

ACADEMIA MEXICANA DE
JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACIÓN
CORRESPONDIENTE DE LA ESPAÑOLA

LEGITIMIDAD Y DERECHO
DISCURSO LEÍDO EL DÍA 24 DE JUNIO DE 1997

POR
FERNANDO SERRANO MIGALLÓN

Y
CONTESTACIÓN DE
HÉCTOR FIX ZAMUDIO

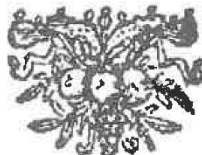


Ciudad de México

1997

CONTENIDO

| | |
|--|----|
| PALABRAS DEL FRANCISCO JAVIER GAXIOLA, PRESIDENTE DE LA ACADEMIA MEXICANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN..... | 5 |
| DISCURSO DE INGRESO A LA ACADEMIA MEXICANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE FERNANDO SERRANO MIGALLÓN..... | 11 |
| CONTESTACIÓN AL DISCURSO DE INGRESO POR HÉCTOR FIX ZAMUDIO..... | 29 |



FERNANDO SERRANO MIGALLÓN

Contestación al discurso de ingreso
por Héctor Fix Zamudio

FERNANDO SERRANO MIGALLÓN

Señor Presidente de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación.

Señor Rector de nuestra Universidad Nacional Autónoma de México.

Maestro Flores Zavala.

Señor Académico Fernando Serrano Migallón.

Me es muy grato formular algunas palabras de recepción al nuevo Académico de Número, el distinguido jurista y economista Fernando Serrano Migallón, que ha pronunciado una brillante disertación sobre el trascendente tema intitulado *Legitimidad y Derecho*, y en el cual se advierten las estrechas relaciones entre las ciencias jurídica y política.

Antes de hacer unos breves comentarios sobre una materia que considero de gran importancia, pero que desafortunadamente no he estudiado con suficiente profundidad, como sí lo ha hecho Fernando Serrano Migallón, quisiera hacer alguna referencia sobre los indudables méritos intelectuales del Académico que hoy recibimos.

Fernando Serrano Migallón abarca dos campos de las ciencias sociales, derecho y economía, lo que no es frecuente, ya que obtuvo la licenciatura en ambas disciplinas en las Facultades de Derecho y Economía en la UNAM, además de estudios de posgrado en París y La Haya.

En virtud de esa preparación y de su permanente dedicación al estudio de las ciencias sociales, es autor de varios libros que han tenido una excelente acogida entre los tratadistas mexicanos y de Latinoamérica, y de los cuales citaré como ejemplos *Aportación de Isidro Fabela a la doctrina internacional de México*, (México, 1993); *El particular frente a la administración. Necesidad de una Ley Federal de Procedimientos Administrativos*, (2a. Ed., México, 1993); *Legislación electoral mexicana. Génesis e*

integración, (México, 1991); *La propiedad industrial en México*, (2a. Ed., México, 1995) y *Desarrollo electoral mexicano*, (México, 1995).

Además de los anteriores, ha publicado otras obras sobre ciencia e historia políticas en nuestro país, varias de las cuales han sido incluidas en la prestigiosa colección de la Editorial Porrúa, denominada "Sepan Cuántos", y en la cual sólo se incluyen los estudios realizados por autores que se han distinguido por su elevada calidad académica e intelectual. Entre dichos libros mencionaremos *El Grito de Independencia*, (3a. Ed. 1995); *Isidro Fabela y la Diplomacia Mexicana*, (2a. Ed., 1995), y *Toma de Posesión. El rito del poder*, (2a. ed., 1995). Además debemos agregar numerosos artículos y participaciones en libros colectivos, predominantemente en materia jurídica.

Por tanto, puedo sostener sin exageración, que Fernando Serrano Migallón llega a la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación después de realizar una intensa y constante actividad académica, en la cual destacan sus aportaciones en varias disciplinas sociales, las que le han otorgado pleno merecimiento para su designación como académico.

Ahora me toca formular algunas reflexiones muy sintéticas, más en condición de aficionado que como cultivador del muy actual tema de Legitimidad y derecho que ha presentado como discurso de ingreso en esta prestigiada corporación.

Las relaciones entre la legitimidad y el derecho han sido objeto de análisis polémico desde hace tiempo, pero el tema no ha perdido actualidad, por el contrario, es una materia que resurgió vigorosamente en nuestra época, en la que se discute en forma apasionada sobre la función de las normas y de la ciencia jurídica en los Estados Democráticos de nuestra época, y sobre las diversas concepciones que se tiene sobre la naturaleza de la denominación, de origen alemán, del *Estado de Derecho*, que en cierta manera corresponde, aun cuando no

totalmente, con la *Rule of Law* de los angloamericanos.

Puedo afirmar que he aprendido mucho de los planteamientos que hace Fernando Serrano Migallón en su breve pero muy esclarecedor estudio, en el cual señala la estrecha vinculación entre las ciencias jurídica y política, en relación con el estudio del derecho constitucional, en el cual se analizan de manera sistemática las mismas instituciones y los mismos fenómenos pero desde diversas perspectivas. Es indudable que la legitimidad y el derecho se encuentran en la frontera, que no se puede precisar de manera estricta, entre las dos mencionadas disciplinas.

Por este motivo estimo acertados los razonamientos de Serrano Migallón en el sentido de que *“el mínimo de constitucionalismo, es lo que llamamos “legalidad” en el derecho constitucional, y que este mínimo se opone a otro concepto en el que se requiere no sólo la existencia de normas que rijan la vida de los particulares, que organicen el poder y regulen al proceso legislativo, sino también y de manera preeminente satisfagan las exigencias de la sociedad acerca del contenido de las leyes y su sintonía con los deseos de la mayoría. Este sería el sentido pleno de legitimidad constitucional, la que pretende que la norma jurídica asegure la existencia de un proceso político participativo, en el que todo afectado cuente con la posibilidad de intervenir en las decisiones y establezca un gobierno limitado al que se impidan los abusos de su actuación”*.

Al respecto, el nuevo Académico concluye sus agudas reflexiones con la afirmación de que *“un Estado de Derecho presupone la coincidencia entre legitimación y legalidad; todo Estado basado en un principio de legitimidad constitucional es un Estado que cumple con el de legalidad.”* Se puede agregar, que por este motivo el gran pensador alemán Max Weber consideraba, con toda razón, que la legalidad es un principio mínimo de legitimidad.

Es muy cierto lo que sostiene Serrano Migallón en el sentido de que *“existen Estados que podríamos denominar “legales”, que carecen de legitimidad o han perdido la que tenían originalmente. Por ello, en sentido opuesto, no todo Estado que cumple con un principio de legalidad es legítimo.”*

Considero en lo personal que tradicionalmente las ideas que se han tenido sobre el Estado de Derecho y Estado Constitucional habían establecido el predominio de la legalidad de acuerdo con la corriente exageradamente positivista que dominó el pensamiento jurídico durante buena parte del siglo XIX y en las primeras décadas del actual.

Al releer, con motivo del excelente estudio del nuevo Académico, el clásico libro de Carl Schmitt sobre *Legalidad y legitimidad*, (que publicó en 1932, pero que revisó en 1947, con motivo de la segunda edición alemana después de la segunda guerra mundial), se puede observar que la intensa crisis política de la República de Weimar, produjo también una crisis de legitimidad, que desafortunadamente culminó con la elección de Adolfo Hitler como Canciller en el año de 1933, que si bien tuvo legitimidad electoral inicial (aun cuando relativa por la presión de los grupos paramilitares nacionalsocialistas), concluyó con un acto de legalidad descarnadamente formal, como lo fue la llamada Ley de Plenos Poderes de 24 de marzo del mismo año, por la cual el Parlamento alemán abdicó de sus funciones e investió a Adolfo Hitler de todas las facultades estatales con lo cual terminó con toda posibilidad de legitimidad y por tanto de la existencia de una verdadera Constitución.

A esta formalidad jurídica se refiere el propio Schmitt para caracterizar al Estado legislativo parlamentario como aquel dominado por normas impersonales, concebidas como duraderas, de contenido mensurable y determinable, en el que la ley está separada de su aplicación al caso concreto y en el que el legislador está separado de los órganos de aplicación de la ley.

De acuerdo con la tradición consagrada por la revolución francesa, la ley se confunde con el Derecho y el Estado legal se convierte en sinónimo de Estado de Derecho o de Estado Constitucional, pero esta concepción estrictamente formal e legalidad no se considera suficiente en la actualidad en la que las Cartas Constitucionales no sólo poseen una estructura formal, sino un contenido de elevado valor axiológico. No se puede concebir a los ordenamientos jurídicos contemporáneos como un simple conjunto de normas de carácter neutral que pueden admitir cualquier contenido, como caracterizaba Schmitt al Estado legislativo, es decir puramente legal.

La legalidad no puede desvincularse actualmente de la legitimidad, ya que la primera considerada aisladamente sólo se traduce en una estructura formal, y la segunda separada de su cauce normativo, se reduce a las relaciones de poder a las que se refería Fernando Lasalle para caracterizar a la Constitución real, que no se reflejaba en el documento que se designaba como tal.

Para evitar el simple predominio de legalidad, ya no se habla estrictamente de Estado de Derecho o Estado Constitucional, sino que se le agrega el calificativo de democrático, para designar su contenido axiológico.

En un modesto estudio que redacté hace algún tiempo sobre la función del derecho, en la construcción y desarrollo de los regímenes democráticos, estimé que el ordenamiento jurídico debía enfocarse a una doble dimensión: por una parte la creación de las normas jurídicas por medio de procedimientos democráticos, es decir con legitimidad democrática, y por la otra en el contenido axiológico de dichas normas, cuya manifestación se encuentra en los preceptos constitucionales, que sirven de cauce y fundamento a los restantes sectores del sistema democrático.

Aun cuando en la práctica son inseparables los dos ángulos anteriores, podemos aislarlos para su comprensión racional,

como lo hace Fernando Serrano Migallón, por conducto de los dos conceptos de legitimidad y derecho. Desde una primera perspectiva, los factores políticos, sociales, económicos y culturales influyen en la creación de las normas jurídicas, cuya manifestación más elevada se encuentra en los preceptos constitucionales, pero desde un segundo ángulo, los ordenamientos constitucionales deben establecer los instrumentos que sirvan de conducto para la implantación de los valores políticos, sociales y culturales de la democracia moderna, y entre ellos podemos señalar como esenciales los relativos a la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana; las transformaciones del viejo principio de la división de poderes; el establecimiento de una verdadera jurisdicción constitucional dirigida a lograr no la simple racionalización sino a la justificación del poder, entre otros.

Por ello coincidimos con la conclusión con la cual termina su valiosa disertación el nuevo académico en el sentido de que *"con una amplia participación ciudadana, con los procedimientos de adecuación permanente, con la participación de la población y de la ciudadanía, con la incorporación al Derecho de los afanes, anhelos e ideales de una sociedad, el sistema político y su base y fundamento jurídico, estarán permanentemente vigentes; las crisis se convertirán en hechos extraordinarios, y el Derecho será, así, el cauce que conduzca los deseos de la sociedad y no un dique que los contenga."*

Efectivamente, existe un intercambio recíproco y constante entre la legalidad y la legitimidad, entre política y derecho, entre los cambios sociales y la evolución de las normas jurídicas, en particular las de carácter constitucional. Por ello se afirma que los ordenamientos jurídicos no pueden ser inmutables, y menos en nuestra época que se caracteriza por cambios cada vez más acelerados.

El derecho, que como se ha sostenido reiteradamente no puede confundirse con la simple legalidad formal ya que es el resultado de una doble influencia. Por una parte debe reflejar los cambios sociales y servir de conducto para su institucionalización y por la otra, las normas jurídicas y a su cabeza las de carácter constitucional, pretender realizar modificaciones en la sociedad, por medio de las llamadas disposiciones de principio o de carácter programático, que deben considerarse como un proyecto para el futuro. Por este motivo, un auténtico Estado de Derecho o Estado Constitucional, no puede concebirse como una estructura estática, sino como un ordenamiento dinámico y progresivo, que sirva de cauce a los cambios sociales y los perfeccione en el provenir.

Se está superando una concepción que predominó no hace muchos años entre los científicos sociales de otras disciplinas y los juristas, ya que los primeros veían en los últimos simples aplicadores de estructuras formales y estáticas, e inclusive expresaron dudas de que la ciencia jurídica pudiera formar parte de las de carácter social. En los últimos tiempos se ha presentado un acercamiento entre todas las disciplinas sociales en su análisis de los fenómenos e instituciones jurídicos. ya no existe confrontación sino colaboración entre los estudiosos, si bien desde sus diversas perspectivas.

La documentada disertación de Fernando Serrano Migallón constituye un ejemplo de esa colaboración, que esperamos pueda intensificarse en el futuro.



Ceremonia de Ingreso como
Académico de Número de
Fernando Serrano Migallón
se editó en la Ciudad de México,
Distrito Federal, en julio de 1997.
Se hicieron 2000 ejemplares.