

Constitución, legalidad, legitimidad

Por RAUL MORODO

"Dans les états despotiques, la tranquillité n'est point une paix: elle ressemble au silence de ces villes que l'ennemi est près d'occuper".
(MONTESQUIEU, *Mes pensées*, IX, 1822.)

1.—*Constitución: operatividad normativa constitucional.*

Entre los autores preocupados por las cuestiones jurídico-constitucionales se acepta, comúnmente, lo que, en términos aproximativos, podemos enunciar así:

la Constitución de un país dado debe ser la expresión de la operatividad jurídica, en cuanto sistema regulador, eficaz y real, de la convivencia social.

Hay operatividad jurídica, en un ordenamiento jurídico concreto, cuando el Derecho es un sistema de seguridad de la convivencia social, cuya validez y vigencia es reconocida y acatada¹. Hay operatividad normativa, en el plano constitucional, cuando la Constitución —"norma normarum"— tiene la vigencia estructural y funcional de super-ley fundamental². Operatividad normativa, en el sentido en que empleamos esta expresión, coincide con el

¹ Por *sistema de seguridad social*, entendemos: "... cualquier sistema de normas, conjunto de supuestos o enunciación de principios, que garantizan el menor número de perturbaciones a la convivencia y, por consiguiente, mayor a unas estructuras morales con pretensión de vigencia". Cf. TIERNO GALVAN: *La realidad como resultado*, Salamanca, 1957, I, 59; también: LEGAZ LACAMBRA: *La función del Derecho en la sociedad contemporánea*, recogido en su libro "Humanismo, Estado y Derecho", Barcelona, Bosch, 1960, pp. 231 y ss.; GROPALLI: *La norma jurídica e l'ordinamento sociale*, en *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, XXXIV—(1959) 489-893; ANDRINO HERNANDEZ: *Derecho y situación*, en *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político, Salamanca*, 16-19 (1957) 267-271.

² KELSEN: *Teoría General del Estado*, trad. Legaz Lacambra, Ed. Labor, Barcelona, 1934; sobre las diversas concepciones de Constitución, entre otros, LUCAS VERDU: *Introducción al Derecho Político*, Barcelona, Bosch, 1958, pp. 11-25; y GARCIA-PELAYO: *Derecho constitucional comparado*, *Revista de Occidente*, Madrid, 1958, pp. 79 y ss.

denominado *principio de legalidad*; principio de legalidad que, en las democracias occidentales, se ha institucionalizado en un concepto jurídico: el *Estado de Derecho* (rule of law, Rechtsstaat, stato, di diritto). Partimos, pues, del supuesto de que esta expresión es una expresión conceptualizada: es un concepto jurídico. Este fué el sentido que, a partir de MOHL, se utilizó en la doctrina alemana y, posteriormente, fué recogido y aceptado, implícita o explícitamente, por la doctrina europea en general³. En otras palabras, a nuestro juicio, la cuestión puede concretarse así: *la expresión Estado de Derecho hace referencia a un concreto sistema de legalidad normativa, legalidad que descansa, ideológicamente, en los supuestos filosófico-políticos de la democracia liberal u occidental*. Estos supuestos se reducen, fundamentalmente, a dos: los derechos individuales y la separación de poderes. Está claro que el Estado de Derecho es la institucionalización jurídica de los supuestos del yusnaturalismo revolucionario, es decir, el Estado liberal que nace en 1789. En el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre se patentiza esto inequívocamente⁴.

Ahora bien, estas afirmaciones no implican que todo sistema de legalidad *tenga que ser forzosamente un Estado de Derecho*; y, por otra parte tampoco significa que en aquellos países en donde no existan las instituciones que configuran el Estado de Derecho, no posean ningún tipo de legalidad. Esto pudo sostenerse en algún momento en donde la polarización Estado de Derecho y Estado despótico (dictadura) era un hecho. Pero en la actualidad, nuevos hechos exigen un planteamiento más correcto. No sólo por necesidades constitucionales internas, sino, también, por las que se derivan

³ Cf. LEGAZ LACAMBRA: El Estado de Derecho, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, 6 (1951) 13-34. El profesor LEGAZ LACAMBRA, en su prólogo al *Derecho Político* de FISCHBACH (Labor, Barcelona, 1934, 2 ed.), afirmaba la coincidencia entre Estado de Derecho y Estado liberal.— El tema sigue siendo uno de los más debatidos entre los juristas. En el fondo, se trata de encontrar soluciones aceptables—cómodas, en cuanto soluciones teóricas—al problema de la relación Estado-Derecho. Cuando la solución fascista, y su organización corporativa del Estado, tenía vigencia se planteó en los términos del llamado "Estado ético". Así, MUSSOLINI: La doctrina del fascismo, Instituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1934, pp. 6-7. De igual forma, se aplica en la actualidad, a la legalidad socialista. La bibliografía es inmensa. Entre otros, cf. LUCAS VERDU: Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho, Acta Salmanticensis, 1955; del mismo, Introducción al Derecho Político, op. cit., pp. 52-92; LEGAZ LACAMBRA: Legalidad y legitimidad, en Humanismo, Estado y Derecho, op. cit., pp. 87-106. Muy interesante, como primer intento de sistematización y diferenciación de esta expresión, se encuentra en la "Declaración de Nueva Delhi", aprobada por el Congreso Internacional de Juristas, en enero de 1959 en este sentido, cf. *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, II-1 (1959) 7-58. También, BATTAGLIA: Per la determinazione del concetto di Stato di Diritto, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXIV (1947) 213 y ss; RAMON LEAL: El Estado de Derecho, Montevideo, 1957; RIVERO: L'Etat moderne est-il encore un Etat de Droit? en *Annales de la Faculté de Liège*,—(1957) 65-102; TREVES: Considerazioni sullo stato di diritto, en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, IX 3 (1959) 399-416. Sobre el problema de la legalidad socialista. CARBONIER: Le colloque sur le concept de la légalité dans les pays socialistes, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, X-4 (1959) 77-83; HAMSON: Sur la notion de légalité, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, X-4 (1958); y, sobre todo, ROZMARYN: Communication à propos des colloques de l'Association Internationale des Sciences Juridiques sur la règle de légalité, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, X-1 (1958) 70-75; y, ENTREÑA CUESTA: Notas sobre el concepto y clases de Estado de Derecho, en *Revista de Administración Pública*, 33 (1960) 31-46.

⁴ Toda la doctrina liberal y no-liberal acepta este supuesto. Así, SCHMITT: Teoría de la Constitución, Revista-Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1934, pp. 16-17. Sin embargo, en las situaciones jurídico-constitucionales *ambiguas* tiende este principio a diluirse en disgresiones metafísicas evasivas o en contradicciones evidentes. Nos vamos a permitir insertar dos breves citas del libro del profesor CASTAN TOBENAS: Perspectivas filosófico-jurídicas del pensamiento contemporáneo y de la Ley Fundamental Española de 17 de mayo de 1958. Dice así: "En España no tenemos el obstáculo del principio o teoría de la división de poderes, que tanto dificulta a la implantación de un sistema de fiscalización jurisdiccional de las leyes ordinarias" (p. 65, pp. cit.). Y: "Es indudable que el Estado español es un auténtico Estado de Derecho..." (pp. 109-110, op. cit.). Naturalmente, no entramos en el problema de fondo que exigiría un análisis detallado.

del Derecho internacional. En este sentido, que podemos llamar *neutral*, se puede plantear el problema de la legalidad socialista, de la legalidad democrático-liberal y de la corporativa. Incluso en esta última, creemos que puede existir y funcionar una legalidad. Se ve claro que empleamos el término "legalidad" en un significado mínimo: como expresión de la existencia de leyes y "conformidad a las mismas de los actos de quienes a ellas están sometidos"⁵. *Más sencillamente: todo Estado es un Estado legal*. Lo que queremos afirmar es esto sólomente: el Estado de Derecho es un concepto jurídico, es una expresión jurídicamente conceptualizada; pero no significa que los países en donde no existan tales supuestos sean Estados no-jurídicos. Pueden, en efecto, serlo; y muchas veces su operatividad es mínima. Pero pueden, también, hacer referencia a otro tipo de legalidad. *En otros términos: hay distintos sistemas de legalidad, pero un solo tipo de Estado de Derecho*⁶. De estas consideraciones deducimos la conveniencia de plantear este problema —y, en general, la Ciencia jurídica— desde otra perspectiva. A saber: que el intento de asentar principios jurídicos con carácter universal y permanente es un intento ineficaz en la coyuntura actual. La realidad jurídica, desde un ángulo de derecho comparado, confirma este hecho incuestionable: *que los sistemas de legalidad son resultado de previos sistemas ideológicos. El Derecho es la encarnadura de una ideología*. Ideología igual a concepción del mundo: ideas, creencias, incluso pre-juicios que explican la realidad. Y este hecho lleva, a su vez, a la admisión —en el plano real de nuestra situación histórica— de la existencia de diferentes sistemas ideológicos. Diferenciación ideológica, no sólo en el orden doctrinal, sino diferenciación ideológica *institucionalizada*. Y diferenciación ideológica significa diferenciación legal. El jurista —admitiendo esto— debe lograr que el sistema de legalidad en que vive —y en la medida en que lo considere personal y situacionalmente legítimo— sea coherente con la ideología que le da vida y tenga, consecuentemente, operatividad normativa.

Un supuesto que, en cualquier sistema ideológico, puede ser aceptado es éste: *que la Constitución o sistema constitucional debe ser la super-ley fundamental, en cuanto centro referencial jurídico básico y primario*. Dicho

⁵ LEGAZ LACAMBRA: Legalidad y legitimidad, artículo citado. Aplicamos el mismo punto de vista que sostuvimos con respecto al Derecho parlamentario. Todo Estado por el hecho de ser Estado es un Estado legal—no, como afirma Kelsen, un Estado de Derecho—sino un Estado que tiene "su" legalidad: que la ha creado o inventado. Cf. MORODO: El principio de autonormatividad reglamentaria de los Parlamentos en el Derecho constitucional, Estudios-homenaje al profesor Legaz Lacambra, Santiago de Compostela, 1960, pp. 891 y ss.

⁶ El problema de la nueva expresión "Estado social de Derecho", que se viene extendiendo por la doctrina europea, en un intento de adaptación del Derecho a las nuevas situaciones socio-económicas, tiene, todavía, un carácter más doctrinal que institucionalizado. Doctrinalmente, el Estado social de Derecho aparece como una ampliación del Estado (liberal) de Derecho, pero aceptando los dos supuestos básicos: *separación de poderes y garantías jurídicas de los derechos individuales*. Al mismo tiempo, el Estado social de Derecho se configura como Estado multi-partidista: la constitucionalización de los partidos políticos como expresión de la opinión pública. Esta nota sirve para la diferenciación de Estado de Derecho y Estado totalitario, corporativo o fascista de partido o movimiento único. Así, BISCARETTI DI RUFFIA: Diritto costituzionale, Napoli, E. Jovene, 1958, pp. 636-650. Finalmente, el Estado social de Derecho se configura como Estado de Bienestar, el *Welfare State* anglosajón. La doctrina alemana ha desarrollado, jurídicamente, esta cuestión, tomando como base el artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn. Cf. SCHMITT: Apropiación, partición, apacantamiento, en *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*, Salamanca, 2 (1955) 3-14, en especial, pp. 10-11 y nota 6, con bibliografía.

en otros términos: lo que denominamos *operatividad normativa*, coincide con el concepto kelseniano de *positividad*⁷. Cuando no se da este supuesto de coincidencia, es decir, cuando no hay operatividad, surge la inoperatividad jurídica: el sistema de legalidad se resquebraja —sea cual fuere su ideología— su norma supuesta— y el sistema se vicia: la legalidad deja paso a un concepto estrictamente político: el *principio de oportunidad*. Normalmente, surge la dictadura: la negación del Derecho, su violación, su corrupción. ¿Qué hace el jurista en estos casos? ¿Cuál es su función? El jurista como depositario de un conocimiento y de unas técnicas debe: primero lograr, como dijimos, que haya una coherencia lógico-funcional en ideología y legalidad: toda legalidad exige una concepción del mundo; segundo, denunciar cuando así suceda todo disfuncionamiento de la normatividad jurídica. Pero, hay más. El jurista tiene que tomar en consideración las causas que determinan el disfuncionamiento de una legalidad normativa. Parece una función meta-jurídica: así lo entendía el positivismo clásico. Sin embargo, si se quiere adecuar, permanentemente, realidad social y normatividad se exige esto. A pesar del escepticismo pseudo-tocquevilliano del profesor C. SCHMITT⁸, los juristas pueden señalar las directrices para la convivencia nacional e internacional. Aceptando la hipótesis contraria, se caería en el caos, la ausencia de derecho.

El fenómeno de la operatividad e inoperatividad normativa varía según zonas geográficas y, más exactamente, según zonas socio-económicas y socio-culturales. Así, por ejemplo, dentro de la legalidad occidental, en los países hispano-americanos, la inoperatividad está más acusada que en los países europeos, con ciertas excepciones. Se puede sostener, siguiendo a KELSEN, que este hecho no es más que un resultado doctrinal de una opinión —generalizada entre los mismos juristas— de la infra-valoración o mixtificación de los supuestos normativos del *deber ser* y la supra-valoración de la concepción sociológica del *ser*⁹. Esto es una tesis. Parece claro que esta infravaloración ha podido coadyuvar, sin duda, a la crisis del normativismo tradicional y a la introducción de esquemas sociológicos en el derecho. A nuestro juicio, el fenómeno no es más que un replanteamiento doctrinal que tiene como fundamento los hechos positivos: la conciencia de la no-neutralidad del Derecho y, en general, el análisis del concepto *ideología* modifica el método. En este sentido, la operatividad normativa constitucional responde a causas sociológicas y de funcionamiento real de las estructuras socio-políticas y socio-económicas. El punto de vista sociológico puede

⁷ RECASENS SICHES: Estudio preliminar a la teoría general del Estado de Kelsen, Barcelona, Bosch, 1934, pp. 23-24. También, KELSEN: What is the Pure Theory of Law?, en *Tulane Law Review*, 34-2 (1960) 269-276.

⁸ Su teoría de que los técnicos llaman al silencio al viejo *ius publicum europaeum*, del que Schmitt se considera el último representante, es, literaria y estéticamente, de gran seducción. Su valor jurídico no puede merecer adhesión alguna: no hay que confundir el *ius publicum europaeum* con una ideología que condujo—como resultado—a una guerra internacional y a una guerra civil interna—la distinción bélica entre amigo-enemigo, superiores-inferiores, súbditos-ciudadanos. El jurista debe velar por la paz: no sólo por "su paz", sino por la *pax populi*.

⁹ Cf. KELSEN: Teoría comunista del Derecho y del Estado, Buenos Aires, Emecé, 1957, prefacio, p. 13.

quedar así enunciado: *toda Constitución es una super-estructura formal de una realidad social dada*. Por realidad social entendemos no sólo las estructuras socio-económicas, derivadas de la relación producción-consumo, sino también las socio-culturales y socio-políticas. Así, la adecuación entre realidad social y norma fundamental determina un sistema de legalidad operativo; la no-adecuación, un sistema de legalidad inoperativo. El profesor LOEWENSTEIN¹⁰ ha desarrollado, con modelos sociológicos, tal como lo expusimos, una clasificación de las Constituciones que puede resultar válida para nuestra tesis de la vigencia operativa de una legalidad dada. Incluso, podríamos sostener que los conceptos culturales y económicos de supra-, infra-, y semi-desarrollo pueden aplicarse a los distintos tipos de normatividad¹¹.

2. *Legalidad y legitimidad.*

Estas consideraciones parece que nos llevan a aceptar que una de las funciones-clave del jurista es lograr la vigencia de la Constitución, de la operatividad normativa fundamental. La dificultad proviene de la concepción extendida de la "crisis del Derecho", por parte de la doctrina europea; crisis del Derecho que se traslada, como si fuere un hecho, al plano constitucional¹². En toda o gran parte de la literatura jurídica existe una carga retórica que confunde el problema. El concepto de *crisis* debe ser sustituido por el concepto de *cambio*, es decir, la sustitución de un sistema de modelos por debilitamiento de su eficacia¹³. Las llamadas épocas o situaciones de crisis no son más que la aparición de nuevos elementos que modifican la estructura tradicional. La expresión situaciones de cambio parece más correcta. Constatar la crisis de una determinada legalidad —o de algunos de sus supuestos— no autoriza a hablar de la crisis de toda legalidad. El cambio hay que aceptarlo como un hecho: como algo inevitable. Y, precisamente, la función del jurista se manifiesta no en esteticismos decadentes, sino en saber adaptarse a estas situaciones de cambio. En el orden occidental, tiene una importancia extraordinaria en la sustitución —todavía, lenta— del Estado de Derecho (liberal) en el Estado social de Derecho. En la legalidad socialista, existe una manifestación muy interesante en la adaptación jurídica a un sistema mixto, como es la legalidad yugoslava actual¹⁴. Entre nos-

¹⁰ LOEWENSTEIN: *Political Power and the governmental process*, The University of Chicago Press, Illinois, 1957. Señala, en efecto, el profesor Loewenstein tres tipos de constituciones: *normativas, semánticas y nominales*. Homogeneidad socio-económica determina la normatividad—lo que nosotros denominamos "operatividad normativa", cf. pp. 148-149 y 152-153 y ss.

¹¹ Estas categorías, procedentes del campo sociológico-culturalista, las desarrolla: TIERNO GALVAN: *Introducción a la Sociología*, Ed. Tecnos, Madrid, 1960, p. 115. También, en un plano jurídico-político, JIMENEZ DE PARGA: *Regímenes políticos contemporáneos. Teoría general del régimen*, Ed. Tecnos, 1960, Introducción.

¹² Cf., entre otros RIPERT: *Etudes sur la législation contemporaine*, LGDJ, Paris, 949 y, especialmente, un volumen dedicado expresamente a este tema: BALLADORE, CALAMANDREI, CAPOGRASSI, CARNELUTTI, DELITALA, JEMOLO, RAVA y RIPERT: *La crisi del Diritto*, Cedam, Padova, 1953.

¹³ Cf. TIERNO GALVAN: *Introducción a la Sociología*, op. cit., pp. 42-45.

¹⁴ DJORDJEVIC: *La Yugoslavia, démocratie socialiste*, PUF, Paris, 1959, en especial, la primera parte, caps. I-IV. También, JIMENEZ DE PARGA: *Acerca del régimen político de Yugoslavia*, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 84, pp. 139-172.

otros. el profesor LUCAS VERDU ha visto claramente el problema en su doble dirección: (a) en cuanto problema que afecta a todo el derecho constitucional; y (b) en cuanto problema concreto de la teoría de los cambios constitucionales. En su *Introducción al Derecho Político* señala los elementos definitorios que caracterizan a nuestra situación de cambio. Desarrolla, ampliamente, una concepción del Derecho político (=derecho constitucional)¹⁵ que se puede ajustar a la dinámica constitucional *occidental*. A esta situación la denomina: las transformaciones de la sociedad occidental y el desbordamiento de los cauces jurídicos tradicionales. La cuestión, en definitiva, se centra en el método elegido. Un método exclusivamente técnico-jurídico no capta la realidad dinámica. Existen elementos ideológicos, sociológicos, valorativos. Volvemos, pues, a lo expuesto anteriormente: el Derecho político (=constitucional) es, ante todo, derecho, normatividad, superestructura, condicionado por las diferentes ideologías que, históricamente, van surgiendo. Legalidad, por tanto, es aquella ideología formal y jurídicamente institucionalizada¹⁶.

Basándonos en estos supuestos, creemos que es posible ampliar el punto de vista del profesor LUCAS VERDU a otros sistemas. Es decir, ver en qué medida es posible lograr una base para una teoría general jurídico-política. No significa volver, nuevamente, a las antiguas teorías generales alemanas o francesas; teorías, que aunque con pretensión explícita de neutralidad, estaban montadas —conscientes o inconscientemente— en un sistema ideológico concreto: el sistema liberal¹⁷. Creemos, sin embargo, que puede insinuarse una teoría general —previa para una sistematización ulterior— en base a los distintos sistemas ideológicos. Dicho en otros términos: existen elementos ideológicos, valorativos y sociológicos en cada normatividad jurídica diferenciada, pero estos elementos deben ser previos a la constitución de dicha normatividad. Nuestra tesis, en este sentido, puede quedar expresada en las siguientes proposiciones:

toda normatividad implica un sistema de referencias ideológicas y sociológicas. La normatividad, en la base, nunca es neutral. Así, por ejemplo, hay una normatividad democrático-liberal, socialista y corporativa. Normatividad y legalidad son términos coincidentes. Toda legalidad es una ideología institucionalizada.

¹⁵ LUCAS VERDU: Introducción... , op. cit., pp. 27-52; GARCIA-PELAYO: Constitución y Derecho constitucional, en *Revista de Estudios Políticos*, n. 37-38, pp. 53-122.

¹⁶ La expresión "derecho político" fué utilizada ya por MONTESQUIEU: De l'Esprit des Lois, cap. III, liv. I, como relación entre gobernantes y gobernados. Posteriormente, con el nacimiento del Estado constitucional-liberal se extendió como "derecho constitucional". La evolución histórico-doctrinal, puede verse en, OLLERO: Estudios de Ciencia Política, Ed. Nacional, Madrid, 1955, pp. 125-149.

¹⁷ La doctrina iuspublicista alemana, apoyada en su situación política, inventó las teorías generales, aparentemente neutrales, como una conquista definitiva del Derecho. Lasalle, en "¿Qué es una Constitución?", desde un plano sociológico-político y Marx, desde una perspectiva filosófico-jurídica, se dieron cuenta de estos dos hechos: (a) que tal neutralidad no existía y (b) que, en todo caso, *precisamente* en Alemania no se aplicaba. Cf. MARX: En torno a la crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel, recogido en el volumen de la Sagrada Familia, Ed. Grijalbo, México, 1958, p. 9. En el fondo, es la aplicación del punto de vista de Hegel sobre la sociedad burguesa (= sociedad perfecta) a la teoría del Estado—naturalmente nos referimos a los teóricos generales no-marxistas. La teoría general del Estado y del Derecho nace, precisamente, del hegelianismo "liberal". Esta concepción, que se inicia en Gerber, Laband, Jellinek, culmina con el formalismo-positivista de Kelsen, constituyendo el positivismo liberal. La relación al formalismo se patentiza, como es sabido, en la dirección sociológica realista de Heller y, más próximamente de Lins, y en el decisionismo anti-liberal de Schmitz.

En estas proposiciones no hay contradicción, sino, en todo caso, complementación, con los supuestos básicos de la doctrina kelseniana¹⁸. La *norma-supuesta*, de que hablan Kelsen-Merkl, es la que está impregnada de los elementos ideológico-sociológicos. El poder constituyente, que crea la Constitución de un país, es decir, que asienta la norma fundamental y su correspondiente sistema jurídico-normativo, es el que responde a una concepción del mundo. Esta concepción del mundo, en cuanto *techo ideológico*, según expresión del profesor TIERNO-GALVAN, es la que queda plasmada en el texto fundamental. Aquí no hay neutralidad: hay una *decisión política*, empleando la terminología schmitiana: se adoptan valores y se afirman creencias. El jurista —en el sentido técnico moderno— no realiza función alguna; es un espectador más o, si es actor, lo es a título de ciudadano. Posteriormente, creada —restablecida e inventada— la norma base, la *grundnorm*, esta norma se debe convertir ya en “neutral” —jurídicamente hablando— y, desde este momento, surge ya un sistema normativo que el jurista debe velar por su coherencia y operatividad. Así planteado el problema, se deduce que este esquema es aplicable tanto al nacimiento de una legalidad democrático-liberal, corporativa o socialista. El estudio de la norma supuesta, el estudio de los supuestos filológico-políticos nos dará la significación ideológica de su legalidad. Así, por ejemplo, los “covenants” americanos, el sistema de legalidad que se encarna en las actuales Leyes Fundamentales españolas¹⁹ o la Constitución soviética de 1918, responden a normas supuestas diferenciadas: crean tres sistemas de legalidad distintos. Es evidente, que aquí exponemos nuestra tesis en términos generales: existen legalidades no-tipificables en los modelos citados. Por ejemplo, la yugoeslava. Toda generalidad implica simplificación. Los ejemplos citados pueden servir de modelos: la cuestión se concreta en determinar si una legalidad coincide o no con los modelos²⁰.

¿Cuáles son las consecuencias lógicas que se derivan de esta tesis, aplicada

¹⁸ LEGAZ LACAMBRA, en su artículo sobre “Legalidad y legitimidad”, cit., p. 7, considera más correcto diferenciar normatividad y legalidad, aunque reconoce, en efecto, que, en sentido material, *lex = norma*. La carga valorativa reside, para nosotros, en el concepto de legitimidad que desarrollamos en el texto.

¹⁹ La típica legalidad corporativo-fascista era la encarnada en la Italia mussoliniana, aún teniendo en cuenta que formalmente seguía en vigor el Estatuto albertino de 1868. La sistematización de las legalidades corporativas es difícil. Portugal se declara República corporativa, en el artículo 5 de su Constitución. El problema de España es, todavía, más difícil: por ello, lo que afirmamos en el texto tiene un carácter provisional, sujeto a revisión. Doctrinalmente, hay una amplia literatura sobre el carácter corporativo. Así, por ejemplo, se mantiene esta tesis en el libro de SANCHEZ IZQUIERDO, PRIETO-CASTRO y MUÑOZ CASAYUS: *Corporatismo. Los movimientos nacionales contemporáneos. Causas y realizaciones*, Editorial Imperio, Zaragoza-Granada, 1937, pp. 162-190. El corporativismo tiene como base el concepto de representación: frente a la representación inorgánica de la democracia-liberal, defiende la representación por “corporaciones” o representación denominada “orgánica”. Y, en este sentido, las actuales Cortes Españolas son, en efecto, unas Cortes corporativas. El profesor FRAGA IRI-BARNE, afirma: “Las Cortes Españolas enlazan con las formas de representación anteriores a las Cortes de Cádiz, es decir, con la representación orgánica típica del Antiguo Régimen, en cuanto se contraponen a la representación orgánica de base geográfica, típica de las Constituciones del período 1821-1931” (cf. El Reglamento de las Cortes Españolas, SIPS, Madrid, 1959, p. 12). Otro, del Presidente de las Cortes, que afirmó: “...somos unas Cortes corporativas, una Asamblea corporativa”, cit. por FRAGA IRI-BARNE, op. cit., p. 14.

²⁰ Una clasificación jurídica que podría aceptarse es la que hace el profesor VERNEY, dividiéndolos en: Estados *ancien régime* (el Vaticano, por ejemplo); Estados inclasificables, en donde incluye a España; sistemas parlamentarios: monarquías y repúblicas, y estas últimas: comunistas y no-comunistas; sistemas presidenciales: USA; y sistemas tipo-convención: comunista (URSS) y no-comunistas (Suiza). VERNEY: *The Analysis of Political Systems*, London, 1959, pp. 83-84.

al problema de los cambios constitucionales? Ante todo, parece correcto afirmar que la teoría general de los cambios constitucionales no significa otra cosa que lograr la vigencia de la normatividad jurídica fundamental. Es decir, el problema que tiene planteado el jurista, en cuanto constitucionalista, es evitar la revolución, ya que la revolución representa la ruptura del orden jurídico: la ausencia de derecho, la situación de guerra²¹. *Desde una concepción exclusivamente normativa, toda revolución es anti-legal, anti-jurídica*. Sin embargo, esto no significa que toda revolución sea ilegítima, no-ética o injusta. Expresamos sólo una valoración normativa: revolución contradice a derecho. Por eso, la función del jurista ha sido una función, históricamente, conservadora, defensor tradicional del *status quo*, comprometido —en el sentido moderno— con la situación vigente²². Esta función conservadora, tipificada con mentalidad diferente, se manifiesta incluso en la legalidad socialista. El derecho es la expresión del orden, de lo que hay que conservar; por ello, por su función, todo jurista es conservador, vigilador del orden.

Ahora bien, el Derecho hace también referencia a la justicia, a la ética, Y, entonces, el nexo lógico inventado para solucionar correctamente el problema de las revoluciones —desde la perspectiva jurídica, es claro— es el concepto de "legitimidad". Por ello, es conveniente sostener la distinción entre "legalidad" y "legitimidad". Como todos los conceptos jurídicos, son convencionales, pero útiles. Podemos, en este sentido, afirmar que hacen referencia a contenidos diferenciados. Así, decimos: que un Estado puede ser legal (más correctamente: todo Estado es siempre legal si ha creado "su" legalidad; si no, no es Estado, no es poder público organizado), *pero un Estado puede no ser legítimo*. ¿Qué queremos afirmar con esto? Lo siguiente: que el concepto de legitimidad hace referencia a valores, creencias, no a normas (leyes).

²¹ Unas sugestivas observaciones sobre la guerra civil y la guerra internacional en cuanto ruptura, respectivamente, de los ordenamientos jurídicos estatales e inter-estatales, se encuentra en S. ROMANO: *Rivoluzione e diritto*, en su *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Giuffrè, 1953, pp. 220-223. También, AGUILAR NAVARRO: *La guerra en el orden internacional*, en *Revista de Estudios Políticos*, n. 13, pp. 23-88. En especial, la guerra civil ha sido—y es—una de las constantes preocupaciones de los juristas. Se ha sostenido que de las guerras civiles confesionales de los siglos XVI y XVII han nacido los supuestos jurídicos actuales. Así, C. SCHMITT: *Ex-captivitate salus*, Santiago de Compostela, 1960, pp. 59 y ss. También, las tesis desarrolladas por ORTEGA: *El genio de la guerra y la guerra alemana*, Obras Completas, R. Occidente, Madrid, 1957, tomo II, pp. 192-210; LEGAZ LACAMBRA: *El Derecho internacional en el pensamiento de José Ortega y Gasset*, en *Revista de Estudios Políticos*, 111 (1960) 5-42. En España, el fenómeno de la guerra civil, por su constante histórica, se ha convertido literaria e ideológicamente en ejemplo arquetipo a partir ya de la guerra de los comuneros, en el siglo XVI. Cf. TIERNO GALVAN: *De las comunidades a la historia como proceso*, en *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*, Salamanca, 16-19 (1957) 127-151.

²² La neutralidad del jurista y, en general, la del intelectual, es falsa. *Nadie es neutral a la situación histórica en que vive*. Todos estamos comprometidos, de una forma u otra, en una u otra dirección, en mayor o menor intensidad. *Habrà: comprometidos, semi-comprometidos o out-siders*. En una legalidad democrática, el problema tiende a diluirse en un plano trivial: la lealtad intelectual a otro tipo de legalidad no crea conflicto. En las guerras civiles evidentes y latentes (ejemplo claro en las legalidades fascistas)—en donde, como ha observado SCHMITT, lo que no está expresamente permitido está prohibido (*Ex captivitate salus*, op. cit., p. 8)—el compromiso afecta a lo más íntimo del jurista y, naturalmente, a su seguridad. Hay que elegir entre *lealtad y legalidad*, entre *legitimidad y legalidad*. Y la lealtad y la legitimidad implican conflicto jurídico y político con el sistema. Desde un plano culturalista, el profesor TIERNO GALVAN: *Ambigüedad y semi-desarrollo*, en *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*, Salamanca, 25 (1960) 101-136. La ambigüedad aparece como el sistema de evasión ante el problema. Ambiguo puede ser semi-comprometido. A nuestro juicio, MONTESQUIEU tiene un texto esclarecedor sobre esta postura ambigua y, al mismo tiempo, corrobora nuestra tesis. Dice así: "Malheur des guerres civiles. Il ne faut pas me dire qu'au milieu de deux différentes factions je n'ai qu'à me tenir neutre. Car quel moyen d'être sage quand tout le monde est fou, et d'être froid dans le fureur général? D'ailleurs, je ne suis point isolé dans la Société, et je ne puis m'empêcher de prendre part à une infinité de choses auxquelles je tiens. De plus, le parti de la neutralité n'est pas prudente" (Mes pensées, VII, 809, de la edición de R. Caillois, Gallimard, París, tomo I, 1949).

La inter-conexión es frecuente, pero en este sentido: toda legitimidad quiere llegar a institucionalizarse jurídicamente, es decir, convertirse en legalidad; y toda legalidad pretenderá ser legítima²³. No hay ningún Estado que se auto-defina como despótico, ni ningún grupo revolucionario que no se considere legítimo. Entendemos, como hipótesis de trabajo, por principio de legitimidad, éste: *la aceptación de ciertos valores que, en una determinada situación, se consideran socialmente vigentes, no legalmente, y se quiere lograr su juridicidad*. El concepto de legitimidad, que utilizamos, se aparta del concepto tradicional-monárquico del absolutismo²⁴ y lo entendemos aproximado al concepto de WEBER de racional, en el sentido de cultural situacional²⁵. Toda legitimidad defiende una ideología. Por ello, la legitimidad es un resultado cultural y situacional. Precisemos más: ¿qué significa la expresión “carácter situacional del concepto de legitimidad”? Ante todo, no significa una relativización absoluta—no-ética o -ética—del mismo. Por el contrario, a nuestro juicio, la legitimidad es la *ética del Derecho. Estado ético y Estado legítimo coinciden*. La pregunta puede, así, plantearse: ¿cuáles son, entonces, las notas que determinan la legitimidad o eticidad de un Estado(y por Estado entendemos = sistema de legalidad institucionalizado); o más sencillamente: en qué consiste la legitimidad de pura legalidad? Hay otra cuestión, que la analizaremos en otro artículo, a saber: cuando una revolución es legítima.

Hemos dicho que, en el orden histórico-temporal, la legitimidad la entendemos como *situacionalidad*. Esto significa: que en cada situación histórica hay valores, ideas, que hay que defender: son principios éticos a los que la cultura de un grupo humano ha llegado. Aquí cultura es equivalente a ideología. La ideología, así entendida, no enajena: autentifica; la autenticidad intelectual, jurídica y política, radica en el compromiso que adecúa ideología y situación histórica. La ausencia de ideología es ya otra ideología²⁶. No existe neutralidad²⁷. Bodino, Montesquieu, Marx fueron auténticos con su situación histórica: se comprometieron a lo que debían estar comprometidos: a su situación, al resultado cultural de su tiempo.

²³ Se ha sostenido, doctrinalmente, la identificación de estos dos conceptos. La tesis liberal-tradicional es la diferenciación. A pesar de ello, KELSEN—liberal—los identifica: consecuencia lógica de la identificación Estado-Derecho. En España, todo el pensamiento jurídico-liberal (GINER, AZCARATE, POSADA) los diferenciaba. En HELLER más que hablar de identificación o separación, habría que hablar de *conexión*. Así, en su Teoría del Estado, FCE, México, p. 239.

²⁴ La polémica entre legitimismo-democracia (= liberalismo) tuvo, en España, un amplio desarrollo al nacer—o intentar nacer—el Estado liberal en Cádiz. Así, ARTOLA: Los orígenes de la España contemporánea, IEP, Madrid, 1959, t. I, pp. 545 y ss; también, FERNANDEZ-ALMAGRO: Los orígenes del régimen constitucional en España, Labor, Barcelona. Doctrinalmente, ha ido desapareciendo por la ausencia de legalidades que plantean, todavía, el conflicto absolutismo-liberalismo. El problema se plantea, hoy, entre liberalismo-socialismo. Sin embargo, en la España actual, ciertos sectores del absolutismo-monárquico, de carácter integrista, siguen operando con estas categorías. Así, A. D'ORS: Forma de gobierno y legitimidad familiar, Madrid, Atenero, 1960, en especial, pp. 33 y ss.

²⁵ WEBER: Economía y Sociedad, FCE, México, Tomo IV, pp. 23 y ss.

²⁶ Si ideología es equivalente a concepción del mundo, el fin de las ideologías será el fin del Estado, ya que todo Estado, como hemos afirmado, es la expresión jurídica institucionalizada de una concepción del mundo. Ahora bien, en la ideología entran no sólo ideas, valores, creencias, sino también pre-juicios. El fin correcto de toda ideología será la eliminación de estos pre-juicios (ilusiones o alienaciones), que impiden llegar al conocimiento de la realidad. Es decir, *la ideología se convertirá en utopía*. En la actualidad, estamos en una fase en que el jurista debe: 1) Lograr la flexibilidad de las ideologías en el orden internacional: a esto llamamos *coexistencia pacífica*. 2) En el orden nacional, adecuar ideología y legitimidad situacional.

²⁷ Ver nota 22.

En todo esto existe una fuerte objeción. A saber: que las anteriores afirmaciones tienen una validez relativa. Por ejemplo: el Estado fascista-corporativo italiano se autodefinía como Estado ético frente al Estado de Derecho, tradicional, al que se acusaba de no-ético. En efecto: el concepto de legitimidad situacional puede conducir a ambigüedades y a justificaciones de Estados, que en un momento dado de la cultura humana, considera ilegítimos. *Por ello, la situacionalidad no hay que entenderla en un sentido radical*²⁸. Su contenido histórico-cultural nos explica cómo surgen las protestas éticas que tienden a institucionalizarse dentro de una legalidad. Pero es necesario acudir a ciertos valores permanentes o que debemos considerar permanentes para lograr la vigencia del derecho. Tal vez, aquí, la categoría yusnaturalismo sea la correcta por su peculiar carga intencional histórica: revolucionario o tradicional. Incluso, el marxismo, a juicio de KELSEN, se ve como un tipo de yusnaturalismo. Podríamos aceptarlo en el sentido moderno de "naturaleza de las cosas"²⁹.

Cuales son, entonces, las notas que cualifican la legitimidad de una legalidad? A nuestro juicio, en nuestra actual situación histórica, consideramos cuatro notas fundamentales. A saber: (a) *la paz*, (b) *la libertad*, (c) *el bienestar* y (d) *la democracia*. El fundamento de la legitimidad es, para nosotros, ideológico, no histórico-tradicionalista³⁰.

²⁸ La cuestión de la legitimidad, como ética del derecho, tiene, en el fondo conexión con el problema de la justificación. Así, una legalidad justificada—ajustada—parece una legalidad legítima. Es este sentido, es interesante la diferenciación entre "moral como estructura" y "moral como contenido", que mantiene el profesor ARANGUREN: *Ética*, Revista de Occidente, Madrid, 1958, pp. 63 y ss. y 237 y ss. Naturalmente, este esquema no encaja totalmente en un concepto situacionista: es válido sólo hasta ciertos límites. ARANGUREN lo ha visto claramente cuando analiza el formalismo lógico como formalismo ético (pp. 253-267).

²⁹ La literatura jurídica alemana ha desarrollado ampliamente esta teoría. Así, RADBRUCH, MAIHOFER, STRATENWERTH, etc. En España, CEREZO: La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, sep., 1961; también, ELÍAS DÍAZ: El tema de la naturaleza de las cosas en la filosofía jurídica, que se publicará en la *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*. No. 11.

³⁰ Es muy interesante analizar el pensamiento de ORTEGA sobre esta cuestión. En términos generales, se puede distinguir en su pensamiento jurídico-político tres tendencias: la radical, la liberal—la más constante y, por ello, la más auténtica—y cierto tradicionalismo autoritario. Nos inclinamos a creer que tanto la radical como la autoritaria son accidentales. Sin embargo, por su estricta mentalidad filosófica de querer revisar todas las categorías, ORTEGA permite la interpretación de las citadas tendencias. En el concepto de legitimidad aparece claro. Concretándonos a su ensayo: "Una interpretación de la Historia universal. En torno a Toynbee" (*Revista de Occidente*, Madrid, 1959) asienta Ortega las siguientes tesis que podemos reducir así: (a) la legitimidad, en Roma, nace en un momento histórico concreto y con una concreta significación: religiosa y sacral (p. 158); (b) la legitimidad prototípica es la monárquica, la carismática: el rey por la gracia de Dios (p. 161); (c) hay otra legitimidad, también, monárquica, pero constitucional: pero es "insaturada, feble, deficiente, equívoca" (1. 172); (d) la modernidad es ilegitimidad (p. 192); (e) la legitimidad no es algo necesario: es secundaria (p. 230); (f) ¿Qué hacer en esta situación de ilegitimidad? Respuesta: reconocerla como algo inevitable, "tragarla" (p. 231). Analizando estos puntos de vista encontramos que Ortega se sitúa, sorprendentemente, en la dirección ideológica del legitimismo monárquico-tradicional. Principio de legitimidad se opone al principio de la democracia. Legitimismo = monarquía = continuidad. El argumento tradicionalista, como se sabe, será: la Revolución francesa rompe la continuidad, rompe la legitimidad. Todo el pensamiento contra-revolucionario—Burke, Donoso, De Maistre, De Bonald, Maurras...—se asentará sobre esta base. Ortega piensa y escribe como un contra-revolucionario. Pero, *hay más*. Ortega se da cuenta de que la legitimidad no tiene valor jurídico e histórico: poco más que pura estética—"feliz añadido", "afortunada virtud". Más aún: que la modernidad—y la ilegitimidad—se ha generalizado. ¿Qué hacer? Respuesta: aceptar la ilegitimidad, como Tocqueville aceptó la democracia. Ortega, tal vez, con cierta ironía, justifica su actitud trivializando el concepto de legitimidad, la legitimidad no tiene importancia. La anterior concepción tradicionalista que, como todo sistema cerrado es intrivualizable, se trunca en una concepción liberal-positivista. Pero aún, hay más: cuando se refiere al derecho, afirma Ortega que su fundamento no reside en nada jurídico, sino que, de tenerlo, lo ve "en cierta situación total de la vida humana colectiva" (p. 216). Y esta vida humana colectiva funciona por creencias; conociendo el significado del concepto orteguiano de creencias, se puede sostener ésto: unas creencias sustituyen a otras creencias, una legitimidad a otra legitimidad. Afirma así: "Algo es jurídicamente legítimo cuando su ejercicio del poder está fundado en la creencia compacta que abriga todo el pueblo de

(a) La paz.—La paz, la convivencia pacífica, configura el primer principio de un Estado legítimo: base esencial de la convivencia nacional o internacional. Desde el nacimiento del *ius publicum europaeum*, la paz se ha considerado como la respuesta jurídica a una situación anti-jurídica: la guerra, la ausencia de paz. Vitoria, Grocio, Bodino, Hobbes, hacen de la paz — en un plano u otro, con o sin libertad— la base de la sociedad. En Montesquieu está explícitamente expresado³¹. *La legitimidad de una legalidad radica en la paz y en regularización*. En este sentido, los Estados que encarnan la ideología fascista son, pues, legalidades ilegítimas. Sus supuestos jurídico-políticos han conducido a la guerra internacional y, en el orden interno, conducen — y han conducido— a la permanencia del esquema de la guerra civil. La paz, resultado de una guerra civil, persistiendo los supuestos de amigo-enemigo, vencedor-vencido, tal como la doctrina fascista ha desarrollado y aplicado, no es paz: es tregua. Y un sistema de legalidad basado en la tregua reenvía el conflicto a otro momento. Paz es convivencia permanente y en el plano internacional, coexistencia permanente.

El problema de la legitimidad de las legalidades socialista y liberal no vamos a analizarlo aquí. Sólo nos interesa constatar ésto: que una legalidad cuyos principios ideológicos, desprecian la paz y elevan la guerra —internacional o civil— a categoría histórica inevitable y deseable, no crea convivencia, sino conflicto. El Estado fascista representa el arquetipo moderno del Estado de guerra, del Estado conflictual, del Estado anti-jurídico³². En nuestra situación histórica, una legalidad es legítima cuando operativamente se asienta sobre esta primera nota, tal como se reconoce en la Carta de las Naciones Unidas de 1945³³ y recogida en el constitucionalismo de la segunda posguerra. La paz, internacional y nacionalmente, aparece como ingrediente a la nueva convivencia pos-bélica³⁴.

(b) La libertad.—La ausencia de guerra, de conflicto, condiciona la existencia de libertad. Un Estado pacífico, estructural y funcional, tiende a institucionalizar la libertad. Como hipótesis de trabajo, que sometemos a revisión en otro artículo, empleamos el concepto de libertad tanto en el sentido

que, en efecto, es quien tiene derecho a ejercerlo" (p. 174). Inequivocamente, se sostiene la tesis de que la legitimidad reside en el pueblo: a esto se llama democracia. Así, pues, en este como en otros conceptos, que habría que sistematizar, encontramos un Ortega tradicionalista, un Ortega liberal, un Ortega democrata. Cf. LEGAZ LACAMBRA: artículo citado sobre Ortega y el Derecho internacional; DIEZ DEL CORRAL: Ortega ante el Estado, en *Revista de Estudios Políticos*, n. 69, pp. 3-21; el libro de MARIAS: Ortega, Circunstancias y vocación, *Revista de Occidente*, Madrid, 1960, en especial, pp. 229 y ss. HERNANDEZ-RUBIO: Sociología y política en Ortega y Gasset, Barcelona, Bosch, 1956.

³¹ MONTESQUIEU: De l'esprit des Lois, Liv. I, cap. 2.

³² "Anzitutto il fascismo non crede alla possibilità né all'utilità della pace perpetua. Respinge quindi il pacifismo che nasconde una rinuncia alla lotta e una virtù di fronte al sacrificio. Solo la guerra porta al massimo di tensione tutte le energie umane e imprime un sigillo di nobiltà ai popoli che hanno la virtù di affrontarla. Tutte le altre prove sono dei sostituti, che non pongono mai l'uomo di fronte a sé stesso, nell'alternativa della vita e della morte. Una dottrina, quindi, che parta dal postulato pregiudiziale della pace, è estranea al fascismo così come estranea allo spirito del fascismo." (MUSSOLINI: La dottrina del fascismo, op. cit., pp. 12-13).

³³ Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en *Textos Constitucionales*, Taurus, Madrid, 1959.

³⁴ Constitución italiana: artículo 11; Ley Fundamental de Bonn: preámbulo, artículo 1, artículo 24; Constitución francesa: preámbulo, etc. Cf. OLLERO: El derecho constitucional de la postguerra, Bosch, Barcelona, 1949.

liberal clásico: afirmación de los derechos individuales, ausencia de despotismo; como en el moderno: eliminación de todo tipo de enajenación de los grupos sociales. Es decir, la libertad como liberalismo y como democracia. Estructuralmente, libertad se opone a dictadura; y hay dictadura cuando hay concentración de poderes³⁵. En las constituciones de la pos-guerra la libertad está suficientemente reconocida y garantizada³⁶.

(e) El bienestar.—Un Estado legítimo tiende a realizar el bienestar. Y bienestar significa algo concreto: nivelación u homogeneización de los estratos o grupos sociales. Sin nivelación socio-económica no hay libertad, no hay democracia, no hay paz social. La nivelación exige planificación. Hay bienestar cuando afecta a la generalidad. La intensidad vendrá determinada por el desarrollo del país. Una legalidad que realice el bienestar tiene que ser también una legalidad que garantice la libertad: lo que Mannheim denominaba el control democrático en una sociedad planificada³⁷. Estado-bienestar = Estado democrático.

(d) Democracia.—Estos tres valores —políticos y éticos—³⁸, se concretan, desde una perspectiva estructural, en una palabra: la democracia. *En definitiva, un Estado se legitima por el pueblo*. Un Estado que sustituye la mayoría —el pueblo— por una elite —minoría— en la participación y distribución, no es un Estado legítimo. Las legalidades montadas sobre categorías culturalistas de elites son legalidades antipopulares o pseudo-populares. Los sistemas de legalidad que supra-valoran las elites, como minorías dirigentes, se plasman, institucionalmente, en Estados corporativos o fascistas³⁹. El corporativismo tal como históricamente se ha desarrollado ha sido desigualitario. La democracia exige, por el contrario, que haya igualdad para establecer la paz social. *Democracia, sigue siendo: gobierno del pueblo, para el pueblo, por el pueblo*. Se ha visto que la sustitución del concepto “pueblo” por el de “Estado” o “nación” ha conducido al fascismo, a la ilegitimidad. Y el procedimiento de expresión de la opinión del pueblo para gobernar es el sufragio universal. Hay sufragio cuando hay elecciones. La opinión pública, en último término, manifiesta a través de “su” elección quien debe gobernar y cómo debe gobernar: elige a sus representantes y unos programas políticos. El poder del representante se llama mandato; y todo mandato es limitado

³⁵ DUVERGER: *Droit constitutionnel et institutions politiques*, PUF, Paris, 1958, pp. 174-196.

³⁶ Así, en todos los preámbulos del constitucionalismo de la II post-guerra, tanto en el democrático-liberal como en el socialismo. Cf. OLLERO, *op. cit.*

³⁷ MANNHEIM. Libertad, poder y planificación democrática, Fondo de Cultura Económica, México, 1953, pp. 183 y ss.

³⁸ Entre otros, KOCH: *The Status of values and Democratic Political Theory*, en *Ethics*, LXVIII-3 (1958) 165-185.

³⁹ Toda la literatura fascista y pre-fascista coincide en ultravalorar la función social y política de las elites y de los “hombres excepcionales o providenciales”. Así, la interpretación heroica de la historia de Carlyle y, en una etapa más próxima, en Mosca y Parero. En general, cf. FRIEDRICH y BRZEZINSKY: *Totalitarian dictatorship and autocracy*, Harvard University Press, 1956; más en concreto; cf. BAKLEY: *The Theory of the Elite and the Mythology of Power*, en *Science and Society*, N. Y., XIX-2 (1955) 97-106.

por el tiempo y por su ejercicio: no hay, jurídicamente, representantes que tengan un mandato ilimitado o irresponsable. Si el representante no es elegido por sufragio, no tiene responsabilidades jurídicas ante órganos concretos, ni limitación temporal de su mandato, no es representante. A esta institución se llama dictadura. Una legalidad no asentada sobre la opinión pública, sobre elecciones, no es una legalidad legítima.

Según esto, una legalidad es legítima, un Estado es legítimo, cuando tiene paz, libertad, bienestar y democracia. Jurídicamente, la norma fundamental expresará estos valores. *Llamamos Constitución democrática a aquella en donde coinciden legalidad y legitimidad.*