

**CASTAÑO, SERGIO RAÚL,**  
*LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD EN EL ESTADO*  
*DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL,*  
**BUENOS AIRES, MARCIAL PONS, 2015, 200 PP.**

---

**Juan Ignacio SERRANO**

UNIVERSIDAD DE MENDOZA (ARGENTINA)

ignacio.serrano94@gmail.com

En la presente obra, el Dr. Sergio Castaño se introduce en uno de los núcleos centrales de la ciencia política: la legalidad y la legitimidad. El libro cuenta con un admirable estudio preliminar de Dalmacio Negro, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, y de ocho capítulos que sintetizaremos a continuación.

El primer capítulo introduce el tema de la legitimidad. Ante todo, hace hincapié en el término de este concepto. Realiza una breve descripción histórica de los usos políticos que se le ha dado a dicha expresión, citando textos desde Cicerón, Bodin, Sieyés, Von Haller y hasta sociólogos como Weber. El autor, haciendo referencia a las ideas imperantes, nos dice que “es dable observar (...) la tendencia al obscurecimiento de la necesidad de un fin recto que legitime la decisión de la potestad política” (33). Luego, muestra cómo el término hace referencia específicamente más que al derecho positivo, a “parámetros axionormativos de raigambre suprapositiva” y expone que a diferencia del paradigma democrático moderno, el paradigma clásico enuncia al bien común como principio fundamental de legitimidad política.

En el segundo capítulo se introduce la persona del abate Emmanuel Sieyés y su influencia en el pensamiento político. En primer lugar, afirma el autor que Sieyés “ocupa un lugar central en la configuración del sistema doctrinal denominado ‘constitucionalismo’” porque “ha resultado ser la expresión político-jurídica más consecuente, elaborada y perdurable que el liberalismo haya producido a lo largo de la Historia” (50).

El autor va describiendo el pensamiento de Sieyés: su concepto aritmético e individualista de Nación; la voluntad inalienable y absoluta de la nación que va a ser “la ley misma” (55); también nos aclara que para el francés “La nación no tiene forma (constitución) alguna; otorga forma jurídica (...) a los poderes constituidos” (56). Esto es fundamental para entender por qué para esta concepción no hay lugar para una constitución histórica o real. “Sieyés sólo admite una forma política legítima” (59) que es la democracia, ya sea en su forma primitiva o representativa.

El tercer capítulo nos introduce en la concepción weberiana de la legitimidad del estado contemporáneo. Esta doctrina afirma al tipo de dominación legal como el modo propio de legitimidad en la mentalidad occidental moderna (73). El sociólogo alemán presupone la noción de dominación como la probabilidad de encontrar obediencia a mandatos específicos dentro de un grupo determinado. Para él, el tipo más puro de dominación legal lo constituye el que se ejerce a través de un cuadro administrativo de naturaleza burocrática. En ella, “sólo el jefe posee el derecho de mando por designación o elección; el resto de la estructura de poder se compone de funcionarios individuales” (78). El autor afirma que, según Weber, “la legalidad no es el único fundamento de legitimidad del Estado moderno” (97), sino que también incluye lo que él denomina “tradicición” y “carisma” para concluir que “los tipos de legitimidad constituirían modos de consolidación y preservación del poder” (85) y que el dogma de la soberanía popular se trataría de un postulado aparente o ideal (97).

En el cuarto capítulo, critica el autor las posiciones de Giovanni Sartori relativas a la democracia moderna y la legitimidad, apuntando al dogma por antonomasia del constitucionalismo moderno que defiende el italiano: la

soberanía del pueblo sin ejercicio. Trae a colación autores de diversas escuelas que consideran al mencionado dogma a manera de mito, como Kelsen, Bidart Campos, Meinvielle y Dabin. Para Sartori, la ilegitimidad de ejercicio como tal no existe, sino que sería, en todo caso, un ejercicio ilegal. En este sentido, nuestro autor nos muestra la incoherencia de Sartori a la hora de llamar “tiranos” a Hitler y a Stalin, pero “como es sabido, el primero de ellos, en particular, llegó al poder por la vía legal” (113).

El quinto capítulo se centra en el poder constituyente, afirmando que la distinción sieyesiana de poder constituyente y poder constituido “ha pervivido incólumne hasta hoy como doctrina hegemónica en el derecho constitucional” (119). Asimismo, en las páginas siguientes no sólo indica dónde se encuentra el poder constituyente en la realidad histórica –en los partidos políticos y no en el pueblo–, sino que también cita al filósofo alemán Klaus Von Beyme, quien denuncia que “casi todas las constituciones de la Historia se han originado oligárquicamente” (130).

El sexto capítulo trata sobre democracia y representación en la actualidad. Empieza aclarando el autor que la voluntad del representante permanece totalmente libre respecto a la voluntad de los representados y que el mandato imperativo se halla proscripto dentro del sistema vigente (133). Además, también afirmará que incluso “el elector del órgano legislativo no tiene en sus manos resortes de control de las decisiones del elegido” (135). Para concluir este apartado, el autor observa que el único mandato imperativo que existe es el de los partidos hacia sus legisladores: “quien ose desafiar esta máxima empírica pasará a la categoría de ‘muerto político’: ya no será incluido en la lista del partido en las próximas elecciones” (137).

El séptimo capítulo trata sobre la crítica de Carl Schmitt al Estado de derecho liberal-burgués. El autor toma como base el ensayo *Legalidad y legitimidad* (1ªed. 1932) del jurista alemán, y afirma que la crítica schmittiana sigue vigente porque “apunta al plano de los principios mismos del sistema político del liberalismo” (140).

Primero, el autor expone el divorcio que denuncia Schmitt entre sentido formal y sentido material de la ley renunciando a todo contenido universal de justicia “para pasar a identificarse con la voluntad del legislador, que en el proceso legislativo hace lo que quiere.” (142). El fundamento de legitimidad pasa a ser la voluntad del pueblo, que no subsiste sin el presupuesto de que el pueblo es bueno y que basta para asegurar el imperio de la justicia. En la praxis política se traducirá en el derecho a determinar la ley que se reconoce exclusivamente a la eventual voluntad de la mayoría actuante. Además, si bien el Estado de derecho liberal-burgués pregona una neutralidad frente a lo justo y lo injusto, las garantías constitucionales “contrariarían la neutralidad vacía de contenido y valores, propia del Estado liberal parlamentario; así como también contradicen la esencia de la democracia” (151). Inclusive Schmitt critica con la misma lógica que una ley de rango constitucional no es sino el resultado de la voluntad momentánea de la momentánea mayoría de dos tercios y que no se puede, según el mismo autor, “poner solemnemente el matrimonio, la religión y la propiedad privada bajo el amparo de la constitución y prever en la misma constitución cuáles son los procedimientos legales para vulnerarlos” (154).

Por último, el autor realiza un esbozo sobre la actualidad de la crítica de Schmitt. Si bien “es cierto que el sistema político-jurídico ha tomado distancia del positivismo normativista clásico del Estado legislativo, repárese en que las instancias jurisdiccionales supremas pueden interpretar hoy la constitución y las leyes a partir de valores o principios, los cuales, en no pocos casos, aparecen impregnados de ideologías de fondo relativista” (156).

El octavo y último capítulo brinda una síntesis y algunas precisiones sistemáticas sobre la noción de legitimidad política. Primero, el autor aclara que la noción de legitimidad no se limita solamente a la rectitud del poder, sino que también hay una legitimidad política que se refiere a la Justificación del Estado. Por esto último se entiende “la fundamentación de por qué los hombres deben vivir políticamente”, y asume “como objetivamente verdadera –y con rango de universal y necesaria– la tesis de

la politicidad natural” (159). Luego, en las páginas siguientes, expondrá que la legitimidad de ejercicio prima sobre la de origen.

Como conclusión a toda la obra, el autor enuncia tres principios que podrían aspirar a constituir el fundamento de legitimidad del Estado liberal: legalidad, protección de derechos particulares y soberanía del pueblo. En esta última es, para el autor, donde radica el fundamento del Estado constitucional democrático. Como se ha visto, “ese principio justifica que el poder político, en tanto investido por un pueblo que (...) no puede ni debe gobernar, es deónticamente libre de imponer a la sociedad cualquier contenido normativo y de adoptar cualquier decisión política” (168). Para Castaño, este principio no expresa solamente la ley del número, sino el desligamiento axionormativo de la voluntad del poder, invariablemente al requisito de actuar en nombre del soberano.

El tema que abarca Sergio Castaño en esta excelente obra es de una importancia y utilidad fundamentales para el pensamiento jurídico-político en la actualidad. El problema de la legitimidad no solamente está en discusión en las aulas universitarias, sino también en las realidades sociales y políticas más inmediatas del continente latinoamericano. No es novedad que el gobierno argentino, en algunas políticas públicas, ha cambiado de parecer teniendo en cuenta las opiniones y adhesiones de la población vertidas en las redes sociales. Además, la lógica aritmética de la legitimidad liberal choca contra la realidad de gobernar para un país en donde el presidente fue electo solamente por el 51% de los votos.

El autor es estudiante avanzado de Abogacía por la Universidad de Mendoza, sede San Rafael. Ha colaborado en reseñas para el diario de filosofía del derecho *El Derecho*, dependiente de la UCA. Es miembro de la Fundación Nomos, institución que se propone como objeto de investigación dos tópicos esenciales de la vida comunitaria que advierte actualmente cuestionados: *El Derecho* y *El Estado*.