analizar el Estado, Kelsen parte del supuesto contrario al de Schmitt (quien recordemos diferenciaba al Estado del orden jurídico, por lo que en caso de emergencia, aquel primaba por encima de este), pues el Estado y el orden jurídico son lo mismo, como así lo planteó en *Teoría general del Estado* (1982) [1925]:

(...) el Estado es, por naturaleza, un sistema de normas o la expresión para designar la unidad de tal sistema; y sabido esto, se ha llegado ya al conocimiento de que el Estado, como orden, no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad. (p. 21)

Razón por la cual, una teoría general del Estado es, en esencia, una teoría general del derecho (p. 59-61). Esto lo reafirma en *¿Qué es la teoría pura del derecho?* (1991) [1953] al indicar que: "(...) la teoría pura del derecho muestra que el Estado, en tanto ordenación de la conducta humana, solo puede ser un orden coactivo y por consiguiente un orden jurídico" (1991, p. 36). En este sentido, estudiar al Estado y al derecho es un mismo ejercicio académico y, según Kelsen, tratar de separar a ambos conceptos, es decir, verlos a partir de la dualidad (tal y como lo haría Schmitt), tiene fines estrictamente políticos y no jurídicos, a saber, liberar al gobierno de los límites del orden normativo, para así permitirle actuaciones

que, en estricto sentido, no podrían considerarse como aplicación del derecho vigente (pp. 37-38). Ahora, un aspecto esencial del Estado es que las normas que lo constituyen, por lo menos en términos generales, sean efectivamente puestas en vigor y sean obedecidas, y para ello el Estado cuenta con el aparato coactivo para poder garantizar dicho cumplimiento. En otras palabras, hay Estado y derecho, en la medida que se cuente con las capacidades para obligar, incluso por la fuerza, y de sancionar, también por la fuerza, ante el incumplimiento del orden jurídico, cualidad que diferencia al derecho de otros órdenes sociales (Kelsen, Teoría pura del Derecho, 1982, pp. 47-50). Sin embargo, esa obediencia no solo descansa en el aparato coactivo, sino en la legalidad de quien está autorizado por una norma dentro de ese orden normativo; de esta manera, si bien en esencia, tanto la pena capital como el asesinato perpetrado por un grupo rebelde tiene un mismo resultado, es decir, la muerte de alguien, la primera es legal, en tanto se lleva a cabo de forma coactiva gracias a una norma superior que lo autoriza, mientras que el segundo, al carecer de tal sustento normativo, es un delito (p. 17). Lo mismo ocurre en el caso de la exigencia de dinero. Esta orden podrá ser seguida por una persona, tanto si proviene de un “gánster” como si proviene de un funcionario estatal (cuando cobra los impuestos), mas solo en el caso de este último, que actúa en virtud de una norma vigente, existe para el individuo el deber jurídico de cumplirla, en la medida que la exigencia se da conformidad con una norma superior que lo autoriza, cosa que no ocurre con el gánster, que bien puede obligar, pero no contará con el respaldo de un orden normativo (p. 22).

Hay entonces una conexión entre Estado, orden normativo, orden coactivo, obligación o deber legal, y cumplimiento, que caracterizan el orden jurídico-estatal y que a su vez repercute en el concepto de legalidad, el cual Kelsen describe al analizar la idea de igualdad ante la ley, pues esta se garantiza con:

... el principio inmanente a todo derecho, de la legalidad de la aplicación del derecho en general, y el principio inmanente de todas las leyes, de la legalidad en la aplicación de la ley, según el cual, las normas deben aplicarse conforme a normas... (pp. 153-154)

En la sección final de la cita podemos identificar que la legalidad consiste en que cada norma tiene otra que le precede, otorgándole la autorización necesaria para su aplicación. En

otras palabras, las normas (y en general, las actuaciones estatales) serán consideradas legales, si están ajustadas a las condiciones establecidas en la norma de mayor jerarquía. Este principio de legalidad viene entonces a constituir el pilar fundamental de todo orden normativo, pues a partir de él será posible hablar de su coherencia y plenitud, al igual que dará el sustento a cualquier actividad estatal y lo diferenciará de otras formas organizacionales o sociales. Un planteamiento similar es el que Kelsen da al concepto de legitimidad: “(...) El principio según el cual una norma sólo debe ser establecida por el órgano correspondiente, es decir, por el órgano facultado al efecto por una norma superior, es el principio de legitimidad” (p. 282). Así, se puede identificar que la legitimidad y legalidad tienen un mismo núcleo, que permite entonces evaluar si una norma o una actividad estatal es legítima y legal, a saber, la correspondencia con una norma superior; por lo que para efectos teóricos y jurídicos, ambos conceptos terminan por unirse.

En la medida en que la legitimidad y la legalidad tienen la misma función al interior del sistema jurídico, Kelsen rechaza la posibilidad de que la legitimidad esté basada en valores (p. 121, 209), pues la “(...) legitimación [del derecho positivo] a través de un orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante, dado que la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobado su objeto, sino conocerlo y describirlo.” (p. 81). En consecuencia, la legitimidad de un orden jurídico solo puede encontrarse en el mismo orden jurídico, lo cual se logra con la identificación entre legalidad y legitimidad, como ya se indicó.

Esta situación bien nos lleva a la misma pregunta de Agustín de Hipona, pues, al fin y al cabo, si la característica del derecho es su coacción, que está fundada en la norma establecida, imprimiéndole también la calidad de legítimo ¿en qué se diferencia el Estado de un latrocinio (banda de ladrones)? Kelsen respondió de manera muy directa a San Agustín, pues a ello dedicó la sección titulada *El derecho como orden coactivo. Comunidad jurídica y “banda de ladrones”* (p. 57) en la que concluye que la comunidad jurídica, organizada bajo una estructura normativa que atribuye a determinados individuos e instituciones, la responsabilidad de cumplir y hacer cumplir las normas, por lo que si bien tienen en común con la banda de ladrones la capacidad de infligir un “mal” (sanción), los primeros lo hacen como parte de una comunidad y orden jurídico que se origina a una norma fundante básica

presupuesta (*Grundnorm*)³⁴ (p. 119, 202, 223), que efectivamente les ha otorgado esa facultad, diferente a la banda de ladrones, quienes pueden hacer el mal, pero lo hacen sin contar con una comunidad o un orden normativo que los autorice. En resumidas cuentas, así como se indicó con los ejemplos de la pena capital o de la exigencia de dinero, aquello que diferencia al malhechor del funcionario estatal, es la legalidad con la que este último actúa, en la medida que cumpla y haga cumplir con lo prescrito por el orden normativo vigente (pp. 57-63). En todo caso, para Kelsen resulta claro que una teoría del derecho no puede apelar a la justicia, como lo hizo Agustín de Hipona, para determinar aquello qué es legal o qué es derecho y qué no, pues sería tanto como negar el carácter derecho a cualquier orden normativo (como el del Imperio Romano) que no siga el modelo particular de justicia que Agustín de Hipona postulaba, es decir, el modelo cristiano de justicia (pp. 61-62).

Con lo anterior, es dable afirmar que con Kelsen, como principal exponente del positivismo jurídico, se da un sustento teórico y jurídico a la idea de que la legitimidad y la legalidad se unen en una sólida amalgama en la que ambos conceptos podrían incluso tratarse como sinónimos. Este proceso puede evidenciarse en lo que advirtió Alexander P. d'Entrèves (1902 – 1985) al señalar que según Santi Romano (1875-1947), importante jurista italiano, “(...)‘un orden legal ilegítimo es una contradicción de los términos: su existencia [la del orden legal] y su legitimidad son la misma cosa’ (...)” (1963, p. 697) y luego añade que: “El ‘principio de legitimidad’ significa para Kelsen que la ‘validez (de un sistema de normas específico) se encuentra determinado solo por el orden al que pertenezca’...” (pp. 697-698). Así las cosas, puede indicarse que esta visión de la legitimidad y la legalidad ha sido ampliamente difundida en Occidente, y pese a que han existido críticas³⁵, es innegable que constituye una de las principales formas de entender la legitimidad, particularmente, por su

³⁴ No se trata de una norma real o identificable, sino que se trata de una norma presupuesta, que corresponde la decisión de implantar un orden, y ella es la base del orden jurídico (Martínez-Ferro, 2013, p. 66) (Córdova Vianello, 2010).

³⁵ Por ejemplo, Lars Vinx (2006) hace un detallado análisis a la teoría de Hans Kelsen sobre la legitimidad, y concluye que este autor llegó a una “la utopía de la legalidad”, pues no es posible sustentar la legitimidad del actuar estatal exclusivamente bajo argumentos de legalidad, pese a que el interés que hay detrás de ello pueda ser teórica o jurídicamente deseable para una perspectiva iuspositivista.

interés de dar científicidad al derecho, objetivo que ha sido de profundo interés para muchos juristas.

Así como Max Weber fue relevante para el desarrollo de Carl Schmitt, Hans Kelsen fue tan o más importante, pero por motivos distintos, pues estos dos autores entraron en un fuerte debate académico que abarcó diversas temáticas, despertando así mucha atención, en especial la discusión sobre quién debía encargarse de garantizar el cumplimiento de la constitución (Vita, 2017). Sin querer hacer un extensivo y profundo estudio sobre las diferencias entre Carl Schmitt y Hans Kelsen³⁶, a continuación se enuncian aquellos aspectos de notable contraste en lo que atañe al Estado, el derecho, la legalidad y la legitimidad:

- (i) Carl Schmitt consideraba que el Estado era superior al derecho, por lo que este último se podía suspender en medio de la crisis, contrario a Kelsen, que veía al Estado y al derecho como un mismo constructo.
- (ii) Carl Schmitt apeló al decisionismo como aspecto fundamental en el establecimiento y desarrollo del orden social y jurídico, en cambio, Kelsen, apelaba a la estricta legalidad como principal sustento del orden normativo, eliminando así cualquier espacio para la decisión sin un fundamento legal.
- (iii) Según Schmitt, es posible apelar a aspectos religiosos y políticos para comprender el fenómeno jurídico, de allí que sus ideas abarquen conceptos como la teología política o la dictadura, todo lo cual resultaba para Kelsen como algo ajeno a cualquier análisis jurídico que pretendiera ser neutral.
- (iv) De modo particular, la teología política, según Schmitt, juega un papel de suma importancia en la comprensión del surgimiento de los fenómenos sociales y en particular de la teoría del Estado, lo cual es rechazado por Hans Kelsen, quien en *Religión Secular* (2015) buscó desvirtuar tal discurso, así como la idea de que la ciencia constituía una especie de “religión secular” (p. 41)³⁷.

³⁶ Para un recorrido sobre las diferencias entre estos autores, ver el texto de Curcó Cobos *La polémica Kelsen-Schmitt: un debate jurídico en torno a la Modernidad* (2013).

³⁷ Si bien Hans Kelsen escribió principalmente en un contexto jurídico, es notable la gran cantidad de referencias que en este autor hacía a figuras religiosas del cristianismo (Baume, 2009), no necesariamente para

- (v) En Hans Kelsen, la legitimidad y la legalidad terminan por unirse, pues el orden normativo solo puede legitimarse a partir de la legalidad, mientras que en Carl Schmitt, dicha equiparación lleva la arbitrariedad y a la tiranía de las mayorías (Schmitt, 2004).

Con los puntos que se acaban de mencionar, es claro que las posiciones de estos autores eran bastante disímiles, pues representan dos tradiciones de pensamiento radicalmente diferentes y apuntan a objetivos en igual medida distintos. Históricamente hablando, podría afirmarse que en términos muy amplios y pese a las críticas, la visión kelseniana fue ampliamente aceptada e incorporada en los estudios jurídicos y políticos, mientras que la de Schmitt, en parte por su pasado y en parte por sus planteamientos muchas veces radicales (Schmitt, *El Führer defiende el derecho*, 2001) [1934], ha sido vista con cierto recelo o por lo menos con prevención, lo cual debe tenerse muy presente (esto será de particular relevancia en el siguiente capítulo), pero hay aspectos que no pueden descartarse de entrada y entre ellas se encuentra su crítica a la unión entre legalidad y legitimidad en los términos planteados por Kelsen. Ya vimos que en *Teología política* Schmitt había cuestionado la legitimidad entendida como legalidad, pues ello autorizaba a que quien tuviera el poder en sus manos, podía establecer un orden normativo y con ello reclamar para sí la categoría de legítimo (p. 125), empero, este cuestionamiento es realizado con mayor profundidad en su texto *Legalidad y legitimidad* (2004) [1932].

Dicho texto fue escrito y publicado en medio de los críticos momentos posteriores a la Gran Depresión de 1929 que generó un desempleo masivo, parálisis económica, hambruna, y, con ello, la radicalización teórica, política y cultural de la población en gran parte de Europa y particularmente en Alemania (Schnurr, 2014a) (contexto que daría paso a la llegada el poder de los movimientos fascistas y las dictaduras totalitarias en Europa)³⁸; esta situación

defenderlas o tomarlas como base, pero sí como ejemplos de doctrinas que pretendía cuestionar. Por ejemplo, en *Teoría pura del derecho* (1982) menciona a Pablo de Tarso (p. 80), en *Teoría general del Estado* (1973) dedica el apartado “Estado y dios” a analizar la relación entre la teoría del Estado y la teología (pp. 100-105) y en el compendio *Ensayos sobre jurisprudencia y teología* (2003) Kelsen aborda diversos temas, incluido un análisis sobre la forma en que se entiende el alma y su relación con el derecho (pp. 83-108).

³⁸ De manera complementaria a las circunstancias que aquí se han narrado y que dieron lugar a las dictaduras totalitarias en Europa, como en Alemania e Italia, el texto *The anatomy of fascism* de Robert O. Paxton (2004) hace un detallado recuento de las condiciones históricas (que datan desde el siglo XIX), raciales

devino en un profundo cuestionamiento a los partidos políticos y a las instituciones estatales, en particular, al parlamentarismo (como forma de representación democrática) y al liberalismo. Fue así como Schmitt tomó esta nueva oportunidad para cuestionar las condiciones democráticas y el orden normativo vigente que, según él, se caracterizaba por dar una exagerada preponderancia al órgano legislativo (parlamento), de allí que lo denominara Estado legislativo (*Gesetzgebungsstaat*)³⁹ motivo por el cual era apenas lógico que la legalidad se convirtiera en la principal forma de legitimidad⁴⁰; empero, Schmitt no consideraba que el parlamento tuviese las condiciones necesarias para hacer una adecuada *representación* (recuérdese el concepto de representación explicado en el capítulo anterior) de la unidad nacional, porque en vez de apelar a los intereses de toda la comunidad (en el marco del Estado nacional), en el parlamento estaban representados diversos grupos de *interés* político, que en su afán de conseguir más poder y beneficiar a sus seguidores, terminaban por votar o tomar decisiones que favorecían a sus intereses particulares, es decir, legislaban en causa propia; situación que es particularmente preocupante cuando existe una mayoría absoluta de un grupo o grupos afines en el parlamento, que pese a no necesariamente corresponder con el interés o representar a la mayoría de ciudadanos, al hacerse con el poder tendrían la facultad para imprimir la categoría de “legal” a todas las leyes o normas que emitieran, al igual que a todas las actuaciones que realizara el gobierno que estas conformaran, mientras que de la misma manera harían ilegal a todo movimiento, partido o

(en particular el antisemitismo), económicas (como la Gran Depresión de 1929), políticas (nacionalismo), ideológicas (socialismo, antiliberalismo y rechazo al parlamentarismo), entre otras.

³⁹ Con esta expresión, Schmitt se refiere a la forma específica que adoptó el Estado de derecho (*Rechtsstaat*) desde mediados del siglo XIX hasta el siglo XX, en el cual ya no interesaba tanto la implementación de los derechos individuales, sino que interesaban las formalidades en la expedición de las normas, en especial de la ley, al margen de que existiera un contenido específico. De esta manera, Schmitt diferenció entre el Estado de derecho material, es decir, con contenido liberal (*Rechtsstaat*), y el Estado de derecho formal o Estado legislativo (*Gesetzgebungsstaat*) (Schindler, 1996). Desde la perspectiva opuesta, Hans Kelsen planteaba algo similar, al diferenciar entre el Estado de derecho en sentido amplio (aquel en el que se evidencie un orden jurídico, sea cual fuere el contenido de dicho orden) y el Estado de derecho en sentido estricto, en donde se plantean las garantías individuales como límites al poder (Kelsen, 1991, p. 36). De este modo, Schmitt y Kelsen están partiendo de supuestos relativamente similares.

⁴⁰ Recordemos que, a diferencia de Kelsen, quien pretende establecer una teoría general del derecho y del Estado que pueda aplicarse al margen del momento y el lugar de análisis, por lo cual es posible analizar sus postulados con relativa distancia del contexto en que fueron elaborados, Schmitt, en cambio, escribió observando de manera directa las situaciones concretas que se estaban viviendo, razón por la cual aquí nuevamente se hace alusión a ellas.

pensamiento que no estuviese de acuerdo. En esta medida, si la legalidad se asimila a la legitimidad, se le entregaban las llaves del sistema jurídico a un grupo de interés para declarar ilegales e ilegítimos a sus opositores: *Quien controla el 51% [del parlamento] puede legalmente declarar como ilegal al restante 49%. Él podría de una manera legal, cerrar tras de sí la puerta de la legalidad a través de la que entró, y tratar como un malvado criminal al contradictor político, quien quizás trataría de abrir por la fuerza dicha puerta* (traducción propia) (Schmitt, 2004)⁴¹. Es por lo anterior que a los ojos de Schmitt, la unión entre la legalidad y la legitimidad no es pertinente, antes por el contrario, la legalidad impide una verdadera legitimación del Estado en tanto que cualquier contenido puede ser considerado como legal (Schmitt, 2004), dicho de otro modo, la legalidad así entendida, se convierte en la negación de cualquier legitimidad sustancial, es decir, que entrega un sustento identificable y un contenido a dicha legitimidad.

La citada crítica a esta forma de legalidad (y por conexión, de legitimidad), que aquí denominaremos como “formal”⁴², en la que se otorga el apelativo de “legal” (y “legítimo”) a aquellas decisiones, actividades, leyes, normas, etc., que han sido expedidas o implementadas de conformidad con el procedimiento y órgano competente establecido en la norma de superior jerarquía, al margen del contenido específico que adopten tales decisiones, actividades, leyes, normas, etc. Ahora, no es del todo sencillo tomar lo planteado por Kelsen en párrafos anteriores sobre la legalidad y compararlo con el pensamiento de Schmitt, pues puede afirmarse que estos autores hablan de cosas radicalmente distintas, este, de un tipo de Estado específico (el Estado liberal, parlamentario), mientras que aquel, de la forma genérica de entender el Estado, al margen de su clase y contenidos; visto desde una perspectiva distinta, podría decirse que Schmitt habla desde la política, mientras que Kelsen desde la ciencia del derecho. Por lo que una corriente positivista (Kelsen, 1991), podría afirmar que

⁴¹ Estos valores son simplemente un ejemplo propuesto por Schmitt, pues él indica que incluso al incrementar el umbral o el porcentaje requerido a un 67% o más, el fundamento de la crítica persiste, pues esto sería solo un obstáculo cuantitativo, pero no cualitativo (es decir, exigencia de un contenido concreto), así que la crítica sobre la dominación de la “mayoría” persistiría.

⁴² Esta expresión no se utiliza en términos peyorativos ni críticos, sino que se hace con el objetivo de diferenciarla de la legalidad material que se explicará más adelante, esta aclaración es necesaria, pues Hans Kelsen cuestionó que a su teoría del derecho se le llamara formalista con el ánimo descalificativo, y en cambio consideraba que lo “formal” hacía referencia a su objetividad (Kelsen, 1991, pp. 43 - 47).

los cuestionamientos de Schmitt no tienen un interés estrictamente científico-jurídico, sino uno político, al trata de abogar por una u otra forma de gobierno o Estado. Por contra, una concepción como la de Schmitt atacaría al positivismo por eliminar el aspecto político del análisis jurídico y, además, por representar un interés propio del liberalismo: la neutralidad valorativa (Ver Capítulo I de este texto). Es por lo anterior que se ha llegado a afirmar que entre Carl Schmitt y Hans Kelsen no hubo un debate sino un “diálogo imposible”, es decir, pese a que discutían sobre los “mismos” conceptos, partían de perspectivas y metodologías tan radicalmente distintas, que en últimas no estaban hablando de lo mismo (Herrera, 1996).

Entonces, bien podría afirmarse que la legalidad y la legitimidad en estos autores corresponden a conceptos y objetivos diferentes y que, en consecuencia, no pueden contraponerse. Sin embargo, siendo conscientes de esta situación, es posible identificar un punto en el que Schmitt y Kelsen sí parecieran estar hablando de lo mismo: la carencia de un contenido específico y la neutralidad valorativa como elementos característicos de la legalidad y la legitimidad; el uno para criticarla, el otro para defenderla. Como ya se indicó, Kelsen consideraba que el estudio del derecho debía estar al margen de consideraciones extrajurídicas, como la moral o la política, por lo que la principal (o quizás la única) forma en la que se podía explicar la legitimidad sin acudir a aspectos por fuera del derecho, era la legalidad, que al no poder atarse a un contenido específico, quedaba entonces restringida a los procedimientos como principal manera de establecer qué es aquello que es legal y qué no. Este es precisamente el punto criticado por Schmitt, puesto que los simples procedimientos, carentes de un contenido específico, llevarían al sistema democrático a la perdición, pues autorizaría a grupos iliberales y antidemocráticos para llegar legalmente al poder y de ese modo eliminar la democracia y las libertades individuales (Schmitt, 2004)⁴³.

⁴³ Esta crítica resultaría casi una premonición, pues en las elecciones de julio y noviembre 1932 (mismo año de publicación de *Legalidad y Legitimidad*), el partido nacionalsocialista de Hitler fue el partido con más escaños en el *Reichstag* (parlamento alemán de la época), donde luego discusiones con el presidente Paul von Hindenburg, este lo nombra como Canciller de Alemania el 30 de enero de 1933, y en menos de un mes, después del incendio del edificio del parlamento del 27 de febrero, Hitler logra la expedición del *Decreto para la protección del pueblo y del Estado*, con el que para efectos prácticos se suspendieron las libertades individuales, y la constitución y comenzó el proceso de convertir la república en una dictadura (Müller, 2014). En todo caso, aquí no se pretende hacer un juicio de necesidad entre la perspectiva iuspositivista y las consecuencias del nazismo, como muy bien lo advirtió Norberto Bobbio (2007, p. 54).

Debe decirse que, pese a todas las críticas esgrimidas por Schmitt, no es sencillo encontrar una respuesta clara y coherente que este autor pueda ofrecer en sus diferentes textos, es decir, Schmitt no consolida o defiende una forma concreta de entender la legitimidad que sea transversal a todos sus textos. Ya vimos en el capítulo anterior, que en momentos de profunda crisis o de excepción, no era necesario preguntarse por la legitimidad, pues la existencia misma del Estado era motivo suficiente para justificar cualquier acción, norma o decisión que se tome para superar tal situación. No obstante, Schmitt insistía en la importancia de dar a la legitimidad un sustento diferente a la mera legalidad, por lo que en *Legalidad y legitimidad* y en *Teoría de la Constitución* (pp. 140-141) indica los dos tipos de legitimidad más comunes: la dinástica, propia de las monarquías y que descansa sobre la idea de superioridad (teocrática) del monarca (pp. 363-374), y la “democrático-plebiscitaria” que descansa sobre la participación activa y directa de la comunidad en las actividades estatales. Si se observa, estas pueden corresponder a dos de las formas de legitimidad descritas por Weber, a saber, la tradicional y la legal-racional (en tanto representa la decisión de las mayorías), mas así como Weber, Schmitt consideró que *sin embargo, la legitimidad plebiscitaria es la única forma de justificación estatal, que en la actualidad puede ser generalmente aceptada* (traducción propia) (2004). Esto llevaría a pensar entonces que Schmitt abogaría por una legitimidad democrática, consistente en la participación de la comunidad, empero, si se piensa en la explicación dada sobre la teología política, de que el Estado tiene una estructura proveniente de la teología y que incluso la Iglesia católica sería el referente como *representante* de la comunidad que agrupa, es posible asociar su posición con la visión tradicional de la legitimidad, es decir, aquella que considera legítimo a aquel que actúe conforme a la tradición que se sigue desde tiempos remotos. De igual manera, en el texto *El Führer defiende el derecho* (2001) [1934], Schmitt hace una defensa de las actuaciones de Adolf Hitler, al indicar que sus actitudes de líder (carismático) son necesarias para representar al pueblo alemán. Vemos pues que Schmitt toma como base los planteamientos de Max Weber sobre los tres principales modos de entender la legitimidad, para moverse en ellos y tratar de encontrar una fuente de legitimidad sustancial y no formal, sin embargo, Schmitt termina por dar una gran importancia a un elemento que si bien no lo denomina como fuente de la legitimidad, sí es transversal a los textos de Schmitt: la unidad

política. Esto se hace bastante evidente en su texto *El concepto de lo político* (2014) [1932], en el que manifiesta que el Estado es el *representante* de una unidad política que se diferencia de otras, que son lo otro, lo distinto, lo ajeno, es decir, el enemigo. En este sentido, esa unidad política, caracterizada por unos “principios, actitudes y costumbres” (Galindo Hervás, 2003, pp. 38-39), constituye aquello que sirve de fundamento a toda la estructura estatal, que se ve mejor representado en un líder carismático (Martínez-Ferro, 2013, pp. 90-91), que *verdaderamente representa* al pueblo y que le permite identificarse a sí mismo y diferenciarse de lo ajeno⁴⁴.

Es por lo anterior que Martínez-Ferro (2013) afirmaba que Schmitt apeló a una especie de legitimidad plebiscitaria, en donde el Estado *representa* auténticamente (*Repräsentation*) al pueblo como unidad y sin atender a los intereses particulares de un solo grupo. Sin embargo, si se tiene en cuenta que la teología política juega un papel muy relevante en Schmitt, en donde las figuras políticas y estatales corresponden o tienen origen en conceptos teocráticos, aquí consideramos que la legitimidad en Schmitt no puede solo atender a uno solo de los fundamentos de la legitimidad, en cambio, pareciera adoptar una especie de mixtura, tomando elementos de las variadas maneras de entenderla, creando así una suerte de legitimidad democrático-carismático-plebiscitaria y teológico-política, en tanto que se unen la *representación* auténtica y directa del espíritu del pueblo (similar a la representación que hace la Iglesia católica de Dios y la comunidad católica) con la necesidad de un líder fuerte y carismático que guíe a su pueblo por el camino adecuado, en un mundo lleno de enemigos, con los que una guerra a muerte es de esperar (situación análoga a la vivida en los conflictos de índole religiosa), y donde a través de decisiones rápidas y contundentes se pueda superar tal situación, así como cualquier excepción o crisis futura. En consecuencia, no resulta posible encasillar a Schmitt dentro de uno de los tipos ideales de legitimidad descritos por Max Weber. Con lo anterior, vale entonces resaltar que las críticas y planteamientos desarrollados por Carl Schmitt tienen una gran importancia, pues da cuenta de la

⁴⁴ Esta perspectiva de Schmitt se radicaliza entre 1933 y 1945, al identificar el pueblo con una raza en particular (Müller, 2014).

preocupación por establecer un criterio de legitimidad diferente al de una simple legalidad en un momento en el que la crisis se había convertido en la normalidad.

De esta manera, se ha llenado de contenido la formulación dada en páginas anteriores, sobre las dos principales vertientes de estudio de la legitimidad, (i) aquella en donde esta se asimila a la legalidad, representada en unos procedimientos formales y sin un contenido específico, de allí que se le llame legitimidad formal, (ii) y la otra, donde se busca apelar a algo superior para fundamentar la legitimidad en un contenido relativamente específico, por lo que se aquí se le denomina legitimidad material o sustancial. Como ya hemos visto, Hans Kelsen, y una parte del positivismo jurídico con aspiraciones a consolidar una ciencia del derecho, se puede catalogar dentro de la primera clase, mientras que los planteamientos de Carl Schmitt corresponden a la segunda clase. Empero, en esa segunda clase también es pertinente incluir a quienes tratan de dar sustento moral a la legitimidad, para así sacarla tanto del vaivén de los intereses plebiscitarios, que están llevados por las fuerzas de las circunstancias concretas, como de la carencia de contenido de la legitimidad legal. Entre estos se encuentra Hermann Heller, cuyas ideas serán tratadas a continuación, para de esta manera abarcar las principales corrientes sobre la legitimidad y la legalidad.

Para finalizar esta sección, es importante hacer una salvedad: en este capítulo se ha prestado particular atención a la legalidad formal, por haber sido la más comúnmente aceptada entre mediados del siglo XIX y mediados del siglo XX, y que fue la discutida por los autores ya abordados; sin embargo, luego de la Segunda Guerra Mundial se ha consolidado una perspectiva distinta del positivismo jurídico, en donde se acepta la (re)incorporación de los límites que desde el liberalismo se habían puesto al Estado, y ello será tratado en la sección final de este capítulo.

2. La propuesta intermedia de Hermann Heller

Hermann Heller fue un pensador contemporáneo a Schmitt y a Kelsen, que infortunadamente ha recibido menor atención que estos⁴⁵, no obstante su participación activa en los debates que se dieron sobre el derecho, el Estado, la soberanía y la constitución en la República de Weimar. Su principal obra, *Teoría del Estado* (2014), fue publicada póstumamente en 1934 y trata, entre otros muchos conceptos, cuestiones sobre la legitimidad, la legalidad, y la soberanía. La relevancia de este autor no solo se halla en su rol histórico, sino también en sus aportes teóricos que no se suscriben ni a las ideas de Schmitt ni a las de Kelsen, llevando su propia impronta al entregar un elemento adicional a la discusión, como lo es la necesidad de una justificación moral que legitime la actuación estatal (correspondiendo así a una de las principales formas de entender la legitimidad). Para enunciar su postura, que amerita ser citada *in extenso*, veamos primero la diferencia que Heller adopta frente a la legalidad y la legitimidad:

La conformidad de un acto estatal con la ley y de ésta con la constitución jurídico-política [es decir, con la constitución positiva vigente] o con la constitución hipotética “lógico-normativa” [norma fundamente básica en Kelsen], sólo puede constituir la base de una legalidad, nunca de una legitimidad justificadora. La afirmación de que la forma de legitimidad más corriente en la actualidad sea la creencia en la legalidad, la sumisión “a preceptos [...] estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos” (M. Weber, *Economía y Sociedad*), es, sencillamente, inexacta, aunque puede ser también la involuntaria constatación de una degeneración de la conciencia jurídica. (...) En la lucha contra la arbitrariedad absolutista se creyó poder asegurar la legitimidad por la legalidad, en tal manera, que el pueblo venía a dictar leyes por sí mismo y el resto de la actividad estatal debía someterse a estas leyes. (...) Nadie cree hoy que todas las disposiciones del legislativo popular, en virtud de una especie de predestinación

⁴⁵ A diferencia de Schmitt y de Kelsen, quienes vivieron 96 y 91 años, respectivamente, Hermann Heller muere de (apenas) 42 años, en 1933, sin haber terminado su texto *Teoría del Estado* (Ver Prólogo de Gerhart Niemeyer, 2014). Esta situación, impidió entonces que Heller participara de las discusiones que se dieron durante y después de la Segunda Guerra Mundial, épocas en las que sus ideas hubieran podido consolidarse. En cualquier caso, al comparar los textos académicos elaborados en torno a las ideas de Heller, este ha recibido una menor atención en comparación con Schmitt y Kelsen, según se constató al levantar el estado del arte durante el proceso de investigación y así lo evidenció David Dyzenhaus en *Hermann Heller and the Legitimacy of Legality* (1996, p. 641).

metafísica, sean derecho justo. Por este motivo, la legalidad del Estado de derecho no puede sustituir la legitimidad. (Teoría del Estado, 2014, pp. 282-283)

Del párrafo anterior es claro que Heller adopta una posición contraria a la del positivismo jurídico, y se va en contra de Kelsen y Weber, al considerar que legitimidad y la legalidad se refieren a fenómenos distintos en donde esta no basta para servir de sustento a aquella. Ante la necesidad de explicar en qué radica el fundamento del Estado y del derecho, Heller acude al campo de lo ético y lo moral como criterio que permite identificar con mayor claridad las razones por las cuales los ciudadanos deciden seguir voluntariamente las órdenes emanadas del Estado, según se observa en el siguiente párrafo:

... a causa de su función social, el poder del Estado no ha de contentarse con la legalidad técnico-jurídica sino que, por necesidad de su propia subsistencia, debe también preocuparse de la justificación moral de sus normas jurídicas o convencionales positivas, es decir, buscar la legitimidad. (...) El poder del Estado es tanto más firme cuanto mayor es el voluntario reconocimiento que se presta, por quienes lo sostienen, a sus principios éticos-jurídicos y a los preceptos jurídicos positivos legitimados por aquéllos (...). Su autoridad se basa únicamente en su legalidad en tanto ésta se fundamenta en la legitimidad. (p.309)

Es claro entonces que Heller no acepta a la legalidad como fundamento suficiente de la legitimidad, y recurre, en cambio, a un plano bastante controvertido para la postura positivista tradicional, es decir, a la justificación moral de las normas jurídicas aparejado a la acepción voluntaria de los ciudadanos⁴⁶, yendo incluso más allá, al sugerir que, a diferencia de lo planteado por Weber y Kelsen, es la legitimidad la que sirve de fundamento a la legalidad y no al contrario, toda vez que se precisa de un sustento ético-moral para justificar la actuación estatal, y en ella se encuentran incluidos el derecho, la ley y su correlativa legalidad. En otras palabras, la postura de Heller invierte la fórmula defendida por el positivismo jurídico, al señalar que no es la ley (en sentido amplio) la que legitima el actuar del Estado, sino que tanto la ley como el Estado deben recurrir a otro aspecto que les otorgue legitimidad, y según Heller, la fuente de dicha legitimidad son los valores (p. 122), y acude

⁴⁶ Esto servirá de base para la comprensión de las formas de entender la legitimidad en nuestros días como veremos en la sección siguiente.

de manera particular a un valor que se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho, a saber, la justicia: “Sólo aquel derecho que pretende servir a la justicia podrá obligar, a los mismos que mandan, a realizar aquellas acciones gracias a las cuales se constituye el Estado” (p.246). En este mismo sentido, continúa diciendo: “Las pretensiones realmente extraordinarias del Estado [es decir, las funciones que aspira cumplir] no se justifican por el hecho de que éste asegure ‘cualquier’ ordenación social-territorial, sino, tan sólo, en cuanto aspire a una ordenación justa” (p. 278)⁴⁷. Con estas citas no solo podemos evidenciar claramente la oposición que Heller plantea a las ideas de Kelsen, para quien la simple ordenación sobre lo jurídico al interior de una sociedad basta para atribuirle la categoría de Estado de Derecho y de legalidad a su actuar, sino que también nos permite tener una visión complementaria sobre la legitimidad y la legalidad, en donde la cuestión moral ha de ser tomada en cuenta para la comprensión de ambos fenómenos; de allí entonces que acudir a este autor resulte de suma importancia para la presente investigación, pues conlleva la necesidad de revisar la influencia y utilización de los aspectos morales, que no estén sometidos al querer plebiscitario, que puede tener intereses bastante cuestionables.

Del mismo modo, los comentarios de Heller constituyen una crítica a Schmitt, toda vez que si recordamos los planteamientos que éste último hizo en *La dictadura*, donde siguiendo las enseñanzas Maquiavelo, la conservación del Estado era una cuestión estrictamente técnica, y por este motivo, cualquier cosa podría considerarse válida para tal fin, llevándonos a la debatida expresión de que el fin justifica los medios, pues en Schmitt la conservación del Estado como objetivo de la declaración del estado de excepción ameritaba cualquier medio, incluso si ello implicaba suspender la constitución y todas las libertades existentes. Contrario a esto, Heller rechaza la postura adoptada por Schmitt, que apela al decisionismo como fuente del derecho, y la de Kelsen, que defiende la legalidad, que tienen

⁴⁷ Que Heller haya acudido a la justicia y a los valores no lo convierte automáticamente en un iusnaturalista, pues de hecho este autor criticaba tanto el iuspositivismo kelseniano, como el iusnaturalismo universalista: “(...) los dos caminos, el de la moralización y el de la amoralización del derecho, con los que algunos teóricos eluden el problema [del derecho injusto], pretendiendo no obstante superar el positivismo, deben considerarse inadmisibles. Su fundamental error consiste en que toman del derecho natural justamente aquello que nuestra época tiene que rechazar sin condiciones, a saber, la ficción de una comunidad jurídica completamente homogénea dominada por unos principios unitarios de justicia.” (p.251).

como consecuencia la estructuración amoral del Estado y del derecho (Dyzenhaus, Hermann Heller and the Legitimacy of Legality, 1996) y propone que para garantizar tal subsistencia se requiere de la aceptación por parte de las personas para aquellas decisiones estatales, sin embargo, aquí no se trata de cualquier aceptación u obediencia, como lo hubiera planteado Weber, sino que deberá fundarse en una estructura jurídica, política y ética, en donde la dialéctica entre estos tres elementos permita una justificación completa de las actuaciones estatales, que sirvan de base para su legitimidad (pp. 649-650), toda vez que *el derecho requiere de una fundamentación ética, así como la ética requiere de una fundamentación legal* (traducción propia) (p. 651), de esta manera no se requiere de una filosofía o ideología concreta que indique qué es aquello específico que debe hacerse, sino que al margen de estas, deberán también tener presente consideraciones legales (jurídicas) que sean pertinentes para la época, cultura y situación (política), que a su vez permitan consolidar una justificación coherente de la actividad estatal (p. 652).

Estas ideas de Heller tenían el objetivo de servir de punto medio en una época de radicalismo, en donde las corrientes de pensamiento entraban en choques tan fuertes, que una reconciliación parecía difícil de lograr, pues de un lado, la neutralidad valorativa del positivismo jurídico no servía para limitar a tal radicalismo, y por otro lado, las corrientes autoritarias se hacían cada vez más comunes. Esta situación se daba en el marco del creciente apoyo a las dictaduras, como lo indicó en su texto *Rechtsstaat oder Diktatur* [¿Estado de derecho o Dictadura?] (1930), e implicaba el ascenso del nacionalismo, la lucha entre clases sociales, el conflicto entre socialismo y capitalismo, la represión y la erosión de las democracias liberales. Ante estas circunstancias, Heller llamaba a tener cuidado con las dictaduras, que se mostraban como un mecanismo de representación del pueblo, en contraposición al orden liberal y parlamentario (Estado de derecho), que eran vistos como herramientas que servían a los intereses particulares de la burguesía. Asimismo, estas se denominaban a sí mismas como las verdaderas democracias de naturaleza plebiscitaria, es decir, con una conexión directa entre el líder y el pueblo, sin mediación de las clases dominantes o los partidos políticos, en donde el pueblo era modelado y entendido como una especie de unidad con un único interés claramente identificable que dicho líder podía

materializar, lo cual no era posible en los parlamentos, que como ya se dijo, eran vistos con desconfianza. De igual modo, estas dictaduras aducían tener menor corrupción que las democracias parlamentarias (en realidad, según Heller, no porque fuesen menos corruptas, sino porque reprimían a todo aquel que develara los actos de corrupción). En suma, pretendían atacar todo el orden liberal y democrático vigente para estructurar una nueva sociedad de la mano del líder. Sin embargo, según Heller, esas afirmaciones de los defensores de la dictadura (entre los que nombra a Schmitt) (p. 20) terminarían por acabar con todo el sistema de libertades existentes, por lo cual no sería posible consolidar una verdadera libertad del pueblo, así como tampoco podría consolidarse una sociedad colectivista en beneficio de todos sus miembros, pues el poder y la riqueza se concentrarían en el dictador y sus aliados.

Al leer las preocupaciones manifestadas por Hermann Heller, escritas varios años antes de que las dictaduras comenzaran a restringir las libertades individuales en buena parte de Europa, no es difícil encontrar similitudes con lo que ocurre en nuestros días, de hecho, en la introducción de este trabajo se usaron palabras bastante similares para describir el panorama que se está viviendo hoy, lo que muestra la importancia de nuevamente cuestionarnos por la forma de entender la legitimidad, de revisar si cualquier tipo de discurso y de gobierno, así ciente con el apoyo de una buena parte de la población puede ser considerado legítimo, o si apearnos a una visión en extremo neutral, en la que casi cualquier ideología exige ser aceptada, nos lleva a extender la legitimidad hasta incorporar todo tipo de contenidos en detrimento de la estabilidad.

En todo caso, habiendo abordado la perspectiva de Hermann Heller, ya se han desarrollado varios de los principales modos de entender la legitimidad, no solo en el contexto histórico, en el que se debatió con gran intensidad sobre este concepto entre varios de los autores más importantes para el derecho, la política y la filosofía en siglo XX, sino que además sentó las bases de una discusión que hoy, al celebrar los 100 años del fin de la Primera Guerra Mundial, cobra nueva vigencia ante los retos que en aquella época se vivieron y que hoy pareciera que estamos recorriendo por senderos similares. Afirmar sin más que la historia se repite una y otra vez, resulta difícil, pero es innegable que de ella pueden tomarse importantes elementos para interpretar lo que ocurre en nuestros días, de modo que cuando

el movimiento pendular del devenir humano nos lleve a experimentar situaciones análogas, nos permita estar preparados para, ojalá, no caer en las mismas trampas de otrora.

3. La legitimidad como sinónimo de legalidad: una perspectiva contemporánea

Párrafos atrás se plantearon dos categorías generales en el análisis de la legitimidad, aquella donde esta y la legalidad se unen, y aquella en la que se busca que la legitimidad tenga un sustento material o no solo formal. Esto se hizo para facilitar la comprensión del estudio de este concepto, sin embargo, con el paso del tiempo, se fue consolidando otra manera de entender la legitimidad que va más allá de la dualidad legalidad formal vs legitimidad material al buscar un punto intermedio. Esta perspectiva es bastante aceptada en nuestros días, y, al parecer, sería la alternativa al choque frontal en la manera de entender la legitimidad.

Esto se logra con la legalidad en sentido material, que comenzó a desarrollarse con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, al considerar que, sin desconocer la importancia de las cuestiones científicas en el estudio del derecho, este no puede desvincularse de manera definitiva de cuestiones valorativas. Por lo que se abrió paso la perspectiva según la cual la legalidad no debe aceptar cualquier tipo de contenido, y en cambio debe (re)incorporar esos principios propios de las democracias liberales, según el cual existen unos derechos individuales que no pueden ser desconocidos por el Estado, y que por consiguiente debe propender por su protección y guarda. Es así como Alexander d'Entrèves, al hacer un breve recuento en 1963 de la relación entre la legalidad y la legitimidad, explica que para 1959, en un congreso realizado por la Comisión Internacional de Juristas en Nueva Deli, hubo un consenso generalizado en definir el concepto de Estado de derecho (*rule of law*) como *la materialización de las condiciones apropiadas para el desarrollo de la dignidad humana* (traducción propia) (p. 699), implicando así que el derecho, y con él, la legalidad, debían tener un contenido específico, motivo por el cual la legalidad debía ya entenderse como *la conformidad de las reglas y decisiones con los valores que son considerados como necesarios para la existencia de una sociedad libre* (traducción propia). En estas condiciones

la legitimidad y la legalidad nuevamente se unen, aunque no del mismo modo de antes de la Segunda Guerra Mundial, en tanto que un gobierno, norma, Estado o actividad será considerado legítimo en la medida que cumpla, no solo con los procedimientos, sino que además persigan los valores del Estado liberal, representadas en la protección de las libertades individuales. Dicho de otro modo, el Estado de derecho “en sentido estricto”, como lo denominó Kelsen, debía ser el referente para todo Estado. Así, la legitimidad dejaría de ser una mera derivación de la legalidad, mas bien, la legalidad era el instrumento de una adecuada legitimidad (p. 701), tal y como lo habría sugerido Hermann Heller.

Con el mismo interés de hallar un punto medio entre la legalidad formal y la legitimidad material, tenemos el libro de Hernán Martínez Ferro, titulado *Legitimidad, razón y derecho: dos modelos de justificación del poder político* (2013), en el que se hace un detallado y acucioso estudio sobre la legitimidad, empezando por Weber, pasando por autores como (solo por mencionar algunos) Kelsen, Schmitt, Gluglielmo Ferrero (1871-1942), Karl Marx (1818-1883), Robert Alexy (1945-), Immanuel Kant (1712-1804), John Rawls (1921-2002) y terminando con Jürgen Habermas (1929-) (desarrollados en ese orden). Como se puede observar en su título, Martínez Ferro divide el estudio de la legitimidad en dos modelos que él denomina: (i) legitimidad como legalidad formal y (ii) legitimidad como legalidad democrática (p. 17). Sin embargo, este autor deja claro que “Los dos modelos hacen de la legalidad el criterio fundamental de la legitimidad” pero la diferencia entre ambos consiste en que:

... el primero se trata de un criterio formal, que puede ser satisfecho por cualquier tipo de legalidad, mientras que para el segundo modelo la legalidad tiene que obedecer a los criterios materiales como la justicia, el consenso y un proceso de construcción democrático.

Con base en esta diferenciación, el autor Martínez Ferro encaja a cada uno de los autores antes citados en el modelo al que correspondan. Aquí no se detallará el primer modelo, pues ya fue suficientemente explorado en páginas anterior, y en cambio se prestará atención al segundo modelo (donde el autor agrupa a Kant, Rawls y Habermas), cuyas

características coinciden en gran medida con las descritas por d'Entrèves⁴⁸, el cual pretende conjugar los procedimientos (formalidades) con los fines a los que se aspira llegar, sin con ello caer en el iusnaturalismo (pp. 18-19), razón por la cual se incorporan argumentos democráticos (consenso) y de racionalidad. Con todo, el autor concluye que la perspectiva de Habermas es la más adecuada para entender la legitimidad, en tanto que, por ejemplo, frente al problema de la diferencia entre el Estado y una banda de ladrones, se puede responder que “Un poder político es tanto más legítimo cuanto más goza del reconocimiento y el consenso no coactivo de quienes obedecen el poder” (p. 21). Así, la legitimidad estaría compuesta no solo de procedimientos racionales, sino que además tendría unos criterios de validez, en donde la comunidad participaría de forma activa en la toma de decisiones y en la consecución de un consenso. Esta participación democrática, es un proceso comunicativo-discursivo, que se basa en las libertades comunicativas, y no es únicamente algo dado e institucionalizado, sino que debe trabajarse activamente para lograrlo y así alcanzar ese ideal democrático del autogobierno (p. 315-316).

Para llegar a tal conclusión, el autor Martínez Ferro se fundamentó en el texto *Facticidad y validez* (2005) de Jürgen Habermas, publicado originalmente en 1992 y que es reconocido como una de las obras más importantes de este autor, por reunir en ella el desarrollo conceptual de su propuesta en lo atinente a las investigaciones jurídico-políticas, incorporando elementos de su teoría de la acción comunicativa. La magnitud y profundidad de ese texto son tales, que no son de extrañar las numerosas investigaciones y trabajos académicos que se han dedicado a su estudio, y por ello, aquí no se pretende hacer un estudio completo de cómo el autor comprende la legitimidad y la legalidad, pues se escapan al alcance y espacio de esta investigación. Sin embargo, se esbozarán algunos de los apartados

⁴⁸ El presente trabajo se ha enfocado en el debate en torno a los conceptos de legitimidad y legalidad en el seno del derecho continental de tradición romana, y ha omitido la discusión que de manera similar se presentó en el sistema anglosajón del *common law*. La razón de ello, como bien lo explicó d'Entrèves (1963), es que a diferencia del derecho continental, en el *common law* no se da la misma importancia a la ley proveniente del órgano legislativo, y además, en este no se consolidó el positivismo jurídico formalista que separó de manera absoluta el derecho de otras áreas del conocimiento. Si se desea profundizar en el tema, se recomienda el artículo *The legitimacy of legality* (1996) de David Dyzenhaus, en el que hace un profundo análisis del debate sobre la legitimidad y la legalidad en un contexto anglosajón, citando a H.L. Hart (1907-1992), Lon Fuller (1902-1978) y Ronald Dworkin (1931-2013), complementándolo con las ideas de Habermas.

más relevantes y que nos indicarán por qué su propuesta se puede catalogar entre aquellas que conectan la legitimidad con la legalidad, tal y como lo indicó Martínez Ferro, aún cuando la propuesta de Habermas tenga matices diferentes a las posturas vistas en páginas anteriores.

Como es bien sabido, Habermas hace parte de la corriente de pensamiento que pone al lenguaje en el centro de la discusión filosófica, y en ese sentido la teoría de los actos de habla toma protagonismo al momento de abordar las discusiones sobre la sociedad. Es así que Habermas plantea como base de su análisis el supuesto de que las relaciones humanas apuntan a la búsqueda de una racionalidad dialógica, es decir, que se llegue a ella no a través de un ejercicio individual de introspección como el planteado por Kant, sino a partir de la interrelación e interacción de los miembros de la comunidad, en un juego de dar y pedir razones entre los hablantes, quienes aceptan las condiciones necesarias para la realización de un debate responsable y racional que permita llegar a acuerdos que sean aceptables por cualquier miembro de la comunidad, no solo en lo concerniente a las normas jurídicas, sino también a las normas morales (Martínez-Ferro, 2013).

Adicionalmente, en lo atinente a las normas, existe para Habermas una tensión entre las consideraciones de carácter fáctico (facticidad) y las consideraciones de validez, donde las primeras aluden a su creación, vigencia o aplicación en el plano de lo empírico (que tiene relación con la legalidad formal), mientras que las segundas aluden al plano de la aceptabilidad racional del contenido de tales normas (relacionado con el concepto de legalidad material) (p. 92):

(...) en última instancia [la legitimidad de las reglas se mide] atendiendo a si han sido producidas en un procedimiento legislativo que quepa considerar racional, o a si por lo menos hubieran podido ser justificadas desde puntos de vista pragmáticos, éticos y morales. La legitimidad de una regla es independiente de su imposición o implementación fáctica (p. 92)

Como puede observarse en la anterior cita, Habermas parte de elementos análogos a las demás corrientes que han surgido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial sobre la legalidad, a saber, la presencia de un elemento formal (procedimiento) en la creación de las normas; al igual que de un elemento material que justifique tales normas a partir de aspectos

racionales más allá de lo estrictamente procedimental. Una clara evidencia de la conexión directa que Habermas realiza entre legalidad y legitimidad se encuentra en los siguientes pasajes: “Con ayuda de los derechos que aseguran a los ciudadanos el ejercicio de su autonomía política, ha de poder explicarse el paradójico surgimiento de la legitimidad a partir de la legalidad” (p. 148) y “Ciertamente, la fuente de toda legitimidad radica en el proceso democrático de producción del derecho” (pp. 154-155), pues en la medida que se cumplan los requisitos (procedimentales) antes descritos de participación democrática, las normas que así se expidan no solo conformarán el sistema jurídico sino que además gozarán de la pretensión de validez (es decir, aceptabilidad racional) (p. 149).

Con todo lo anterior es dable afirmar que en términos muy generales, la legitimidad estaría fundada en elementos que son propios de la legalidad material. Sin embargo, no puede perderse de vista que esta similitud no es absoluta, pues Habermas no apela a contenidos materiales de carácter tradicionalmente liberal, y en cambio indica que deben incluirse unos fundamentos discursivos de racionalidad, como lo es la participación activa de los interesados en el proceso de elaboración de la norma (elemento democrático), que Habermas denomina “autolegislación” (p. 95), y la situación ideal de habla (p. 299), consistente en aquellas circunstancias de libertad, igualdad, autodeterminación, autonomía, claridad, veracidad, (Martínez-Ferro, 2013) que permiten que la discusión sea llevada en términos racionales, que a su vez derivan en la aceptabilidad de las decisiones y normas, por cuanto estas fueron creadas conforme a un procedimiento racional y con la participación de los miembros de la comunidad que se ven afectados por la normas.

Ahora bien, siendo la perspectiva adoptada por Habermas una de las más recientes y de mayor peso en la filosofía y en teoría jurídico-política actual, y sabiendas de que constituye unas de las propuestas más elaboradas para la construcción alternativa de instituciones y debates democráticos que superen los paradigmas tradicionales de la democracia y el liberalismo, no puede desconocerse que a los ojos de la discusión sobre la legitimidad, la visión de Habermas parte de supuestos ideales contrafácticos que constituyen la base de su teoría y que resultan difíciles de conciliar frente las condiciones actuales del debate, en donde la participación y creencia en la democracia se ha visto menguada (Mounk,

2018); las preferencias políticas no se fundan en análisis racionales sino en discursos del tipo suma-cero, propios del realismo político; las ideologías raciales y nacionalistas están cobrando cada vez mayor impulso, como en el caso de Gran Bretaña, Estados Unidos, Turquía, entre otros. Con esto no se quiere decir que la propuesta de Habermas sea inadecuada, todo lo contrario, aspiraciones como estas permiten tener un norte o guía sobre la forma en que teórica y filosóficamente es posible llegar a una mayor racionalidad, recurriendo a eso que nos caracteriza, es decir, el habla. Empero, la llegada de estos nuevos actores al escenario político que bien podrían llamarse “irracionales” a la luz de esta doctrina o de una perspectiva liberal, que abiertamente cuestiona esos principios de racionalidad (al margen del contenido específico que estos tengan), llevan a que nos cuestionemos sobre lo que se considera legítimo y los límites de este concepto⁴⁹.

Estas perspectivas unificadoras de la legitimidad y la legalidad recogen entonces lo aprendido de las dos guerras mundiales y, en general, de los sucesos de todo el siglo XX, en el que la academia ha buscado llenar de contenido material a la legitimidad y a la legalidad contemporánea, que si bien siguen estando unidas, ya no lo son bajo una formalidad estrictamente procedimental, sino que se ha buscado consolidar y fortalecer los valores liberales al igual que empoderar a las comunidades para que de manera activa y consensuada elijan un rumbo como sociedad.

Podría parecer que con esta nueva relación entre legalidad y legitimidad, que propende por valores liberales (o racionales) y empodera a las comunidades, se ha llegado a la situación ideal, en la que hay relativa calma y unión de lo mejor de dos mundos. Sin embargo, si observamos las circunstancias actuales, resulta muy difícil explicar el regreso de discursos iliberales y antidemocráticos (o por lo menos contrarios a los partidos políticos y al sistema democrático tradicional), que con proyectos nacionalistas, plebiscitarios,

⁴⁹ Solo a modo de referencia y no por el hecho de estar de acuerdo con estos autores, debe tenerse en cuenta que Habermas no está exento a la crítica, de hecho, en conmemoración a sus 90 años, varios artículos se han publicado en los que abiertamente se cuestiona que la filosofía de Habermas sea correcta: *En la era del Brexit y Donald Trump, el deterioro del internacionalismo liberal y el resurgimiento de la derecha populista, Habermas - y el Habermasianismo - han sido completamente refutados, tanto política como filosóficamente* (traducción propia) (Whyman, 2019) (Cfr. Geuss, 2019); .

proteccionistas y revolucionarios, poco a poco se han ganado un importante espacio en el escenario político internacional. Frente a esto, lo más coherente para quien defiende la unión entre legalidad y legitimidad, sería catalogar de ilegítimo cualquier intento que pretenda cambiar las instituciones democrático-liberales, y tratar de impedirle que gane más adeptos. Empero, una posición tal no llevará de manera necesaria a conseguir la protección del liberalismo y la democracia, como se verá en el siguiente capítulo.

De otro lado, si se observa con detenimiento, ninguna de las perspectivas narradas en este capítulo aborda la cuestión de la legitimidad en un contexto de excepción o crisis, de hecho, parten del supuesto contrario: la posibilidad de implementar, sin mayores contratiempos, esas ideas democráticas y liberales, al igual que la casi automática aceptación de estos en las sociedades. En vista de ello, el siguiente capítulo retomará las temáticas mencionadas en el primer capítulo relativas al estado de excepción y crisis, el decisionismo y la teología política, para contrastarlos esta nueva versión de la legitimidad y la legitimidad, a la luz de las circunstancias actuales.

III.

LA LEGITIMIDAD EN MEDIO DE LA “CRISIS” PERMANENTE

“El estado de excepción (...) ha devenido la regla” (p. 34). Esta afirmación, citada páginas atrás, que fue formulada por Walter Benjamin en 1942, es decir, en plena Segunda Guerra Mundial, y que aparece en el texto *Estado de excepción* de Giorgio Agamben (2015), es la premisa de principal análisis para el desarrollo de este trabajo y será el tema de discusión en este capítulo. Desde la introducción se identificaron las circunstancias actuales en las que, al parecer, se ha consolidado un estado de crisis permanente, motivo por el cual se justifica revisar el concepto de legitimidad teniendo presente tal contexto. Para tal fin, este capítulo final narrará en qué consisten las circunstancias actuales de crisis; las cuales, en un segundo momento, serán conectadas con las ideas del estado de excepción, el decisionismo y la teología política de Carl Schmitt (según lo narrado en el primer capítulo); para finalmente proceder con un análisis sobre la manera de entender la relación entre la legitimidad y la legalidad (en su versión más reciente, es decir, en la que se cuenta con un sustento material democrático-liberal), a partir del contexto actual, en donde la superación de la crisis *parecería* constituir un importante factor en la determinación de aquello que es legítimo. Por último, se destaca que este capítulo se centrará en conjugar, contrastar y analizar aquello que ya fue detallado y especificado a lo largo de este documento.

1. Una revisión al concepto de crisis

Como hemos visto, los conceptos de excepción y crisis han sido transversales a este texto y es ahora pertinente abordarlos a la luz de las condiciones actuales, motivo por el cual se abordará nuevamente cada uno de ellos para establecer sus alcances y diferencias, así como las implicaciones sobre la legitimidad. Para tal fin, se recurrirá a Jürgen Habermas en lo atinente a la crisis. Esto servirá de antesala a la revisión que se hará para establecer en qué

consisten las dificultades del paradigma liberal-democrático y cómo las ideas de Schmitt pueden ayudarnos a entender el origen de las mismas.

En páginas anteriores se había indicado que, en términos generales, la crisis podía caracterizarse como una inestabilidad grave que ponía en entredicho las condiciones sociales, económicas y políticas de una comunidad, cuya ocurrencia llevaba a hablar de la falta de “normalidad”; sin embargo, no se ahondó en más detalles, pues la atención se centró preponderantemente en el concepto de excepción según lo planteado por Schmitt, que como vimos, se refería a aquellas circunstancias de tal gravedad que ameritaba la suspensión del orden jurídico. Así, debe aquí darse mayor contenido al concepto de crisis que, a los ojos del presente trabajo, debe ampliarse y entenderse antes de analizar si las condiciones actuales permiten hablar o no de un estado de excepción.

A diferencia del concepto de estado de excepción, que según Schmitt no puede determinarse, aquí partimos del supuesto que sí es posible, en cambio, dar una mayor concreción al concepto de crisis, y en ese sentido, Jürgen Habermas ofrece una descripción bastante clara y completa de lo que puede entenderse por tal vocablo en su texto *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío* (1999) [1973], que toca tres importantes puntos: la crisis en los sistemas sociales en general; la tendencia a la crisis en el capitalismo; y la forma como tales crisis y las características del capitalismo impactan en la legitimación de las estructuras jurídicas, políticas y económicas. Vale aclarar que dicha obra plantea las ideas de Habermas en un contexto del análisis crítico, pues siendo él un exponente de la teoría crítica, trató de explicar las razones por las cuales se dan las crisis al interior de las sociedades, en el marco del sistema de producción vigente⁵⁰. Para los intereses de este trabajo, aquí no nos centraremos en la naturaleza económica de la crisis, sino en las condiciones generales de esta,

⁵⁰ Si bien en el inicio del presente trabajo se mencionó que las condiciones económicas constituyen un factor desestabilizante dentro de las sociedades, esto no se planteó porque tal inestabilidad sea resultado de un modelo económico específico (como el capitalista), sino que la zozobra económica de una sociedad, sistémicas o no, juegan un importante rol en la percepción que las personas tienen de la estabilidad estructural en un momento dado.

que fueron descritas en el primer capítulo del texto de Habermas y que se mencionan a continuación.

Según Habermas el concepto de crisis proviene del lenguaje médico, y originalmente hacía alusión a aquella etapa crítica de una enfermedad, en la cual el cuerpo del enfermo podía recuperar su salud o, en caso de no lograrlo, perecer. Para identificar que se está ante tan grave circunstancia se cuenta con dos criterios, uno subjetivo, en el cual el paciente percibe la enfermedad y es consciente de su situación, y otro objetivo, que permite identificar por medio de la observación que las condiciones del paciente no corresponden con aquellas que, para sus estándares, se considerarían normales al margen de las consideraciones del paciente. Habermas une ambos criterios en la identificación de la crisis, por lo cual parecería que esta solo surge en tanto estos confluyan en un mismo momento, y por el contrario, si bien no lo dice expresamente, se puede intuir que la mera percepción de crisis en el sujeto no es suficiente para hablarse de una verdadera crisis si carece el elemento objetivo, así como tampoco es suficiente que existan elementos objetivos para afirmar que se está en una fase crítica, pero donde el paciente no es consciente de tal situación (pp. 19-20).

El lector podría pensar que el elemento subjetivo sería el menos importante, pero debe tenerse en cuenta que la discusión no gira en torno a la pregunta sobre si el paciente está enfermo o no, sino en torno a la pregunta si está en crisis, y para ello no solo debe constatarse médicamente que el paciente haya llegado a la fase crítica, sino que el paciente debe sentirse “(...) privado, temporariamente de la posibilidad de estar, como sujeto, en plena posesión de sus fuerza” (p. 20). Además, esta percepción subjetiva también es importante en tanto que solo conociendo la precariedad de su estado, puede sentir una suerte de “liberación” al superar la crisis, pues nuevamente es consciente de su bienestar y de las libertades de actuar sin estar limitado por su condición. Esta descripción que Habermas hace del individuo en un contexto médico, aplica para el estudio de las sociedades, en donde los “pacientes” son los sistemas que estas generan y la “crisis” no es una condición médica sino la reducción en las posibilidades de resolver los problemas que permitan su conservación, que puede ser causada tanto por factores internos (como las estructuras de las clases sociales) como externos al sistema de sociedad (como la interacción con otras sociedades o con la naturaleza).

De particular importancia en esta forma de entender la crisis es la idea de conservación, pues según Habermas, los sistemas de sociedad han de conservar un “patrimonio”, a saber, aquello que les da una identidad particular, la cual está determinada por el “principio fundamental de organización” (p. 30) que constituye el marco o espacio abstracto dentro del cual una sociedad puede cambiar o “aprender” sin que pierda esa identidad; este principio es construido por las sociedades a través de su tradición y patrones de vida social y establece a su vez aquello que puede ser considerado como normal o que hace parte de la normalidad. Así las cosas, las sociedades consolidan unos criterios que las identifican, y si las circunstancias internas o externas generan cambios de tal magnitud que la sociedad no está en la capacidad de enfrentarlos dentro de ese marco, y a su vez la sociedad y sus miembros perciben las dificultades en las que se encuentran, se puede afirmar la existencia de una crisis. Vale aclarar que dichos cambios no son simples alternaciones menores, sino que tocan los pilares esenciales de la sociedad y que si flaquean ponen en riesgo la integración social al interior de la comunidad, pues el vínculo que permitiría a sus miembros identificarse como parte de ella, se rompería.

Hasta aquí se ha descrito de manera muy resumida, los principales supuestos de los que parte Habermas en el primer capítulo del citado libro y que son de utilidad para el presente texto, sin embargo, Habermas aborda situaciones adicionales con las que se pretende explicar la crisis sistémica intrínseca a los diversos modos de organizar económicamente una sociedad, entre los que se encuentra el capitalismo, mas como tales discusiones van más allá del alcance de esta investigación, estas no serán abordadas, limitándonos a tomar la descripción que este autor da al concepto de crisis, que bien puede ser utilizado al margen del sistema político, social o económico que se pretenda analizar. Así mismo, Habermas dedica una buena parte de su libro a explicar cómo estas crisis del sistema capitalista afectan su legitimidad, pero la discusión sobre las ideas de Habermas en lo relativo a la legitimidad ya fue realizada en el capítulo anterior a la luz del texto *Facticidad y validez* [1992] que es posterior a *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío* [1973] y que recoge una percepción más desarrollada de su teoría, por lo que esta no se tomará nuevamente en este punto.

Pasemos ahora a comparar de manera sucinta esta descripción de la crisis con las ideas de Schmitt sobre el estado de excepción. En primera medida, salta a la vista que Jürgen Habermas establece criterios muy claros y delimitados frente a lo que es la crisis, contrario a los planteamientos de Carl Schmitt que se caracterizan por brindar un indicio de lo que es la excepción, sin definirla claramente. Sin embargo, un punto en el que sí hay una coincidencia, es en la forma que estos autores identifican los límites de la normalidad, pues ambos establecen que la estructuración propia de cada sociedad es la que viene a indicar los patrones sobre lo que es normal y lo que no. De igual modo, ambos estiman que los patrones culturales, históricos y de identidad son relevantes al momento de consolidar un grupo social con el que las personas puedan identificarse a sí mismas. Por otro lado, a diferencia de la excepción en Schmitt, el modelo de la crisis planteado por Habermas no contempla suspender el orden jurídico vigente en su totalidad como mecanismo necesario superar la crisis, en cambio, Habermas aboga por la utilización de acciones comunicativas en el marco de la validez de las normas para la conservación frente a las dificultades internas que se presenten en la sociedad (p. 33). Finalmente, no es sencillo identificar el grado de seriedad de la crisis o excepción para que una situación pueda ser catalogada como tal, pero pese a ello tanto Schmitt como Habermas comparten la posición de que tal situación pone en entredicho los pilares fundamentales de una determinada sociedad, de allí entonces que la subsistencia de la misma está en juego si se enfrenta a un caso de excepción o de crisis.

Esta comparación, que en modo alguno busca ser exhaustiva, permite entonces observar algunos de los elementos que diferencian las perspectivas de estos autores, pero sobre todo nos permite tener dos referentes sobre la forma de interpretar las situaciones complejas que se presentan al interior de las sociedades. Sobre ese punto volveremos más adelante en este capítulo, al analizar si lo que vivimos en la actualidad corresponde a un estado de excepción o si por el contrario puede darse otras interpretaciones, para tal fin, es momento de hacer una comparación entre las situaciones experimentadas durante la República de Weimar, pues como ya se indicó al inicio de este trabajo, nos sirve de referente sobre la excepción y la crisis.

2. Weimar: una importante historia para revisar hoy.

Retomando la analogía del reloj de péndulo, que ha sido transversal a este texto, el inexorable correr del tiempo y la historia nos ha llevado a cambios y circunstancias radicalmente distintas a las vividas entre 1914 y 1945, y pese a ello, el péndulo sigue en su vaivén sobre puntos que lo llevan de un extremo al otro, y a los cuales regresa una y otra vez, así el reloj indique que a la fecha han transcurrido casi exactamente 100 años del final de la Primera Guerra Mundial y del nacimiento de la República de Weimar, y casi 80 años del inicio de la Segunda Guerra Mundial, que terminaría siendo una de las peores crisis vividas por la humanidad. Con esto en mente y a sabiendas de la fuerza que lleva al péndulo de vuelta a un punto extremo, hoy vemos con asombro las alarmantes semejanzas que tiene el día a día del escenario político, social y económico, con lo ocurrido en Europa y Alemania a partir de 1919.

Al hacer una sencilla búsqueda en los periódicos o en los diversos portales de internet sobre la crisis que experimenta el mundo, no serán pocos los resultados que se obtendrán. Algunos de los titulares podrán ser tan preocupantes como *Are we living through another 1930s?* [¿Estamos nuevamente pasando por la década de 1930?] (Mason, 2016). Sin embargo, esta visión no es exclusiva de los medios de comunicación, pues en los últimos años diversos académicos han publicado textos o artículos en los que se detallan las manifestaciones de crisis y cómo estas se extienden a tan diversos campos (sobre este se volverá en la sección siguiente), que bien puede hablarse de una crisis generalizada:

Si esta crisis alcanza al orden político, ella es indisociable de una crisis más amplia del vínculo social, que implica múltiples facetas: crisis económica, vinculada con las repercusiones del proceso de globalización; crisis social, ilustrada por el aumento de las desigualdades, el desarrollo de espacios de pobreza, la aparición de estados estables de exclusión; crisis moral, por fin, traducida en la pérdida de referencias y el aumento del sentimiento de inseguridad. (...) Encontramos entonces así reunidos los elementos que permiten caracterizar el contexto de la crisis política, que va más allá de las simples disfunciones y cuestiona la pertinencia de un determinado modelo de organización política heredada de la modernidad... (Chevallier, 2011, pp. 281-282)

Vemos pues que la crisis tiene varias aristas que van más allá de un simple descontento pasajero o un cuestionamiento concreto a una política o gobierno en particular, aquí la cuestión abarca todo el sistema jurídico, social, político y económico, el cual no se restringe al vecindario de cada Estado, como hubiera podido ocurrir hasta hace poco más de un siglo, sino que incluye una serie de influencias, conexiones y entramados con un alcance global; de este modo, la problemática a la que nos enfrentamos no es de índole particular, sino que abarca todo el orden internacional.

Con esto en mente, es importante retomar las principales consecuencias de la Primera Guerra Mundial que se indicaron en el primer capítulo, para así contrastarlas con las circunstancias actuales y así entender el porqué de la creciente popularidad del *discurso de la crisis* al igual que comprender las semejanzas en las épocas:

- Crisis económica: Tal y como se indicó en páginas anteriores, luego de la Gran Guerra los países se enfrentaron a profundas crisis económicas que generaron, en términos generales, un desempleo masivo e incremento de la desigualdad a la par que un profundo descontento al interior de las poblaciones. Análogamente, hoy vemos las consecuencias derivadas de la crisis económica de 2008 (Posner, 2010), que también generó desempleo masivo y desigualdad, particularmente en Europa y Estados Unidos y ha motivado el resurgimiento del discurso proteccionista, liderado por Donald Trump.
- Inestabilidad política: Al terminar la guerra, una buena parte de los países se vio en dificultades para establecer gobiernos estables con capacidad de controlar a los intereses contrapuestos al interior de las poblaciones y carecía de la capacidad de suplir las necesidades existentes. Nuestra época, en cambio, no adolece de una condición tan crítica como la vivida en Weimar, pero sí se ha gestado un descontento importante en las condiciones políticas, situación que se ve evidenciada en el incremento de la popularidad de partidos que se declaran abiertamente contrarios a la globalización, al pluralismo, a la democracia parlamentaria y a los valores liberales (Lassalle, 2019), es decir, al sistema democrático-liberal en general. Cosa que no solo ocurren en países en desarrollo, sino también en grandes potencias, como en

Alemania con el partido *Alternativ für Deutschland* [Alternativa para Alemania] de naturaleza nacionalista y con tintes de extrema derecha, que hoy tiene la tercera mayor cantidad de escaños en el Parlamento Alemán, por encima incluso del *Freie Demokratische Partei* [Partido Democrático Libre], de características liberales y que hasta hace unos diez años ocupaba ese lugar; en Francia, con Marine Le Pen y su abierta oposición a la Unión Europea; en Gran Bretaña con el triunfo del Brexit y la elección de Boris Johnson como Primer Ministro (Castle, 2019); la consolidación en el poder de Putin y sus retos a Occidente; y la elección de Donald Trump como presidente de Estados Unidos, con un discurso agresivo en contra de la globalización y que apelaba fuertemente al nacionalismo⁵¹. Así las cosas, las circunstancias que actualmente se tienen no se equiparan a la gravedad de las ocurridas a principios del siglo XX, pero sí dan cuenta de un cambio importante en la sociedad, que ya ve con desconfianza a las democracias liberales y se encuentra en la búsqueda de soluciones alternativas (Foa & Mounk, 2016).

- Eliminación de los conceptos que daban contenido a la estructura social: Así como en Europa cayeron las monarquías absolutas, y los conceptos de Dios, familia, trabajo y patria perdieron la importancia que otrora tenían para definir a los individuos y a las sociedades, con la disolución de la Unión Soviética acabó la lucha entre el comunismo y el capitalismo, y con el proceso de globalización⁵² que le sigue, se fueron perdiendo tales conceptos toda vez que la interacción cada vez más constante e intercomunicada con actores globales, hace que la identidad se ponga en entredicho. Es por ello que en nuestros días el debate del comunismo vs el capitalismo ha cedido

⁵¹ Nótese que a lo largo de este texto se ha hablado de este tipo de movimientos, de características nacionalistas, antiglobalización, y en cierto grado iliberales, que muy comúnmente se denominan como “populistas”. Sin embargo, aquí se ha omitido de manera deliberada el uso de dicha expresión, en la medida en que (i) usualmente se hace en términos peyorativos y (ii) aún se si hace en términos descriptivos, atendiendo al análisis realizado por autores como Ernesto Laclau y Chantal Mouffe, en los que se interpreta de manera diferente al populismo, resulta bastante controvertido; en consecuencia, para evitar entrar en la discusión, se ha preferido describir estos movimientos cada vez que se hace alusión a ellos, en vez de atarlos a una sola palabra para

⁵² Este proceso, que en un inicio era visto como algo positivo, necesario e irreversible pero que ahora genera un impacto tal en las sociedades, que ya hay quienes abiertamente lo rechazan (Slobodian, 2018) implica una creciente interconexión entre Estados, poblaciones y economías, facilitado por los avances tecnológicos, ha generado a su vez una creciente dependencia, motivo por el cual, eventos que otrora hubieran tenido impacto local, ahora tienen la capacidad de convertirse en sucesos de proporciones globales.

en importancia frente al debate del pluralismo vs el nacionalismo. De este modo, así como el mundo se tuvo que reinventar luego de la caída de estos conceptos fundamentales con motivo de la Primera Guerra Mundial, hoy estamos ante un proceso de redefinición de lo que constituye las bases de la sociedad.

- Generalización de la violencia: Como ya se indicó, por aquel entonces se dio un proceso de aceptación del generalizado uso de la violencia como medio para alcanzar fines políticos. De esta manera, la violencia se convirtió en un factor de peso en las relaciones humanas en todos los niveles de la estructura social. Hoy en día, si bien pasamos por una época en la que los conflictos internacionales no alcanzan el nivel de las guerras mundiales, se ha visto cómo luego de los atentados terroristas en Estados Unidos del 11 de septiembre de 2001⁵³ se ha dado un proceso de mayor uso de la violencia, el cual se ve reflejado en los conflictos en Yemen, Sudán, Siria, Israel-Palestina, al igual que se ha radicalizado el discurso de las grandes potencias en materia de armas atómicas (Givetash & Reuters, 2019) y no es inusual escuchar noticias sobre tensos encuentros militares entre aviones o barcos de guerra estadounidenses, chinos y rusos.

Por todo lo anterior, puede afirmarse que existen varios puntos en común entre la época actual y la primera posguerra, mas no por ello puede concluirse que estas son iguales, pues la mayor diferencia que hay entre estas es el grado crítico de las circunstancias. De esta manera, es factible decir que en cada uno de los puntos aquí señalados, por graves que sean las situaciones, estas no tienen la misma gravedad, alcance ni daño. En todo caso, según lo planteado en la introducción, nuestra actualidad pareciera estar caracterizada por un constante flujo de circunstancias que difícilmente se pueden catalogarse como “normales”, pero tampoco puede caerse en el extremo de considerar que sean un calco de lo vivido a principios del siglo XX.

De llegar al extremo de creer en una excepción en los términos de Schmitt, se corre el riesgo de aceptar sin más el discurso de estos nuevos movimientos, que buscan suspender

⁵³ Esta fecha se toma como referente en el proceso histórico, mas no como causante de los conflictos que se listan a continuación.

o cambiar el sistema entero, en pro de consolidar y obtener nuevamente el orden que se cree perdido o que se estima inconveniente para algunos intereses. Es así como aquí debe recordarse que en el primer capítulo se hizo una importante diferenciación entre estado de crisis y estado de excepción: en el que “excepción” aludía a la acepción planteada por Schmitt, es decir, a una situación tan grave que ponía en tela de juicio la subsistencia misma del Estado y toda la comunidad, mientras que, por “crisis” se entendía aquella situación de inestabilidad que si bien grave, no llevaba necesariamente a la suspensión del orden jurídico vigente en su totalidad. Claro, diferenciar el uno del otro resulta bastante complejo en el día a día, sin embargo, al contrastar las condiciones de la República de Weimar con lo que ocurre hoy en día, nos permite identificar que los retos que se enfrentan, si bien graves y complejos, no tienen la entidad de aquello que transcurrió en la primera democracia alemana y, en consecuencia, no debe hoy pensarse que suspender o subvertir el orden de una manera rápida o violenta sería la que permitiría superar de una vez por todas las problemáticas que nos aquejan.

Sin embargo, tampoco es pertinente creer que nos encontramos en circunstancias de normalidad, y es por ello que resulta de gran importancia retomar las categorías dadas por Habermas sobre las crisis. En primera medida, debe resaltarse que la sociedad que sirve de base a este texto podría definirse de manera muy amplia, como la sociedad occidental de corriente liberal, que vendría a hacer las veces del “paciente”. Fue así que se citaron las palabras de Huntington sobre aquello que nos caracteriza como occidentales y la figura del liberalismo y el Estado de derecho son centrales. Ahora bien, vale aclarar que en la actualidad no nos encontramos frente a un liberalismo clásico, que en su visión del Estado limitado (Estado de derecho), propendía por garantizar libertades individuales (o también llamadas libertades negativas), dejando al libre arbitrio de los privados gran parte de las relaciones sociales, económicas y políticas. Hoy estamos frente a una visión liberal mucho más completa y amplia, en donde el Estado no solo tiene como restricción el abstenerse de interferir en el goce de las libertades individuales, sino que debe además responder a necesidades básicas de las comunidades y servir de garante o mediador de la integración social, la equidad económica, la salud, la educación, la seguridad, la alimentación, entre

otros. Y es precisamente esta visión del liberalismo la que está siendo atacada por actores iliberales y se está menoscabando a sí misma en los últimos años:

Baste decir que se palpa en el ambiente que el desencanto y la decepción hacia los valores liberales son intensos. Algo que propulsa a quienes desde las filas populistas consideran que la democracia debe despojarse del liberalismo si quiere sobrevivir y defender eficazmente los intereses nacionales. Una crítica que fundan en la incapacidad de los liberales a la hora de manejar la excepcionalidad permanente a la que se ve sometido el mundo tras el cambio de milenio. La razón está en que no puede desarrollarse un decisionismo liberal a partir de la libertad, la lógica deliberativa, la tolerancia, la igualdad de oportunidades, el pluralismo o la defensa de un mercado no proteccionista (Lassalle, 2019).

Así, el “paciente” que está sufriendo esta “enfermedad”, para seguir con la analogía dada por Habermas, no es la versión del liberalismo clásico del siglo XIX y comienzos del XX, que ya está superada, sino la versión más contemporánea del liberalismo, pues es precisamente lo que se conoce como *Sozialstaat* (Estado social de derecho), aquello que en este momento se está cuestionando, motivo por el cual la “enfermedad” se hace más peligrosa, puesto que no es cualquier parte de la sociedad occidental, sino el pilar mismo de dicha sociedad la que está hoy en juego, es decir, enferma. Así, se puede constatar el elemento objetivo de la crisis: la consolidación de circunstancias fácticas que ponen en cuestionamiento el principio fundamental de organización, y que se evidencia en la creciente aparición de grupos iliberales. Por otro lado, el elemento subjetivo, es decir, la percepción proveniente de la sociedad misma de que está pasando por un momento crítico, no es difícil de constatar, pues ya se han citado varios ejemplos de textos que han identificado las problemáticas actuales (sin mencionar los que serán mencionados en la sección siguiente), y una revisión desprevenida de las noticias más recientes lo demostrarían. No es de extrañar entonces que se afirme que “De hecho, hay toda una línea de investigación que parece regodearse en asomarse al abismo” (Vallespín, 2019), puesto que hay un creciente número de publicaciones que se dedican a analizar las circunstancias actuales (entre las que bien podríamos incluir este trabajo).

En consecuencia, habiendo verificado el elemento subjetivo y el objetivo, es relativamente clara la actual dificultad de los sistemas políticos de carácter liberal para responder satisfactoria y rápidamente a los cambios experimentados, conservando esa identidad que caracteriza al liberalismo, y es aquí donde la cita del párrafo anterior resulta tan relevante, pues como vemos, la aspiración de estos discursos iliberales es prescindir del liberalismo. Así las cosas, a partir de los presupuestos antes dados, podemos afirmar la existencia de una crisis en la sociedad liberal. Ahora, no puede perderse de vista que esta “enfermedad” que experimenta es causada por una mezcla de diferentes factores, los cuales fueron resumidos anteriormente, y han dado paso a que estos grupos iliberales tengan cabida en el debate político.

Habiendo establecido lo anterior, es importante reafirmar que pese a la gravedad de las circunstancias, estas no corresponden con una situación de excepción, pues como ya se indicó, no solo no vivimos en las excesivamente precarias condiciones de la República de Weimar, ni (por lo menos a la fecha) se observa una amenaza generalizada al orden global que podría ser causada por una guerra mundial, sino que además el uso del discurso de la crisis puede tener graves implicación que serán abordadas más adelante.

Es así como en este texto se considera que nuestra época no es un ejemplo de estado de excepción, pero también es claro que no es sencillo creer que las cosas están en total calma y tranquilidad, de allí que la elección de la palabra “crisis”, tanto para el título de este trabajo, como para el desarrollo de este último capítulo sea esencial y no es simplemente una decisión inocente o por conveniencia. Así como lo indica Agamben, la elección de una palabra para denotar una determinada circunstancia o situación, en cierto modo acarrea una moldeación de aquello que se quiere describir (2015). Dicho en otros términos, identificar la situación como una crisis y no como un estado de excepción, permite abogar por un intento de cambio al interior del sistema democrático-liberal, en el que se puedan tomar las medidas correctivas necesarias para evitar su destrucción, pero para ello, será necesario incorporar y aceptar también la *legitimidad* de esos grupos o movimientos que han criticado la perspectiva liberal.

3. Crisis en el liberalismo y la democrática: la oportunidad de Schmitt

Complementando lo dicho en la sección anterior, no son pocos los textos que se han publicado en los que se estudia el porqué de los cambios antes narrados. Entre tales estudios se encuentran, por ejemplo, los siguientes: *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment* de Francis Fukuyama (2018); *Counter-Revolution: Liberal Europe in Retreat* de Jan Zielonka (2018); *State of crisis* de Zygmunt Bauman y Carlo Bordoni (2014) y *The people vs democracy: why our freedom is in danger and how to save it* de Yascha Mounk (2018). Todos los cuales coinciden en narrar y explicar el deterioro del liberalismo y la democracia en nuestra época, acudiendo, en parte, a los puntos que se indicaron la sección anterior. Sin embargo, en nuestro sentir, la mejor forma de explicar el motivo de esta crisis fue formulada por Jan Zielonka, al indicar que es culpa de los mismos liberales, y esto lo hace no porque él desee la caída del liberalismo, antes por el contrario, en su interés por conservarlo, es pertinente ser críticos consigo mismos e identificar aquellos puntos en los que el liberalismo ha fallado para así poder superar las condiciones actuales: *Los populistas⁵⁴ no estaban en el poder cuando los mercados financieros colapsaron. Los populistas no marcharon a otros países sobre la base de pruebas inventadas y luego los dejaron pudrirse en manos de los señores de la guerra locales. Fueron los liberales, no los populistas, quienes toleraron la evasión fiscal y la creciente desigualdad; quienes persiguieron a los Whistlerblowers que develaron verdades incómodas; quienes torturaron incluso a prisioneros. Todo esto ha comprometido los valores liberales; ha convertido el hermoso acuario liberal en una sopa de pescado. No es de extrañar que los votantes estén buscando una alternativa* (traducción propia) y luego concluye su texto de una manera muy pertinente al indicar que, *en lugar de culpar a los votantes por elegir a los rebeldes populistas, los liberales deberían tratar de recuperar su credibilidad.*

Estas condiciones de pérdida de credibilidad son precisamente las que dan alas a pensadores como Carl Schmitt, que en medio de las circunstancias tan precarias, abogan por eliminar el orden establecido y sacan a relucir argumentos bastante atractivos para una

⁵⁴ Recuérdense el pie de página anterior, sobre el concepto del populismo.

sociedad sedienta de soluciones. Es por esta razón que el discurso usado por estos nuevos grupos y movimientos antiliberales, es muy cercano al *decisionismo* de Carl Schmitt, en el que se asegurar éxitos rápidos y contundentes, pues a fin de cuentas, para ellos, es mejor contar con una decisión directa y clara, que tener que esperar los lentos procesos burocráticos del sistema democrático-parlamentario que se ha distanciado profundamente del ciudadano común.

Del mismo modo, una forma de pensar en términos *teológicos* también resulta bastante llamativa para estos grupos, pues antes el discurso liberal pretendió eliminar completamente este tipo de pensamientos del escenario político y jurídico, llevando a que se viera con cierta desconfianza a quien tuviera inclinaciones religiosas. En cambio, hoy en día vemos como los conflictos motivados por argumentos de tipo religioso, o mejor de tipo teológico-políticos, es decir, que se basan en estructuras, si bien secularizadas, tienen un sustento teológico, se están volviendo cada vez más comunes, levantando discordias que se creían superadas en años atrás.

Por otro lado, también se indicó que en Schmitt, la idea de una *legitimidad plebiscitaria-carismática* constituía la forma más aceptable de entender la democracia y la legitimidad, y tanto para él como para estos nuevos movimientos se alude al discurso con el que buscan convencer al pueblo: “De la infinita e inabarcable cima de su poder surgen siempre formas nuevas (...). Puede querer cualquier cosa, pero el contenido de su querer tiene siempre el mismo valor jurídico que el contenido de un precepto constitucional” (Schmitt, 2013, p. 153). En este sentido, el decisionismo se conjuga con la idea de una legitimidad plebiscitaria, en donde el pueblo viene a decidir como desee, sin las ataduras que el liberalismo les ha impuesto, y permitiendo que el pueblo, decida como si fuera una *unidad*, aquello que convenga a todos.

El pueblo quiere actuar por sí mismo y las instituciones establecidas, se constituye en un límite, así como la ley y la constitución misma, de allí que busquen nuevas alternativas y que puedan llevar a cabo aquello que el pueblo quiere. La globalización y la mentalidad del cambio y la rapidez que plagan nuestros días se han transmitido también a la política, de allí

entonces que las comunidades no vean resueltas o atendidas sus necesidades de manera oportuna y rápida. Incluso los parlamentos, a los ojos de estos movimientos, están diseñados para la tardanza, de allí entonces que se genere mayor cercanía o empatía con el ejecutivo, el cual hoy debe responder más rápidamente.

Por todo lo anterior, Carl Schmitt debe tomarse como referente precisamente de aquello que está en contra del liberalismo y la democracia, es decir, Schmitt es relevante hoy, pues pone de presente un cúmulo de perspectivas y pensamientos que durante años han sido relegados, rechazados o incluso descalificados, por un modo de pensar democrático-liberal, que ha dejado de ser el discurso de los débiles y se ha convertido hoy en discurso establecido y consolidado en el poder durante años.

Ahora bien, que en este texto se plantee la importancia de conocer las ideas de Schmitt y cómo estas representan a los grupos que con ellas se pueden ver identificadas, con ello no se quiere decir que deben aceptarse de manera irrestricta sus pretensiones, pues como acertadamente lo indicó Hermann Heller, estas posturas autoritarias que se dicen ofrecer una conexión directa con el pueblo terminan por minar los derechos y condiciones de vida de las comunidades antes que mejorarlas (1930); además, resulta preocupante que en varios pasajes de *La Dictadura* (p. 184) se entregue poder a los militares en la superación de la crisis, situación que no resulta justificada en el contexto actual, sobre todo cuando la crisis ahora no se causa por la guerra externa o interna, sino por factores tanto locales como exteriores, que por regla general no son bélicos.

Así las cosas, no se pretende la incorporación absoluta de los ideales de estos grupos iliberales a las sociedades actuales, pues este texto no tiene por objetivo hacer apología a estos, ni quiere su consolidación en el poder, pero sí pretende mostrar la pertinencia de tratarlos de manera distinta para extraer de ellos elementos valiosos que contribuyan a la superación de la crisis, es decir, se trata de apoyarse en ellos para fortalecer la democracia y el liberalismo. Para conseguirlo, será necesario cambiar los discursos que se fundamentan en la inmediata descalificación o rechazo, que dicho sea de paso, hasta ahora han resultado

contraproducentes porque le han servido de insumo a estos grupos para convocar el apoyo popular ante la incapacidad de comprensión y respuesta a sus reclamaciones.

En ese sentido, no es pertinente descartar sin más los intereses de estos grupos por considerarlos “ilegítimos” al no cumplir con los requisitos de legalidad material y formal, toda vez que las razones que sustentan sus ánimos de cambio no son todas inventadas, injustificadas o incompatibles con el sistema, en tanto que la aspiración a mayor equidad, seguridad, protección, o respuesta las necesidades insatisfechas, presentadas en el marco de la superación de la crisis, pueden ser tratadas como *legítimas*, es decir, justificadas en situaciones reales de incertidumbre y zozobra y cuya expectativa de cumplimiento por parte del Estado sea razonable y fundamentada. Si no se asume una actitud respetuosa, abierta al diálogo y al cambio, las instituciones liberal-democráticas seguirían en un escenario de creciente cuestionamiento, y esto sería apenas entendible, puesto que si dicho sistema no está en la capacidad o disposición de satisfacer los intereses legítimos de la comunidad e impide la superación de la crisis y los estados de incertidumbre, encontrará la ilegitimidad de dicho sistema.

En todo caso, vale la pena aclarar que no todos los intereses de este tipo de grupos serán procedentes, lo serán solo en la medida en que dichos grupos manifiesten su inconformismo en el marco de los canales democráticos y liberales, para poder ser aceptados en la discusión sobre la estructura social, pues así como lo plantearía Karl Popper (1966), no es pertinente una tolerancia ilimitada que permita a quienes sean intolerantes (es decir, no sean respetuosos de la pluralidad y las divergencias en la toma de decisiones) hacerse con el poder.

Con lo expuesto, se trata de asumir una posición en la que se pueda aceptar un mínimo de legitimidad en los motivos de estos grupos, siempre y cuando se rechacen aquellos puntos donde sus intereses no sean compatibles con un sistema liberal-democrático, lo que traerá como consecuencia el reconocimiento de ciertos intereses de los grupos iliberales dentro de ese mismo sistema y la posibilidad de buscar respuestas o soluciones al interior del mismo,

razón por la cual quienes se encuentren inconformes no se verán en la obligación de acudir a propuestas alternativas de índole iliberal o antidemocrático.

Permitir la incorporación de estas peticiones a través de las vías del sistema, así como la idea de evitar o, llegado el caso, superar las condiciones de crisis, darán un importante respaldo al paradigma-liberal democrático, siendo esto de suma importancia porque el Estado de derecho de hoy no es el pequeño luchando en contra del gigante Estado monárquico, son las estructural liberales las que han comenzado a verse con desdén y desconfianza, pues al margen de los procedimientos, las crisis han puesto de presente que estas no gozan de la capacidad de suplir las necesidades.

Así, la legitimidad de hoy, en tiempos de crisis no puede limitarse al cumplimiento de una legalidad, tanto en términos materiales como formales, sino que además de estos requisitos debe también atender el cumplimiento de esas necesidades propias de cada comunidad en circunstancias de crisis, de modo tal que estas puedan superarse, llevando así a la cura de la “enfermedad” pues tal y como se indicó en Habermas, la percepción subjetiva de dicha superación constituye una “liberación” o en otros términos, en una ampliación del ámbito de libertad de los miembros de la comunidad. Esta situación es coincidente con los objetivos propuestos por Schmitt y su insistencia por superar la excepción, que claro, ya hemos identificado que nuestros días no pueden (ni deben) catalogarse como sumidos en un estado permanente de excepción, pero pese a ello sí es posible extraer el interés por superar las situaciones precarias o críticas y dar con ello un nuevo elemento a la legitimidad, pues para considerar legítimo a un gobierno, política o norma, no solo deben cumplirse los requisitos formales y materiales de la legalidad, sino además debe atenderse a la superación de un estado de crisis y, correlativamente, el mantenimiento de la normalidad. De esta manera, la legitimidad no estaría atada únicamente a la legalidad, sino que además tendría un punto adicional que entraría a garantizar un reconocimiento completo de quien detente el poder al garantizar la normalidad, eso sí, cumpliendo con los postulados propios de una visión liberal-democrática del mundo.

En todo caso, no sobra mencionar que el principal supuesto para esta forma de entender la legitimidad, es aquel de la existencia de una crisis, sin embargo, en el evento en que la sociedad lograra establecer condiciones de tranquilidad y calma, podría pensarse que bastaría con la mera legalidad material para la comprensión de la legitimidad; empero, aún en esos momentos de normalidad, la legitimidad iría más allá de la legalidad material, pues justamente se trataría de legítimo a un gobierno que logre mantener por largos periodos de tiempo, dicha normalidad. En otras palabras, la legitimidad, entendida no solo como legalidad material sino también como la superación de la crisis, tiene aplicabilidad tanto en los momentos de crisis como en los momentos de normalidad.

Como puede evidenciarse, la superación de la crisis tendría como referente a las ideas de Schmitt que propenden por el restablecimiento del orden y la tranquilidad al interior de las sociedades, razón por la cual este autor representa la base de este trabajo. Mas vale aclarar que estas ideas no son acogidas sin filtro alguno, puesto que la superación de la crisis, por no tratarse de un estado de excepción, puede darse por vías jurídicas sin tener la necesidad de suspender el orden jurídico vigente e incurrir en los riesgos que de ello se derivan, permitiendo así la conservación de las instituciones liberales. Del mismo modo, también debe indicarse que otras ideas de Schmitt como las del decisionismo y la teología política son cruciales para comprender estos movimientos iliberales y antidemocráticos, pues constituye la base teórica de sus propuestas, pero ello no quiere decir que estas deban adoptarse al liberalismo.

Por todo lo anterior, los planteamientos de Schmitt son gran utilidad para comprender nuestro contexto, no porque sea el modelo al cual se deba aspirar, sino porque establece los criterios de entendimiento del principal adversario del liberalismo, y para evitar su consolidación, resulta entonces oportuno tomar sus ideas sobre la superación de la excepción y trasladarla la superación de la crisis como un aspecto adicional en la comprensión de la legitimidad.

Para finalizar, si bien en este trabajo se acoge la superación de la crisis como un elemento adicional para la comprensión de la legitimidad, tampoco pueden desconocerse los

riesgos de recurrir de manera permanente a la figura de la crisis o de la excepción, pues si bien es cierto que no nos encontramos en un contexto en el que haya una total tranquilidad y calma, tampoco es pertinente dejarse llevar hasta el campo de quienes quieren tratar de modificarlo todo, basado en el discurso de la crisis absoluta o incluso de la excepción, y es así como nuevamente debemos acudir al pasado, pues interpretar la crisis como un estado permanente trae también riesgos que no pueden desconocerse: *el discurso de la crisis fue más que un gemido cotidiano e inofensivo: la retórica de la crisis fue un medio deliberadamente empleado para retirar la confianza de los ciudadanos del Estado. 'Ya no hay ninguna posibilidad de preservar el sistema actual, sino que este sistema se dirige de forma fatídica y necesaria hacia su caída. Por el contrario, la crisis se agudiza y se agudiza a medida que nos adentramos en el sistema actual', fue el comentario de la revista revolucionaria conservadora Die Tat a finales de 1931, que llegó a unos 30.000 lectores, principalmente de las clases medias (traducción propia) (Schnurr, 2014a).* Por esto, se debe tener cuidado con el discurso de la crisis, porque podría incurrirse de forma inadvertida en una dinámica que busca eliminar un *status quo*, y en cambio pretende implantar las semillas del radicalismo que justifiquen medidas más fuertes o autoritarias. Así lo resalta Schnurr citando al historiador Benjamin Ziemann: *Cualquier historiador, que considere que la sociedad weimariana estuvo caracterizada por una crisis permanente, incurre en el riesgo de repetir una narrativa que fue difundida por aquellos que querían reemplazar el sistema democrático por uno autoritario (traducción propia) (2014a).*

De esta manera, al observar el péndulo de la historia, podemos identificar aquellos riesgos que se tienen al mantener una idea inamovible de legitimidad, o al quedarse cruzados de brazos por menospreciar al opositor, o al caer en los juegos de la crisis apocalíptica en la que cualquier cosa vale para restablecer el orden. Así las cosas, puede concluirse que pese al extenso (y en ocasiones doloroso) recorrido histórico de la legalidad y la legitimidad debe tener la flexibilidad suficiente, y en pro del ideal mismo del liberalismo, se debe actuar de forma innovadora aceptar hasta cierto punto las críticas que se elevan en su contra, muchas de ellas legítimas, e implementar los cambios que fuesen necesarios, pero en tal proceso, resulta apenas pertinente recordar una cita que el mismo Carl Schmitt hace de Montesquieu

“Con el pretexto de restablecer el orden se ejerce un poder ilimitado y a lo que antes se llamaba libertad se llama ahora motín y desorden.” (2013, p. 117). Por esta razón, la legitimidad en medio de circunstancias de crisis no debe ser utilizada con el ánimo de subvertir los principios liberales, y en cambio deberá encontrarse los elementos al interior del paradigma democrático liberal, que permitan superar tales circunstancias.

IV.

CONCLUSIONES

No estamos en un estado de excepción en el nivel planteado por Schmitt, de hecho es difícil llegar a él. Sin embargo, tampoco estamos en una normalidad absoluta, sino en un estado intermedio de crisis donde muchas cosas deben resolverse con suma prontitud, pero que no son en el nivel de crisis de la primera mitad del siglo XX y si en la excepción se puede suspender completamente la constitución, en una situación que no sea de excepción total, entonces no puede cederse a los argumentos de quienes abogan por un cambio radical en desmedro de todo el sistema que se ha construido.

Si en Schmitt la legitimidad no se pregunta en la excepción, pues la subsistencia es en lo único en que se piensa en un momento de graves dificultades, sí debe preguntarse por esa legitimidad, y es en este momento, en la mitigación y control de la crisis, donde pueden encontrarse elementos que llenen de nuevo sentido a la legitimidad, dar tranquilidad a las personas en su día a día.

El interés no es decir que se debe superar la legalidad, sino entender como hoy ha de recomponerse a partir de las circunstancias actuales. De igual modo, en vista de que no hay absoluta excepcionalidad ni absoluta normalidad, la legitimidad de hoy en día se basa en la necesidad encontrar solución a los problemas, garantizando, en todo caso, las circunstancias de legalidad, pues de lo contrario podría caerse en la arbitrariedad. De allí que, un acto de malabarismo tratando de mantener varias bolas en el aire, la prevención, mitigación y superación de la crisis y la conservación de una legalidad (tanto material como formal), es lo que se requiere para comprender la legitimidad hoy. Esto es así, pues se debe superar el riesgo y el peligro que constituye el discurso de la excepción absoluta y permanente, pues puede llevar, ahí sí, a situaciones extremas, que hoy no nos podemos permitir. Así se toma lo mejor de ambas perspectivas.

La legitimidad puede predicarse desde dos escenarios; el primero cuando hay ausencia de crisis en cuyo caso bastaría la legitimidad entendida como legalidad material. Ahora, dado que las crisis son de diversa índole y pueden aparecer de manera intempestiva

por motivos internos o externos al Estado, entonces se llegaría al segundo momento en el que podría entenderse la legitimidad, y es que ante la aparición de crisis, la legitimidad existirá en la medida que el Estado pueda brindar respuestas adecuadas para conseguir su superación, de tal manera que no se dé lugar a la excepción y a la aparición de gobernantes fuertes con intenciones de suspender el ordenamiento jurídico existente bajo la promesa de entregar soluciones que desde los Estados democráticos y liberales no se pudieron brindar. Vale la pena advertir que cuando se habla de respuestas adecuadas, se excluyen aquellos escenarios en los que la ausencia de crisis se consigue a partir de la eliminación del contrario o el acallamiento coactivo de los miembros de la comunidad. Así las cosas, las bases de la legitimidad aquí planteada son razones de carácter material y la efectiva superación de la crisis.

Por último, Carl Schmitt juega un papel muy importante en el estudio de la legitimidad, la legalidad y la excepción, pues no solo hace una crítica a la legalidad formal sino además consolida es visión del mundo que en búsqueda del orden, está dispuesto a sacrificar diversas libertades, y que hoy nuevamente surge en la política. Por todo ello, comprender sus razones, historia e ideas, permite a su vez comprender las circunstancias actuales y así tener presente los riesgos de esta perspectiva.

V.

REFERENCIAS

- Agamben, G. (2015). *Estado de excepción* (5ta ed.). (F. Costa, & I. Costa, Trans.) Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.
- Agustín, S. (2015). *La ciudad de Dios*. (J. Díaz de Beyral, Trad.) FV Éditions.
- Attili, A. (2004). La ineludibilidad de lo político. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*(21), 21-51. Obtenido de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-ineludibilidad-de-lo-politico-0/>
- Bauman, Z., & Bordon, C. (2014). *State of crisis [Estado de crisis]*. Cambridge, Reino Unido: Polity Press.
- Baume, S. (2009). On political theology: A controversy between Hans Kelsen and Carl Schmitt. *History of European Ideas*, 35(3), 369-381. doi:<https://doi.org/10.1016/j.histeuroideas.2009.01.001>
- Benavides, F. S. (2006). Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt. *Argumentos (Méx.)*, 19(52), 125-145. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952006000300007&lng=es&tlng=es.
- Benjamin, W. (1991). *El narrador*. (R. Blatt, Trad.) Madrid: Editorial Taurus.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. (J. F. Fernández Santillán, Trad.) Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1989). *Liberalismo y democracia*. (J. F. Fernández Santillán, Trad.) Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (2007). *El problema del positivismo jurídico*. (E. Garzón Valdés, Trad.) Ciudad de México: Distribuciones Fontamara.
- Bolsinger, E. (1998). Was Ist Dezisionismus? Rekonstruktion Eines Autonomen Typs Politischer Theorie [¿Qué es el deciosinismo? Reconstrucción de un tipo autónomo de teoría política]. *Politische Vierteljahresschrift*, 39(3), 471-502. Obtenido de <http://www.jstor.org/stable/24199323>
- Breuer, S. (13 de Noviembre de 2012). Der Soziologe im Ausnahmezustand [El sociólogo en estado de excepción]. *Neue Zürcher Zeitung*. Obtenido de <https://www.nzz.ch/der-soziologe-im-ausnahmezustand-1.17679212>
- Campos Daroca, J., & Molina, E. (2000). Schmitt, lector de Hobbes. Política, símbolo y mito. *Metapolítica*(13), 82-97.

- Cardona-Restrepo, P. (2004). Estado y soberano: una relación intrínseca en la actual coyuntura política colombiana. *Escritos*, 12(29), 404-451.
- Castle, S. (25 de Mayo de 2019). In Contest to Succeed Theresa May, Stars Are Aligning for Boris Johnson. *The New York Times*. Obtenido de <https://www.nytimes.com/2019/05/25/world/europe/boris-johnson-theresa-may.html>
- Chevallier, J. (2011). *El estado posmoderno*. (Pérez Oswaldo, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Córdova Vianello, L. (2010). *Derecho y poder: Kelsen y Schmitt frente a frente*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Curcó Cobos, F. (2013). La polémica Kelsen-Schmitt: un debate jurídico en torno a la Modernidad. *Diánoia*, 58(71), 79-103. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502013000200004
- d'Entrèves, A. (1963). Legality and Legitimacy. *The Review of Methaphysics*, 16(4), 687-702. Obtenido de <http://www.jstor.org/stable/20123969>
- d'Ors, Á. (1981). Legitimidad. *Revista chilena de derecho*, 8(1-6), 41-53. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649353>
- Dyzenhaus, D. (1996). Hermann Heller and the Legitimacy of Legality. *Oxford Journal of Legal Studies*, 16(4), 641-666. Obtenido de <http://www.jstor.org/stable/764714>
- Dyzenhaus, D. (1996). The Legitimacy of Legality. *The University of Toronto Law Journal*, 46(1), 129-180. Obtenido de <https://www.jstor.org/stable/825889>
- Dyzenhaus, D. (1997). Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons? *The American Political Science Review*, 91(1), 121-134. doi:<https://doi.org/10.2307/2952263>
- Foa, R., & Mounk, Y. (08 de Diciembre de 2016). Yes, people really are turning away from democracy. *The Washington Post*. Obtenido de <https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2016/12/08/yes-millennials-really-are-surprisingly-approving-of-dictators/>
- Fukuyama, F. (2018). *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*. Nueva York: Farrar, Straus and Giroux. Obtenido de https://play.google.com/store/books/details?id=OjpIDwAAQBAJ&pcampaignid=books_web_aboutlink
- Galindo Hervás, A. (2003). *La Soberanía: De la teología política al comunitarismo impolítico*. Valencia: Res publica.
- Gerth, H., & Wright Willis, C. (1946). Methods of the social science. En M. Weber, *From Max Weber: Essays in sociology* (págs. 55-61). Nueva York: Oxford University Press.

- Geuss, R. (julio de 2019). A Republic of Discussion: Habermas at ninety [Una república de discusión: Habermas a sus noventa años]. *The point*. Obtenido de A Republic of Discussion
- Gil Villegas, F. (1989). Democracia y dictadura en la teoría del realismo político de Max Weber y Carl Schmitt. *Foro Internaciona*, 30(1), 129-152. Obtenido de <http://www.jstor.org/stable/27755687>
- Givertash, L., & Reuters. (02 de Febrero de 2019). <https://www.nbcnews.com/news/world/putin-says-russia-also-suspending-key-nuclear-arms-treaty-response-n966146>. *NBC News*. Obtenido de <https://www.nbcnews.com/news/world/putin-says-russia-also-suspending-key-nuclear-arms-treaty-response-n966146>
- Grafstein, R. (1981). The Failure of Weber's Conception of Legitimacy: Its Causes and Implications. *The Journal of Politics*, 43(2), 456-472. Obtenido de <http://www.jstor.org/stable/2130377>
- Habermas, J. (1999). *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. (J. Etcheverry, Trad.) Madrid: Ediciones Cátedra.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (5ta ed.). (M. Jiménez Redondo, Trad.) Madrid: Trotta.
- Harvard University. (s.f.). *History of the Harvard Law School Library: Quotations in the Langdell Reading Room*. Obtenido de <https://hls.harvard.edu/library/about-the-library/history-of-the-harvard-law-school-library/quotations-in-the-langdell-reading-room/>
- Heller, H. (1930). *Rechtsstaat oder Diktatur? [¿Estado de derecho o Dictadura?]*. Tübingen, Alemania: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Heller, H. (2014). *Teoría del Estado*. (G. Niemeyer, Ed., & L. Tobio, Trad.) Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Heller, H., Kelsen, H., & Schmitt, C. (2015). *Prusia contra el Reich: La sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*. (L. Vita, Ed., S. Goldmann, G. Rubin, & M. Saez, Trads.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Herrera, C. (1996). La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución. *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*(16), 113-148. Obtenido de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/viewFile/3156/2956>
- Hofmann, H. (2010). *Legitimität gegen Legalität [Legitimidad contra legalidad]* (5ta ed.). Berlín: Duncker & Humblot.
- Huntington, S. (2011). *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order [El choque de civilizaciones y la reorganización del orden global]*. New York: Simon & Schuster. Obtenido de <https://play.google.com/store/books/details?id=1CM3GUNLzOAC>

- Kagan, R. (14 de Marzo de 2019). The strongmen strike back. *The Washington Post*. Obtenido de https://www.washingtonpost.com/news/opinions/wp/2019/03/14/feature/the-strongmen-strike-back/?utm_term=.e01cec5cd92e
- Kahn, P. (2011). *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty [Teología política: cuatro nuevos capítulos sobre el concepto de soberanía]*. Nueva York: Columbia University Press. Obtenido de https://play.google.com/store/books/details/Paul_W_Kahn_Political_Theology?id=mdE2AAAAQBAJ
- Kelly, J. (1992). *A short history of Western legal theory [Una corta historia de la teoría jurídica occidental]*. Nueva York: Oxford University Press.
- Kelsen, H. (1931). *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Berlín: Dr. Walter Rothschild.
- Kelsen, H. (1973). *Teoría general del Estado*. (L. Legaz Lacambra, Trad.) México D. F.: Editora Nacional.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del Derecho*. (R. Vernengo, Trad.) México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1991). *¿Qué es la teoría pura del derecho?* (E. Garzón Valdés, Trad.) Ciudad de México: Distribuciones Fontamara.
- Kelsen, H. (2003). *Ensayos sobre jurisprudencia y teología*. (U. Schmill, Trad.) México D. F.: Distribuciones Fontamara.
- Kelsen, H. (2015). *Religión Secular*. (M. Abella Martínez, Trad.) Madrid: Trotta.
- Kennedy, E. (2004). *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar [Fracaso constitucional: Carl Schmitt en la República de Weimar]*. Durham and London: Duke University Press.
- Kiefer, L. (1990). Begründung, Dezision und Politische Theologie: Zu drei frühen Schriften von Carl Schmitt [Fundamentación, decisión y teología política: sobre tres escritos tempranos de Carl Scmitt]. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 76(4), 479-499. Obtenido de <https://www.jstor.org/stable/23681095>
- Kissinger, H. (2014). *World Order*. New York: Penguin Books. Obtenido de <https://www.kobo.com/ww/en/ebook/world-order-1>
- Lassalle, J. M. (29 de 06 de 2019). ¿Llegó el fin del liberalismo? *El País*. Obtenido de https://elpais.com/elpais/2019/06/28/ideas/1561737344_535547.html
- Lee, C. (04 de noviembre de 2014). *Lost in Translation: Citing Your Own Translations in APA Style [Perdido en la traducción: citando las traducciones propia en estilo APA]*. Obtenido de APA Style Blog: <https://blog.apastyle.org/apastyle/2014/11/lost-in-translation-citing-your-own-translations-in-apa-style.html>

- legal. (s.f.). Obtenido de Diccionario de la lengua española: <https://dle.rae.es/>
- legal. (s.f.). Obtenido de Duden Online: <https://www.duden.de/>
- legal. (s.f.). Obtenido de Oxford English Dictionary: <https://en.oxforddictionaries.com/>
- legitim. (s.f.). Obtenido de Duden Online: <https://www.duden.de/>
- legitimate. (s.f.). Obtenido de Oxford English Dictionary: <https://en.oxforddictionaries.com/>
- legítimo. (s.f.). Obtenido de Diccionario de la lengua española: <https://dle.rae.es>
- Leone, M. (2012). Hans Kelsen: Secular Religion. *International Journal for the Semiotics of Law*, 26(1), 241-245. doi:<https://doi.org/10.1007/s11196-012-9306-5>
- Levi, L. (2005). Legitimidad. En N. Bobbio, N. Matteucci, & G. Pasquino (Edits.), *Diccionario de Política* (J. Aricó, M. Soler, & J. Tula, Trads., 17ª ed., Vol. 2, págs. 862-866). Ciudad de México: Siglo veintiuno editores.
- Martínez-Ferro, H. (2010). Legitimidad, dominación y derecho en la teoría sociológica del estado de Max Weber. *Estudios Socio-Jurídicos*, 12(1), 405-427. Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792010000100018&lng=cn&tlng=cs
- Martínez-Ferro, H. (2013). *Legitimidad, razón y derecho: Dos modelos de justificación del poder político*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Mason, P. (01 de Agosto de 2016). Are we living through another 1930s? *The Guardian*. Obtenido de <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/aug/01/are-we-living-through-another-1930s-paul-mason>
- Merquior, J. G. (2010). *Rousseau and Weber: Two studies in the theory of legitimacy [Rousseau y Weber: dos estudios sobre la teoría de la legitimidad]*. Londres y Nueva York: Routledge. Obtenido de https://play.google.com/store/books/details/J_G_Merquior_Rousseau_and_Weber?id=DbAPXnuqHdIC
- Mounk, Y. (2018). *The people vs democracy: why our freedom is in danger and how to save it*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Müller, I. (2014). *Furchtbare Juristen: die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz [Juristas temibles: el pasado no resuelto de nuestra justicia]*. Alemania: Fuego.
- Navarrete, R. (2015). Carl Schmitt y el pensamiento del orden concreto: una crítica de la interpretación decisionista de la teología política schmittiana. *Revista de Filosofía Moral y Política*(52), 349-364. doi:<https://doi.org/10.3989/isegoria.2015.052.16>

- Negretto, G. (1995). ¿Qué es el decisionismo? Reflexiones en torno a la doctrina política de Carl Schmitt. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, 40(161), 49-79. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5114621>
- Nietzsche, F. (2005). *Also sprach Zarathustra [Así hablaba Zarathustra]*. Colonia, Alemania: Anaconda.
- Nietzsche, F. (2019). *La gaya ciencia*. (J. Jara, Trad.) Barcelona: Planeta. Obtenido de <https://play.google.com/store/books/details?id=ecyJDwAAQBAJ>
- Nodoushani, M. (2010). Anmerkungen zu Carl Schmitts Dezisionismus [Anotaciones sobre el decisionismo de Carl Schmitt]. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 96(2), 151-165. Obtenido de <https://www.jstor.org/stable/23680921>
- Online Etymology Dictionary. (s.f.). *legal*. Recuperado el 04 de Mayo de 2019, de Online Etymology Dictionary: <https://www.etymonline.com/word/legal>
- Paine, T. (2005). *The age of reason*. New York: Cosimo.
- Paxton, R. (2004). *The anatomy of fascism [La anatomía del fascismo]*. Nueva York: Alfred A. Knopf.
- Popper, K. (1966). *The open society and its enemies Vols. I–II*. United States: Princeton University Press.
- Posner, R. (2010). *The crisis of capitalist democracy [La crisis de la democracia capitalista]*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press.
- Pyta, W. (30 de septiembre de 2014). Mord war ein Mittel der Politik [El asesinato era un medio político]. (U. Klusmann, & J. Mohr, Entrevistadores) Obtenido de <http://www.spiegel.de/spiegel/spiegelgeschichte/d-129494117.html>
- Schindler, F. (1996). *Paulus van Husen im Keisauer Kreis: Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Beiträge zu den Plänen der Kreisauer für einen Neuaufbau Deutschlands*. Paderborn/München/Wien/Zürich: Schöningh.
- Schlink, B. (2005). ¿Por qué Carl Schmitt? *Precedente. Revista Jurídica*, 37-53. doi:<http://dx.doi.org/10.18046/prec.v0.1415>
- Schmitt, C. (1996). La visibilidad de la iglesia: Una reflexión escolástica. *Daimon Revista Internacional De Filosofía*(13), 11-20. Obtenido de <https://revistas.um.es/daimon/article/view/8421>
- Schmitt, C. (1996). *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. (M. Herrero, Trad.) Madrid: Tecnos.
- Schmitt, C. (2001). El Führer defiende el derecho. En C. Schmitt, *Teología Política* (H. Orestes Aguilar, Trad., págs. 114-118). México: Fondo de Cultura Económica.

- Schmitt, C. (2004). *Legality and legitimacy*. (J. McCormick, Trad.) Durham, Estados Unidos: Duke University Press.
- Schmitt, C. (2009). *Teología Política*. (F. Conde, Trad.) Madrid: Trotta.
- Schmitt, C. (2011). *Catolicismo Romano y Forma Política*. (P. Madrigal, Trad.) Madrid: Tecnos.
- Schmitt, C. (2013). *La dictadura*. (J. Díaz García, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.
- Schmitt, C. (2014). *El concepto de lo político* (2da ed.). (R. Agapito, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.
- Schmitt, C. (2015). *Teoría de la constitución*. (F. Ayala, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.
- Schnurr, E.-M. (30 de septiembre de 2014a). Vision einer besseren Zukunft [Visión de un mejor futuro]. (J. Mohr, & U. Klussmann, Edits.) *Der Spiegel Geschichte*(5). Obtenido de Der Spiegel Online: <http://www.spiegel.de/spiegel/spiegelgeschichte/index-2014-5.html>
- Schnurr, E.-M. (30 de septiembre de 2014b). Der Name des Feindes [El nombre dado por el enemigo]. (U. Klussmann, & J. Mohr, Edits.) *Der Spiegel Geschichte*(5). Obtenido de <http://www.spiegel.de/spiegel/spiegelgeschichte/d-129494116.html>
- Serrano Gómcz, E. (1994). *Legitimación y racionalización - Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado*. España: Editorial Anthropos.
- Slobodian, Q. (22 de Octubre de 2018). Trump, Populists and the Rise of Right-Wing Globalization. *The New York Times*. Obtenido de <https://www.nytimes.com/2018/10/22/opinion/trump-far-right-populists-globalization.html>
- Traub, R. (30 de septiembre de 2014). Millionenfaches Trauma [Trauma de proporciones millonarias]. (J. Mohr, & U. Klussmann, Edits.) *Der Spiegel Geschichte*(5). Obtenido de <https://www.spiegel.de/spiegel/spiegelgeschichte/d-129494121.html>
- Tuori, K. (2016). Schmitt and the Sovereignty of Roman Dictators. From the Actualization of the Past to the Recycling of Symbols. *History of European Ideas*, 42(1), 95-106. doi:<https://doi.org/10.1080/01916599.2015.1118334>
- Ulman, G. (1985). The sociology of the state: Carl Schmitt and Max Weber. *State, Culture, and Society*, 1(2), 3-57. Obtenido de <http://www.jstor.org/stable/20006803>
- Vallespín, F. (27 de 07 de 2019). Por qué hay que recordar los años de la República de Weimar. *El País*. Obtenido de https://elpais.com/elpais/2019/07/26/ideas/1564148647_990100.html
- Villacañas Berlanga, J. L., & García, R. (1996). Walter Benjamin y Carl Schmitt: soberanía y estado de excepción. *Daimon: Revista de filosofía*(13), 41-60. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2748149>

- Villar Borda, L. (2006). *Donoso Cortés y Carl Schmitt*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vinx, L. (2006). *Legality and Legitimacy in Hans Kelsen's Pure Theory of Law* (Tesis doctoral). Toronto, Canadá: University of Toronto. Obtenido de https://www.academia.edu/5307982/Legality_and_Legitimacy_in_Hans_Kelsens_Pure_Theory_of_Law
- Vita, L. (2017). ¿Quién debe ser el guardián de la constitución? Una relectura del debate entre Kelsen y Schmitt a la luz del caso Prusia contra el Reich de 1932. *Lecciones y Ensayos*(99), 131-166. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/99/quien-debe-ser-el-guardian-de-la-constitucion.pdf>
- Weber, M. (2002). *Economía y Sociedad* (2a ed.). (J. Ferrater Mora, E. García Maynez, E. Ímaz, J. Medina Echavarría, & J. Roura Farella, Trans.) Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Weber, S. (1992). Taking Exception to Decision: Walter Benjamin and Carl Schmitt. *Diacritics*, 22(3-4), 5-18. Obtenido de <https://www.jstor.org/stable/465262>
- Whyman, T. (30 de julio de 2019). Happy birthday Habermas, your philosophy has failed us [Feliz cumpleaños Habermas, tú filosofía nos ha fallado]. *The outline*. Obtenido de <https://theoutline.com/post/7734/habermas-failure-political-philosophy?zd=1&zi=xee3fmcx>
- Zielonka, J. (2018). *Counter-Revolution: Liberal Europe in Retreat* de Jan Zielonka. Oxford: Oxford University Press.
- Zielonka, J. (12 de Febrero de 2018). Liberalismo: Selbst schuld, wenn die Populisten gewinnen [Liberalismo: eres el culpable si los populistas ganan]. *Zeit Online*. Recuperado el 2 de Marzo de 2018, de <https://www.zeit.de/politik/ausland/2018-02/liberalismus-populismus-europaeische-union>