

LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD : SOBRE EL VÍNCULO ENTRE MORAL, DERECHO Y POLÍTICA EN UN MUNDO POSTMETAFÍSICO

Julio Montero

UBA

En este trabajo voy a defender la tesis de que moral, política y derecho no pueden escindirse por completo y de que ni siquiera un derecho positivizado puede romper sus relaciones con la moralidad. En la primera parte voy a exponer las razones por las cuales M. Weber postuló un divorcio definitivo entre estas tres instancias a partir de su teoría de la “racionalización occidental” (I). En la segunda parte argumentaré que la sola legalidad no puede engendrar legitimidad. Me ocuparé también de la concepción de la legitimidad política sostenida por Kant para mostrar que acierta al proponer la idea de que moral, política y derecho no pueden mantenerse separados y, al mismo tiempo, que la suya es una visión incompleta (II). En la tercera parte, finalmente, intentaré probar cómo moral, política y derecho se complementan y se entrelazan en sociedades postmetafísicas como las nuestras (III).

I

Antes del surgimiento del derecho positivo moderno, el derecho revestía una doble dimensión, ya que, por un lado, era un medio de organización para el ejercicio del poder político y, por el otro, era también su fuente de legitimidad. En el primero de estos momentos se evidencia el carácter meramente instrumental de un derecho puesto al servicio de un determinado orden político y, en el segundo, su carácter no instrumental, el cual le permitía situarse por encima de un príncipe que debía respetarlo al ejercer sus funciones de juez. Entre estos dos momentos se daba una tensión constante, que permanecía oculta mientras no se atacaban los fundamentos sacros de un derecho consuetudinario consagrado por la tradición.¹ Pero, como sostiene Weber, a medida que transcurre la modernidad tiene lugar un proceso de “racionalización” que depura a las representaciones del mundo adoptadas por los hombres en su vida cotidiana de todo trasfondo mágico, y convierte al universo en una “esfera de lo útil”, que queda de una vez y para siempre liberada de las exigencias morales procedentes de las diversas

concepciones metafísicas o religiosas. Y puesto que eran esas “concepciones del mundo” las que proporcionaban un anclaje normativo tanto al derecho como a la dominación política, a medida que éstas se desintegran en convicciones subjetivas y privadas y las tradiciones del derecho consuetudinario quedan reducidas a un derecho producido e interpretado por especialistas, el derecho se vuelve puramente positivo y ocupa sólo el lugar propio de un derecho burocrático. Para Weber, esta descomposición de las imágenes religiosas del mundo arrebató al derecho su dignidad metafísica y, con ella, el momento de no-instrumentabilidad que antes poseía. Al extraer de este modo del derecho moderno toda consideración material relativa a la justicia, Weber consuma una completa desvinculación entre la moralidad y un derecho que queda ahora indefenso frente a la voluntad del soberano político.²

Como consecuencia de este divorcio entre moral y derecho, la “dominación legal” se convierte en la forma de legitimidad propia de las modernas sociedades capitalistas. Según ésta, la dominación política sólo necesita para ser legítima que exista un derecho positivamente estatuido y que los ciudadanos crean en su legalidad, es decir, que crean en “la corrección formal de los procedimientos de creación y aplicación del derecho”.³ Desde este punto de vista, el derecho ya no necesita una fundamentación racional y queda reducido a un mero medio de organización que es establecido por “decisión”, con lo cual se devalúa toda forma de fundamentación práctico-moral, haciéndose descansar la legitimidad política sobre un derecho positivo que el propio poder político sanciona.⁴ Weber piensa, incluso, que el derecho moderno debe operar según una racionalidad autónoma, la cual tiene que eludir a cualquier costo toda referencia a una razón práctica en el sentido kantiano, pues la confusión de moral y derecho le quitaría a éste la calculabilidad y previsibilidad que necesita para conseguir la integración social de los ciudadanos autointeresados que habitan el mundo capitalista.⁵ En este contexto, no existe para él otra posibilidad que aceptar un derecho instaurado por pura decisión. El resultado de esto es que el concepto de legitimidad se despoja de todos sus contenidos racionales, y que el poder político queda absuelto de su intrínseca necesidad de fundamentación y de su relación interna con las “buenas razones”.

II

Ahora bien, ¿puede la legalidad engendrar por sí misma legitimidad? Hasta donde alcanzo a ver, tanto el derecho positivo como el soberano político son partes de un “sistema de poder” que precisa legitimarse en su conjunto. El hecho de que aún en

gobiernos totalitarios como los de Hitler y Stalin se respetara la legalidad, prueba que ésta no es siempre sinónimo de legitimidad, sino que, por el contrario, la legitimidad tiene que emanar de la aceptabilidad de las pretensiones de validez del derecho. Por eso, con la positivización del derecho no desaparece la problemática de la fundamentación sino que, como dice Habermas, ésta se agudiza frente a la conciencia de que las normas jurídicas son normas contingentes, “puestas a voluntad”.⁶ Es cierto que durante la modernidad el soberano político se convierte en la fuente última de las leyes, y que el derecho parece perder toda referencia a la justicia. Pero el poder coercitivo necesita siempre legitimarse frente a los ciudadanos y no puede hacer brotar esa legitimidad de sí mismo. En ese sentido, el derecho natural racional, que reaccionó en los albores de la modernidad contra el desmoronamiento del derecho basado en la religión y en la metafísica y contra la desmoralización de una política interpretada cada vez más en términos naturalistas, intentó reconectar legalidad y legitimidad proveyendo una justificación normativa del derecho desligada de las imágenes religiosas del mundo. En efecto, aunque T. Hobbes parece fascinado con el momento de instrumentabilidad del derecho e intenta desligar al derecho positivo y al poder político de sus connotaciones morales, consideró, sin embargo, necesario ofrecer a sus lectores *buenas razones* para que como ciudadanos libres e iguales se sometieran a un poder estatal absoluto. Este esfuerzo de la tradición del derecho natural racional por volver a anudar moral, política y derecho se puede apreciar en toda su profundidad en la filosofía de Kant, quien postuló la idea de una “voluntad pública” que debía ser el tribunal último del derecho positivo. De acuerdo con él, una legislación es legítima si puede contar con el *potencial* asentimiento de todos los ciudadanos, como consecuencia de lo cual el contrato social se convierte en un principio normativo de justicia política que pone coto a un derecho positivizado.⁷ Pero Kant también define el derecho como el medio al interior del cual la libertad de cada uno es compatible con la libertad de todos los demás según una ley universal de la libertad, con lo cuál destaca que el derecho no puede prescindir nunca del uso de la fuerza. De esa manera, Kant conserva la doble dimensión del derecho, de acuerdo con la cual consideramos la validez de una norma jurídica como equivalente a la explicación de que el Estado garantiza al mismo tiempo su aplicación fáctica y su creación legítima.⁸ Ya aquí encontramos la idea germinal de que un derecho totalmente permeable a la voluntad política del legislador sólo puede legitimarse por medio de un acuerdo intersubjetivo entre los ciudadanos.

Creo que la perspectiva adoptada por Kant saca a la luz que ni siquiera un derecho positivizado, que no se sostiene sobre imágenes religiosas del mundo, puede liberarse de una vez y para siempre de su momento de incondicionalidad. Pues la legitimidad del derecho positivo depende todavía de que las reglas que lo componen puedan ser justificadas desde el punto de vista normativo. La concepción kantiana de la legitimidad tiene, empero, dos dificultades centrales desde un enfoque que tenga presente la evolución de las actuales sociedades. En primer lugar, en un mundo en el que se han desmoronado las certezas éticas colectivamente vinculantes, el derecho no puede tener a su base una concepción metafísica del mundo en la cual los deberes se hacen derivar de una razón universal. En esas condiciones, el derecho sólo puede legitimarse recurriendo a fuentes que no lo pongan en contradicción con los “ideales postradicionales de vida”.⁹ En segundo lugar, y en relación con esto, Kant no logra su objetivo de explicar *racionalmente* las condiciones de legitimidad de la dominación legal, pues en su filosofía política el derecho moral, deducido a priori de la razón práctica, tiene tal preponderancia que el derecho positivo se rebaja a la condición de una deficiente expresión de la moralidad. Dice Habermas: “Kant reconstruye el edificio destruido procediendo a una simple sustitución: el derecho natural racional, fundamentado en términos autónomos, es el encargado de ocupar la vacante que había dejado el derecho natural de tipo religioso y metafísico”.¹⁰ De este modo, el momento de instrumentabilidad de un derecho que debe servirnos también como medio de organización queda sepultado bajo el peso de los imperativos de una razón legisladora. De ahí que Kant tenga que recurrir a su doctrina de los dos reinos para distinguir legalidad y moralidad.¹¹ Pero si la política y el derecho se subordinan completamente a la razón práctica, el soberano político deja de ser la fuente del derecho positivo y el derecho pierde, al mismo tiempo, su positividad.

III

Hasta aquí nos hemos visto enfrentados a la disyuntiva de desmoralizar el derecho y la política, despojando al concepto de legitimidad de toda connotación normativa, o bien de sujetarlos a la moralidad con unas cadenas tan pesadas que difícilmente ese derecho y esa política podrían sernos de utilidad para regular la vida de sociedades tan complejas como las nuestras. La perspectiva que reduce el derecho a un sistema autopoietico no consigue explicar de dónde reciben el derecho positivo y la dominación política su legitimidad. Me parece que el movimiento obrero europeo del siglo pasado y la batalla feminista por la igualdad de derechos demuestran, en este aspecto,

que la mera dominación racionalizada en términos de derecho formal no es percibida por sí sola como legítima. Pero el derecho tampoco puede tomar su legitimidad prestada de la moral. ¿Puede, entonces, la sociedad contemporánea reconstruir sus propias orientaciones normativas, o no tiene más remedio que dejarse arrastrar al horizonte de la teología y el mito? Según Habermas, en las sociedades postradicionales el derecho no se subordina a la moral, sino que se entrelaza con ésta, institucionalizando sus vías de fundamentación en un procedimiento legislativo con pretensiones de racionalidad.¹² En ese sentido, el *punto de vista de la moralidad*, que constituye una mirada capaz de evaluar imparcialmente los intereses de todos los ciudadanos, *emigra* al interior del propio derecho. Esta moral, sin embargo, se ha despojado de todo contenido material o teológico y ha adoptado una naturaleza puramente procedimental, con lo cual el derecho positivo no descansa ahora, como ocurría con el derecho natural racional, sobre principios morales anteriores, sino sobre las disposiciones colectivamente vinculantes procedentes de las instancias que legislan y aplican las leyes según un principio de soberanía popular. Aunque en un mundo postmetafísico derecho y moral se escinden necesariamente es posible, como vemos, recomponer su unidad, ya que al institucionalizarse como un *discurso práctico* el derecho se vuelve capaz de cumplir la doble función de aplicar las normas sancionadas coercitivamente y de satisfacer las exigencias de legitimación de la dominación política. En este aspecto, sería el procedimiento democrático de producción del derecho el que conectaría moral, derecho y política, por un lado, y legalidad y legitimidad, por el otro, sin que el derecho pierda su dimensión instrumental ni tampoco su momento de incondicionalidad.

El concepto kantiano de legitimidad al que nos hemos referido antes queda así *externalizado e institucionalizado* tanto en el procedimiento democrático como en ese *punto de vista moral* que impone la exigencia de que en la producción del derecho se tengan en igual consideración los intereses de todos los ciudadanos. De ese modo la adopción del *punto de vista moral* somete los discursos sobre objetivos políticos y las condiciones de aplicación de las leyes a un acuerdo libre entre ciudadanos, sin que el derecho se convierta en moral y sin que quede subsumido a ésta. En efecto, el derecho positivo sólo puede conservar su fuerza de integración social haciendo que los destinatarios de las normas jurídicas puedan autocomprenderse como autores de las mismas.¹³ Y es precisamente la autolegislación racional de la ciudadanía la que transmite legitimidad a la dominación política y a la legalidad y la que impide que el derecho positivo permanezca indefenso frente a una voluntad arbitraria e irracional.

Ahora bien, me parece que la creación democrática del derecho no alcanza a satisfacer del todo estas exigencias de fundamentación. Por ese motivo, el derecho positivo debe trascender los límites de la palabra escrita y mostrarse siempre dispuesto a reflexionar sobre su propia necesidad de legitimación. Esto quiere decir que la legalidad únicamente puede reclamar legitimidad cuando el orden jurídico permanece *permeable* a los discursos morales y cuando el poder político se muestra sensible a los temas instalados en la sociedad civil y a la lucha de las minorías por la modificación o la ampliación del derecho vigente. Así pues, cuando el derecho mismo estimula y se mantiene abierto a una dinámica de fundamentación y justificación, hace fluir de la autolegislación de los ciudadanos y de la opinión pública su constante legitimación.¹⁴ Pero esta autolegislación de los ciudadanos institucionalizada en el procedimiento democrático de creación del derecho requiere, todavía, la existencia de la categoría de “persona jurídica”, pues sin ésta no habría tampoco una asociación voluntaria de personas, ni sujetos que reclamaran un derecho de participación política.¹⁵ Es la propia positivización del derecho la que al arrancarlo de toda justificación religiosa o metafísica lo convierte en un artefacto instituido por sujetos de derecho que, como tales, están implícitamente presupuestos en la idea misma de “derecho positivo”. Por consiguiente, las libertades subjetivas de acción son necesarias para que se institucionalicen las condiciones bajo las cuales los individuos pueden conseguir un entendimiento intersubjetivo. Y esto significa que unos derechos humanos que resguarden la autonomía privada de los ciudadanos son también indispensables para que el derecho y la dominación política se revistan de legitimidad.

El divorcio entre moral, política y derecho postulado por Weber escindía la dominación ejercida en forma de derecho de toda justificación práctico-moral. Hemos visto, empero, que sin una referencia normativa no se puede comprender de dónde extrae la legalidad su fuerza legitimadora, de modo que el derecho y la política sólo mantienen su legitimidad mientras puedan actuar como fuentes de justicia. Y contrariamente a lo sostenido por Weber, esa fuente se seca cuando el derecho se convierte en un mero instrumento del poder político que queda a merced de las razones de Estado. Para que el derecho sea legítimo necesita, pues, mantener un momento de incondicionalidad que en un mundo postmetafísico sólo pueden proveerle el proceso democrático y la adopción de un *punto de vista moral*, con lo cual la legitimidad acaba brotando de “la opinión en la que muchos se han puesto públicamente de acuerdo”.¹⁶

- 1 Habermas, Jürgen, (1998), *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Paidós, p. 135.
- 2 *Ibíd*, p. 136.
- 3 Habermas, Jürgen (1998b), *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu, p. 120.
- 4 Habermas, Jürgen (1999), *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, pp. 339-340.
- 5 Weber, Max (1999), *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 1048.
- 6 Habermas, Jürgen (1998), *op.cit.*, p. 145.
- 7 Kant, Immanuel (1993), *Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, pp. 36-37.
- 8 Habermas, Jürgen (1999), *op. cit.*, p. 249.
- 9 Habermas, Jürgen (2000), *Facticidad y validez*, Valladolid, Trotta, cap. II.
- 10 Habermas, Jürgen (1998), *op. cit.*, p. 148.
- 11 Habermas, Jürgen (1998), *op. cit.*, p. 149.
- 12 Habermas, Jürgen (2000), *op. cit.*, p. 101.
- 13 Gunther, Klaus (1996), "Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis", en: *Cardozo Law Review*, Yeshiva University, vol. 17:1035, 1996, pp. 1057.
- 14 Habermas, Jürgen (2000), *op. cit.*, p. 560.
- 15 Gunther, Klaus (1996), *op. cit.*, p. 1057.
- 16 Habermas, Jürgen (2000), *op. cit.*, cap. IV.