

LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD: LOS FUNDAMENTOS MORALES DEL DERECHO

Por ROBERTO J. VERNENGO

1. Es una tesis asentada del positivismo jurídico que la validez de un orden jurídico no depende de su conformidad con una moral aceptada. Es tesis corriente en formas de pensar no positivistas, desde los iusnaturalismos hasta las corrientes críticas marxistas, que la mera instauración fáctica de un orden jurídico no justifica ni explica suficientemente la validez, esto es, el carácter obligatorio, de sus normas.

Max Weber insistió en que, en los derechos modernos racionalizados, la legalidad involucra legitimidad, entendiendo por tal la obligatoriedad moral de los súbditos de acatar las normas promulgadas por autoridades estatales. Sin embargo, el tema de por qué haya de obedecerse al derecho, así como el problema de la insuficiencia de ciertas tesis positivistas extremas para dar razón de la validez de normas positivas, ha llevado nuevamente a plantear el problema de la legitimidad, en tanto distinto del de la legalidad, como cuestión que atañe a la fundamentación moral de las normas jurídicas. El tema aparece, en principio, como una versión un tanto aguada de tesis frecuentes en el iusnaturalismo clásico, en cuanto éste suponía alguna relación necesaria entre principios y reglas morales por un lado y normas jurídicas por el otro.

Pero es en especulaciones iusfilosóficas recientes donde el tema ha vuelto a ser planteado en forma que merece ser discutida. Me refiero, por ejemplo, a la conferencia inicial de Jürgen Habermas, sobre *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?*, donde la cuestión es explícitamente planteada y que analizaré más adelante (1).

(1) J. HABERMAS: *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?*, en «Kritische Justiz», 1 (1987), págs. 1-16; traducción castellana en «Doxa», 5 (Alicante, 1989). Me referiré también a los trabajos publicados en «Ratio juris», vol. 2, núm. 2 (1989), recopilación de ponencias

2. Es un lugar común en el pensamiento jurídico y político actual —con raíces en la especulación política medieval— considerar que un régimen político (es decir: un derecho positivo) puede tener legalidad suficiente en cuanto ha sido producido o aplicado en la forma que la sociedad que lo padece reconoce. Son, pues, normas jurídicas válidas las que han sido producidas conforme a la regla de reconocimiento vigente. Pero esa legalidad reconocida puede ser considerada axiológicamente neutra. Ello empece toda crítica del orden positivo, salvo quizá como un cotejo externo con otro derecho existente o imaginario. Sucede, empero, que la crítica interna y valorativa de un régimen político o del derecho positivo correlativo se efectúa a partir de ciertas pautas de legitimidad, definidas a partir de criterios ideológicos. En efecto, la legalidad sólo permite el control formal de la validez de las normas estatuidas y, por ende, importa un cierto conformismo frente al derecho objetivo. Si éste pudiera ser evaluado y criticado internamente se requeriría contar con criterios aptos para juzgar la legalidad desde un punto de vista no formal. Estos criterios suelen considerarse los propios de la legitimidad del sistema normativo en cuestión, y dado que sus pautas no pueden coincidir con las normas jurídicas objetivas, se los suele identificar con principios morales. Así, distinguiríamos la validez formal de un derecho positivo, garantizada por su forma reglada de producción y aplicación —esto es, por su legalidad—, de su validez material o valorativa resultante de un juicio moral sobre los contenidos y funcionamiento de las normas jurídicas. Claro está que ello supone que se cuente con criterios suficientes para distinguir el dominio compuesto por el derecho objetivo y el dominio integrado por las pautas morales y, además, que se defina de alguna suerte las relaciones postuladas entre ambos dominios. La literatura política suele ser extremadamente vaga en ambos aspectos; incumbe a la teoría y filosofía del derecho poner alguna precisión en esta discusión, una discusión en que vuelven a aflorar viejos temas de la especulación ética y iusfilosófica.

La característica denominada «validez» (*Gültigkeit*) se atribuye a normas —cuya identificación sintáctica dependerá de las reglas de formación aceptadas— y se diferenciaría de otra propiedad que, en Kelsen, por ejemplo, se llama *Wirksamkeit*, operatividad, eficacia o vigencia, como variadamente se la ha traducido. La validez supone, metafóricamente, la existencia de la norma en un orden jurídico, y descriptivamente, consiste en la pertenencia de la norma válida al orden positivo de que se trate. Dicha pertenencia o membresía puede considerarse efectiva si se verifican ciertos actos, como la promulgación

presentadas en el simposio sobre legitimidad del derecho en Tampere (Finlandia), varios de los cuales figuran en el número mencionado de «Doxa».

de una ley o su aplicación por un tribunal. Una norma es válida, pues, en esta acepción, en cuanto elemento de un conjunto de normas que configuran un derecho objetivo positivo. La validez es, a este respecto, relativa al orden jurídico que incluya a la norma en cuestión. Pero también es frecuente referirse, sea a normas morales o jurídicas, como válidas en el sentido de contar con un valor intrínseco que les confiere mérito como para ser dignas de obediencia; se habla de una validez axiológica o normativa —la norma válida debe ser acatada— que conceptualmente no coincide con la propiedad anteriormente destacada. Puede que validez descriptiva —pertenencia a un orden normativo positivo— y validez axiológica sean nociones coextensivas, pero ello no es necesario, como sostiene el positivismo jurídico desde Kelsen a Hart. Quienes consideran interesante la noción de validez normativa apuntan, sin embargo, que de no tomársela en cuenta se pasaría por alto un rasgo esencial del derecho y quedaría sin explicación suficiente el deber no jurídico, esto es, moral, de acatar el derecho. Por ende, se postula que las normas del derecho positivo requieren de un fundamento moral, esto es, de normas morales que les otorguen validez axiológica. Las normas jurídicas tendrían, se suele decir, una validez relativa en cuanto pertenecientes a un orden positivo y una validez absoluta en cuanto intrínsecamente valiosas en el plano moral.

El problema es tema antiguo en toda ética prescriptiva. Kant, por ejemplo, señalaba que una acción puede ser éticamente correcta cuando se la cumple conforme a un deber reglado, sea cual fuere la motivación subjetiva. Ello supone la mera «legalidad» de la acción. Pero mayor dignidad tiene el acto cumplido por el deber mismo, por el intrínseco valor de lo prescrito. Entonces alcanzaríamos un nivel de «moralidad» del acto. Ambas propiedades son lógicamente independientes, aunque pareciera que la moralidad de una acción tiene como condición necesaria su legalidad. Estas características que Kant destacara con respecto a todo precepto moral o jurídico son el antecedente de otras distinciones que el pensamiento filosófico y jurídico mantiene en vilo hasta hoy. Una de ellas es la supuesta entre las diversas acepciones usuales de validez.

En la especulación iusfilosófica actual —y en razón muchas veces de las connotaciones diferentes que tienen los términos usados en distintos idiomas, como resultara ejemplarmente de las dificultades para verter al inglés los vocablos daneses con que A. Ross denominara esta familia de características atribuidas a las normas— es frecuente también hablar de una validez fáctica de las normas para referirse al hecho de darse una relación de correspondencia entre la conducta reglada y la conducta real de los sujetos normativos. En Kelsen, esta propiedad, la *Wirksamkeit*, es considerada una condición necesaria de la *Gültigkeit*, de la validez descriptiva, de una norma jurídica, aunque

ciertamente no de su validez axiológica. Pongamos de lado en este trabajo esta tercera característica, llamada a veces «validez fáctica», que no responde a la terminología tradicional kelseniana y que es irrelevante para investigar las relaciones entre validez empírica y validez axiológica.

Así como en la teoría del derecho los dominios de la relación entre validez y efectividad fueron definidos como conjuntos normativos (donde se decía, por ejemplo, en el primer Kelsen, que la validez de cualquier norma elemento de un orden jurídico objetivo tenía como condición necesaria la efectividad global del orden jurídico), o bien como una relación entre normas (donde una norma carecería de validez jurídica de no contar con un mínimo de efectividad), también la relación entre la legalidad de un derecho objetivo y su legitimidad puede ser vista como una relación entre conjuntos: un orden jurídico y un sistema moral, o como una relación entre normas. Esta última orientación ha sido frecuente en el discurso político y en la especulación relativa a la desobediencia al derecho: es la inmoralidad, por decir así, de una norma jurídica —su incompatibilidad con un principio o regla moral—, condición suficiente para su invalidez jurídica. Pero la falta de validez de una norma jurídica, por ilegitimidad moral, no afecta, claro está, la validez de otras normas y la legalidad global del sistema jurídico. Es decir, la legitimidad para esta forma de pensar es una propiedad de la relación supuesta entre norma jurídica y norma moral cuando ambas regulan el mismo hecho. La legitimidad funciona, en estos casos, como un principio de derogación admitido por los sistemas jurídicos positivos, así como en el derecho argentino cabe la anulación judicial de las obligaciones de contenido inmoral. Se trata de una derogación legalmente regulada —por tanto, condicionada en su legalidad— bajo la forma de una descentralización en los procesos de eliminación de normas de un orden jurídico positivo.

Esta forma de pensar, que hace en rigor de la moral parte del derecho, no sirve para la crítica de un sistema político en su totalidad, donde se considera inmoral al sistema todo, sin perjuicio de que muchas de las normas que lo componen no merezcan reparo moral alguno. Es el régimen nazi o totalitario *in toto* lo que suponemos ilegítimo, por inmoral, sin perjuicio de que admitamos la validez legal de muchos de los actos jurídicos, legislativos u otros cumplidos bajo tales regímenes nefandos.

Una propuesta al respecto, que se hace cargo de este problema, es la definición de E. Garzón Valdés, según la cual la legitimidad de un derecho positivo, un lado de la relación, está dado por «la concordancia de los principios sustentados por la regla de reconocimiento del sistema (jurídico o

político) con *los de la moral crítica o ética*» (2). Aquí el contradominio de la relación establecida por la legitimidad es un sistema moral, un conjunto de principios y reglas (y, seguramente, otras múltiples cosas), mientras que el dominio está constituido por un subconjunto del orden jurídico, a saber, el determinado por la «regla de reconocimiento» o «norma fundamental» del sistema.

3. Adviértase que, conforme se analice una de las tres alternativas insinuadas, las características de la legitimidad pueden ser lógicamente distintas, pues distintas son las propiedades lógicas de las relaciones entre conjuntos, entre elementos de conjuntos y entre un elemento y un conjunto. En la última de las alternativas propuestas, la definida en el párrafo anterior, tenemos que la legitimidad de un sistema normativo, en el sentido definido, no es condición necesaria ni suficiente de la validez o existencia de las normas integrantes del sistema. Esta tesis, sustentada por el autor mencionado, tiene varias limitaciones intrínsecas. Así, desde un punto de vista interno, los supuestos de un orden jurídico difícilmente cuestionarán la legalidad del derecho *in toto*, dado que éste queda legitimado toda vez que la regla de reconocimiento es tenida por válida. La regla de reconocimiento, en una de las interpretaciones corrientes, es norma integrante del orden jurídico positivo; ella misma es una norma jurídica positiva. Tendríamos, pues, una norma jurídica, justificada moralmente en forma independiente, que transmite legitimidad a los restantes elementos del sistema. ¿Cómo entender, en esta versión de la regla de reconocimiento, la ilegitimidad de una norma particular, ilegitimidad que difiera de su validez formal o legalidad? Por tanto, esta noción de legitimidad del sistema parece problemática, pues quien «adopta el punto de vista interno, pero considera que las reglas a las que adhiere no son las correctas..., caer(ía) en una manifiesta contradicción»; la adhesión interna no «proporciona razones suficientes para la justificación moral de los actos» que esos sujetos realizan.

Si la regla de reconocimiento, en cambio, a la manera de la interpretación clásica de la *Grundnorm* kelseniana, no fuera una norma del sistema jurídico positivo, sino un principio teórico situado en otro nivel lingüístico, la noción de legitimidad quedaría reducida a la incompatibilidad entre distintos principios teóricos metajurídicos, y, por tanto, la relación entre legalidad y legitimidad se convertiría en la cuestión de las relaciones entre dos o más teorías jurídicas posibles, asunto que no parece que atañe a una crítica moral del derecho (3).

(2) E. GARZÓN VALDÉS: *Staatsterrorismus: legitimation und illegitimität* (1988), texto del cual existe traducción castellana del autor, aquí citada.

(3) El tema de las relaciones entre derecho y moral tiene soluciones conocidas en el iusna-

Parecería, por tanto, que la legitimidad de normas jurídicas positivas fuera asunto propio de una crítica desde un punto de vista externo, como el que puede realizar un individuo al que el orden cuestionado no obliga desde su propio punto de vista político o moral. La discusión moderna alrededor de la legitimidad moral del derecho positivo es así una versión bastante atenuada de tesis iusnaturalistas más rigurosas: mientras algunos iusnaturalistas (pocos, a decir verdad) llegaron a negar validez a las normas jurídicas positivas que fueran contrarias a normas morales, la tesis de ilegitimidad sirve más bien de fundamento a críticas posibles, desde un punto de vista valorativo, al derecho positivo, que no llegan a cuestionar, empero, la validez formal o existencia de las normas. Las normas morales no constituyen, para estas formas de pensar, fundamento lógico de las normas jurídicas, sino conjuntos de normas externas al derecho a las que se recurre para formular juicios de valor sobre él.

Estaríamos, en todo caso, ante el problema previo de determinar cuáles sean las relaciones que puedan darse entre dos conjuntos normativos, moral y derecho, cuyos elementos obedecen, en principio, a reglas de formación diferentes. Esta posición da por supuesto que la legitimidad es tema del punto de vista externo, en el sentido de Hart, al derecho positivo; deja en el tintero, sin embargo, cuál sea precisamente la relación postulada entre los conjuntos normativos jurídico y moral, o la función que, a partir de un principio moral, determine qué normas jurídicas son legítimas y cuáles no merezcan ser obedecidas (4).

turalismo neoescolástico, así como en el positivismo jurídico de un Kelsen o un Hart. Pero recientemente el tema ha sido vuelto a plantear desde las llamadas éticas discursivas. Desde posturas semejantes, sin embargo, se producen a veces equívocos verbales. Así, R. ALEXY titula su ponencia en Tampere, *The necessary relations between law and morality*, frase que sería fácil relacionar con tesis iusnaturalistas reiteradas. Pero sucede que, en este texto, Alexy define «necesario» como normativamente necesario u obligatorio; derecho o «sistema jurídico» como un sistema de acciones o de procedimientos para la creación de normas, y «moralidad» como una ética discursiva en que la justificación de una decisión judicial debe cumplirse satisfaciendo exigencias discursivas de igualdad, universalidad y generalizabilidad. Por tanto, las relaciones necesarias entre derecho y moral se equiparan a la obligación, también moral, de que los procedimientos de producción de normas jurídicas satisfagan las exigencias mencionadas de una ética discursiva. Ello puede ser plausible y seguramente es una buena propuesta política recomendable, pero poco tiene que ver con lo que tradicionalmente se entiende por una relación necesaria entre derecho y moral. Cfr. el trabajo mencionado en el número de «Ratio juris» citado *supra* en la nota 1, especialmente págs. 169, 171 y 180, para las definiciones aludidas.

(4) J. HABERMAS: *op. cit.*, nota 1, págs. 28 y sigs., de la traducción castellana. Para una crítica interesante, cfr. K. TUORI: *Discourse ethics and the legitimacy of law*, *idem loco*, páginas 125 y sigs.

4. Advertimos así que, en lo que hace a las relaciones postuladas entre normas jurídicas y valores (morales), caben varias interpretaciones. A ello se agrega que toda norma jurídica que establezca una obligación, una prohibición o una facultad puede ser entendida sin más como una preferencia valorativa entre la acción regulada y su omisión: obligar a un acto es decretar una preferencia valorativa frente a su omisión; prohibirlo es preferir la omisión a la realización del acto, etc. A veces se afirma, en consecuencia, que toda norma jurídica de por sí expresa también un juicio de valor, una valoración que, por no ser objeto de promulgación expresa, es considerada una valoración moral implícita. El conjunto de normas constitutivo de un derecho positivo expresa *grosso modo* el conjunto de preferencias o valores de la sociedad en que es efectivo. Tal la teoría sugerida por Husserl: toda norma, válida en sentido descriptivo, involucra un juicio de valor intrínseco, por lo cual, en principio, toda norma comprobadamente eficaz conlleva su propia validez axiológica: toda norma expresa un valor, pero si además la norma es eficaz, ese valor intrínseco la justifica «moralmente».

Esta interpretación, sin embargo, tiene el inconveniente de que, en definitiva, son los hechos las razones justificatorias de normas jurídicas, con lo que la moral implícita queda reducida a la denominada moral «positiva», y todo derecho es válido en razón de su pura eficacia, tesis que no gustan ni a los moralistas ni a los juristas. Sucede que muchas veces la preferencia valorativa así expresada no coincide con valoraciones morales corrientes, aun aceptando la existencia de una moral positiva: actos moralmente desvaliosos no están jurídicamente prohibidos ni los moralmente buenos son siempre legalmente obligatorios. Con lo cual, si se pretende que las normas jurídicas tengan un valor moral que las justifique o legitime, sólo un segmento de las normas jurídicas, aquellas a que atribuimos valor positivo, serían el fundamento de validez axiológica de las restantes, como criterio de aceptación de las positivamente valiosas y de rechazo, de las consideradas desvaliosas. Para buena parte de las normas integrantes de un orden positivo la cuestión de su legitimidad se convierte en asunto puramente formal (pues la reciben deductivamente de ciertos principios dotados de valor moral) o en problema irrelevante. Los juristas tienden a desatender, por ello, salvo en circunstancias alarmantes, los interrogantes por la legitimidad material de las normas formalmente legítimas, esto es: legalmente promulgadas o reconocidas. Conviene reiterar, además, que la cuestión de la fuerza obligatoria o validez de las pautas morales también ha sido tema que el pensamiento ético clásico dejó planteado, sin alcanzar respuestas aceptadas satisfactorias: Kant, por ejemplo, al distinguir, como antes se recordó, entre la *Legalität* de un acto, su conformidad con una regla, de su *Moralität*, esto es, el valor del acto cumplido en

mérito a su fuerza obligatoria intrínseca no consiguió asentar cuáles fueron las relaciones conceptuales que las ligaran o separaran. Esta distinción —se ha dicho antes— reaparece en la ambigua noción de validez jurídica, como legalidad, en cuanto pertenencia a un orden normativo, y como fuerza obligatoria o valor intrínseco de una norma, distinción que lleva a Kelsen, siguiendo en ello a Kant, a imaginar formas distintas de motivación psicológica de la conducta, según se trate de encausar la conducta de los sujetos normativos por sistemas morales estáticos o por normas jurídicas de creación dinámica.

En rigor, estos pares de conceptos: *Legalität* y *Moralität*, legalidad y legitimidad, derecho y moral, nunca son claramente determinados, no sólo en cuanto a los dominios que abarcan las relaciones que los delimitarían, sino en cuanto a la definición de la relación misma. Para Weber y Kelsen, por ejemplo, seguramente no se da relación alguna entre ambos dominios, aunque otros autores, como Hart o Rawls, arguyan que pueda darse contingentemente una intersección. Estas tesis, sin embargo, suelen ser formuladas imprecisamente, pues no se establece previamente qué composición tienen los dominios relacionados ni cuáles sean las características lógicas de la relación. De ésta sólo sabemos que, por transmitir un valor moral o una fuerza obligatoria de un ámbito al otro, algún ingrediente normativo debe darse en su dominio, que la relación transmite al contradominio. La relación misma, a su vez, suele ser pensada como modalizada normativamente: el derecho debe ser conforme con la moral, o el derecho, legalmente válido, debe ser moralmente legítimo. Tenemos, pues, una relación normativa entre campos normativamente caracterizados. Esta nota modal de la relación, empero, no pareciera depender, a su vez, de la pertenencia de la relación a otro sistema de normas: que el derecho deba ser moral no resulta de ningún sistema de normas de igual nivel, sino más bien de prescripciones metaéticas cuyo sentido normativo es oscuro, pues no tenemos reglas de formación para normas de ese nivel. De ahí que estas normas, determinantes de ciertas características supuestamente esenciales de los sistemas normativos jurídico y social, como el imperativo categórico kantiano o la norma fundamental kelseniana, no obedezcan a las reglas de formación que Kant o Kelsen sugieren para máximas morales o normas jurídicas.

Habermas, por ejemplo, un autor contemporáneo en que esta vieja problemática se reitera, afirma que, entre derecho y moral, se dan relaciones internas, con lo que cabe suponer que se trata de relaciones necesarias o esenciales. De ahí que cuando el derecho no tiene fundamento moral («cuando la validez jurídica pierde toda relación moral»), el derecho mismo desaparece («se torna difusa la identidad del derecho mismo»), afirma ese autor, repitiendo, en forma un tanto distinta, una fuerte tesis del iusnaturalismo escolástico. Pero

resulta, a poco, que la moral a que Habermas alude —esto es, una moral autónoma— no dispone de procedimientos estrictos de fundamentación de las normas («una moral autónoma sólo dispone de procedimientos falibilistas de fundamentación de las normas»), pues «la racionalidad procedimental (del discurso moral) es imperfecta». Con lo que resulta que el derecho, que sólo podría identificarse, esto es, contar con entidad ontológica, a partir de su relación con la moral, no puede lograrlo por una deficiencia intrínseca de la moral misma. Resulta también de ello que, por la indefinición de las propiedades de la relación esencial postulada, el derecho queda objetivamente desdibujado, por deficiencias en el discurso moral mismo. Habermas supone que, en el iusnaturalismo clásico y en Kant, «el derecho amenaza con disolverse en moral: el derecho queda rebajado a un modo deficiente de moral». Pero en la ética discursiva que Habermas defiende, con múltiples variantes a las que aludiré más adelante, el derecho pierde consistencia e identidad por supuestas deficiencias internas de la moral que se supone fundarlo. En el texto de Garzón Valdés antes mencionado se dice, en cambio, que la legitimidad no es condición suficiente y necesaria de la legalidad jurídica, con lo que la relación entre ambos dominios se hace aún más intrigantemente opaca.

5. Supongo que la relación más neutra y ontológicamente menos comprometida que quepa postular entre moral y derecho (y sus variantes, como legitimidad y legalidad) es la de implicación material. La misma, probablemente, es la sugerida cuando, en el pensamiento escolástico, se hablaba de la subalternación del derecho a la moral. En algunos sistemas lógicos, elaborados formalmente para intentar una sistematización adecuada de ciertos conceptos y argumentos jurídicos, en que se propone introducir relaciones lógicas entre modalidades deónticas jurídicas y morales —como los propuestos por N. da Costa y otros (5)—, se postulan específicamente relaciones de implica-

(5) Cfr. N. DA COSTA y L. PUGA: *Logic with deontic and legal modalities*, en «Bulletin of the Section of Logic, Polish Academy of Sciences, Institute of Philosophy and Sociology», vol. 16, núm. 2 (Varsovia, 1987); *Lógica deóntica e direito*, en «Boletim da Sociedade Paranaense de Matemática», vol. 8, núm. 2 (1987); *Sobre a lógica deóntica não-clássica*, en «Crítica», vol. XIX, núm. 55 (México, 1987), para las versiones primeras de estas teorías. Para desarrollos más recientes, cfr. N. DA COSTA, L. PUGA y R. J. VERNENGO: *Lógica, moral e direito*, en «Actas del VIII Simposio latino-americano de lógica matemática», Universidad de Paraíba (Brasil), 1989, y *Ética, direito e valor*, en preparación. Para un balance general, cfr. R. J. VERNENGO: *Moral y derecho: sus relaciones lógicas*, en «Revista Jurídica de Buenos Aires», I (1989). Me interesa destacar que estos ensayos intentan definir formalmente ciertas relaciones de preferencia entre normas morales y jurídicas en lugar de considerar a las mismas como condición necesaria de las segundas, conforme a las tesis iusnaturalistas clásicas o a propuestas recientes de la ética discursiva, como la indicada en la nota 3. En castellano, cfr. C. S. NINO: *La validez del derecho*, Buenos Aires, 1985, y *Ética y derechos humanos*, II parte, 2.ª ed., 1989.

ción entre normas morales y jurídicas. Así, por ejemplo, la obligación jurídica implica la correlativa obligación moral, y por su lado, los deberes morales están jurídicamente permitidos. A ello se agrega ciertos axiomas que expresan preferencias axiológicas entre enunciados jurídicos y morales; por ejemplo, el que establece que, dadas obligaciones jurídicas y morales con respecto del mismo hecho, es axiológicamente más fuerte la obligación moral que la jurídica o la jurídica que la moral, según se dé mayor valor a la legitimidad que a la legalidad, o viceversa.

Por cierto que estos postulados implican consecuencias, según sea la lógica utilizada, que pueden ser contraintuitivas en muchos casos. Puede proponerse, por ende, otros sistemas mixtos más débiles a partir, por ejemplo, de axiomas menos estrictos: todo lo que sea jurídicamente obligatorio está moralmente permitido y, a su vez, todos los deberes morales son jurídicamente permitidos. Sea ello como fuere, estos lenguajes suponen que hay normas jurídicas y morales diferenciadas y que entre las mismas caben establecer relaciones valorativas de preferencia (que expresan quizá la legitimidad y legalidad recíprocamente del derecho y de la moral).

La tesis clásica positivista referente a la legitimidad moral de las normas jurídicas no supone relación lógica alguna entre normas morales y jurídicas, pues, como se ha visto, las primeras no serían condición suficiente ni necesaria de la validez o existencia de las segundas. Cabría quizá postular, como antes se sugirió, otro conjunto de axiomas mixtos en que valiera un postulado más complejo: si algo es jurídicamente obligatorio, es preferible que sea también moralmente obligatorio a que sólo lo sea jurídicamente (como cabría glosar algunos de los enunciados propuestos). Indica éste, en definitiva, que es preferible la obligación jurídica que sea también moralmente obligatoria a una pura obligación jurídica. Esto es, es preferible la norma jurídica positiva, empíricamente válida, que cuente con validez moral o normativa suficiente, a la norma de validez puramente jurídico-formal. Este postulado quizá tenga consecuencias contraintuitivas. ¿Acaso, por transposición, cabría admitir que un acto no es jurídicamente obligatorio cuando no cabe preferir moralmente un acto a la permisión de su omisión? Los juristas seguramente consideran que la obligatoriedad de un acto es independiente de las relaciones de preferencia moral que quepa establecer entre el acto y su omisión.

Por otra parte, el postulado en cuestión difícilmente podría ser interpretado como una prescripción; más bien se diría que establece una condición necesaria de la validez de normas obligatorias jurídicas. Y ello, quizá, sólo sea plausible en un metalenguaje, como aquel desde el cual se propone realizar la crítica moral de la legitimidad de la norma jurídica. En ese sentido, claro está que la legitimidad de las normas jurídicas no es propiedad dogmáticamente rele-

vante si por tal entendemos el nivel de lenguaje que utiliza la jurisprudencia positiva. Pero podría entenderse como una propuesta metaética para la aplicación de un código crítico externo al derecho positivo; establecería que algunas normas jurídicas positivas, que obligan a ciertos actos, sean moralmente preferibles a la permisión de omitirlos. Es claro que no cabría postular exigencia metaética tan rigurosa para múltiples obligaciones jurídicas, pero por lo menos podría sugerirse que una crítica externa de legitimidad del derecho positivo supone postulados análogos al aquí indicado. Ahora bien: la literatura actual sobre la legitimidad política y moral del derecho no suele explicitar cuáles son los postulados que dan por supuestos, lo que convierte a las tesis sobre las relaciones entre legalidad y legitimidad en extremadamente poco rigurosas por mucho que satisfagan exigencias ideológicas frente a los derechos positivos.

6. En otros términos: pensar que las normas jurídicas tienen algún fundamento moral que las legitime supone que son inferibles de reglas morales. Ello es expresamente rechazado por autores como Habermas o Nino, que proclaman que la derivación argumentativa moral no es deductiva, sino que está sujeta a cánones de racionalidad diferentes de tipo pragmático. Los mismos, por lo que sé, quedan como meras propuestas. Pero como, aun en esas líneas de pensamiento, se admite que de alguna suerte la moral legítima, justifica o convalida las normas jurídicas positivas, alguna especie de implicación deductiva tiene que seguir funcionando. Claro que seguramente se advertirá que es menester sujetar el razonamiento jurídico-moral a una «racionalidad procedimental» discursiva, a una lógica adecuada para poder conseguir consecuencias jurídicas normativas a partir de principios morales ideales (6). De recurrirse a una lógica deontica *standard*, tendríamos, en cambio, como se sabe, una estrategia de máxima para racionalizar un contingente derecho histórico: es derecho válido el derecho cuyas normas tengan aplicación universal en todo mundo posible (7). De ahí que Kelsen haya visto en el derecho natural clásico, que subordina el derecho a la moral, un proyecto político de justificación *a priori* de cualquier derecho positivo.

Pero la relación de fundamentación entre moral y derecho suele ser vista, contemporáneamente, en términos distintos que en el iusnaturalismo clásico. Tenemos, para citar dos doctrinas actualmente difundidas, sea en el pensamiento filosófico o en el pensamiento político y jurídico referente a los

(6) *Loc. cit.*, pág. 40.

(7) Cfr. al respecto B. HANSON: *The dependency of deontic logic upon the general theory of decision*, pág. 80.

fundamentos de los derechos humanos, la tesis de que los principios morales son anteriores o previos a las reglas jurídicas, sin que esa prioridad temporal implique suponer una causalidad fáctica. No se trata de que las normas jurídicas adquieran existencia como consecuencia de la instauración previa de normas morales, pues éstas justamente no tienen fecha de creación alguna, sino que valen desde siempre. Las normas jurídicas, en cambio, como es notorio, son estatuidas por actos históricos de legisladores de carne y hueso. Si las normas jurídicas derivaran su existencia o validez normativa de normas morales preexistentes desde siempre, las normas jurídicas también serían eternas, lo que contradice la nota de positividad con que los juristas las caracterizan y haría redundante la mención de su ámbito temporal de validez. Sin embargo, esta forma de hablar es frecuente en la literatura reciente sobre derechos humanos, a los que se atribuye una existencia previa a su promulgación jurídica, como derechos morales (8). Si las normas morales no tienen validez temporal alguna, pues valen eternamente o para todo tiempo, no tiene mucho sentido situarlas como temporalmente anteriores a normas jurídicas positivas cuya «locación temporal», como dice Von Wright, es siempre bien particular.

La segunda manera de pensar la relación de fundamentación moral de las normas jurídicas que encontramos en la literatura reciente consiste en distinguir entre aquellas normas jurídicas, o conjuntos de normas, que no sólo tienen validez empírica, sino que disfrutan también de validez axiológica. Las mismas no serían simplemente válidas, como se preocupan por averiguar los juristas, sino también legítimas. Esta propiedad es definida como «la concordancia de los principios sustentados por la regla de reconocimiento del sistema (jurídico) con los de la moral crítica o ética» (9). Esta definición, por cierto, está ligada a la manera de concebir la regla de reconocimiento sobre cuya naturaleza lógica cabe discrepar, pues quizá no sea una norma integrante de los órdenes jurídicos positivos o una metanorma que regule la selección de las normas positivas por los órganos decisorios, sino un enunciado del metalenguaje con que juristas y aun órganos decisorios analizan el derecho que estudian o aplican. En todo caso, la noción de legitimidad es relacionada con pautas valorativas morales y diferenciada de la noción de legalidad con que Kelsen, por ejemplo, delimitaba la noción de fundamentación de la validez de las normas jurídicas.

La imprecisión lógica que he apuntado lleva a que, curiosamente, el tema de la legitimidad moral de las normas jurídicas aparezca invertido. Se trata

(8) Cfr., entre otros, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, 1984, pág. 106.

(9) E. GARZÓN VALDÉS: *loc. cit.*

ahora de saber si cabe legitimidad moral sin legalidad. Algunos autores señalan no sólo que «la moral desde los comienzos de la teorización presenta un carácter juridizado», sino que, frente al carácter legalizado de la vida social en general, «el rol de la moral como hecho autónomo ha de estimarse como más bien exiguo: el sistema jurídico seguiría en pie, aun cuando la moral cayese en decadencia» (10). Un punto de vista semejante pareciera darse en los autores *très à la page*, voceros de una novedosa ética discursiva, como J. Habermas: la legitimidad moral resulta ahora condicionada por la legalidad, aunque el problema siga siendo siempre el de las relaciones entre moral y derecho, relaciones cuyas definiciones permanecen en el terreno de las metáforas sugestivas. Sostiene Habermas que el derecho «exteriorizado» y la moral «interiorizada» se «complementan mutuamente», relación por demás vaga, que es oscurecida un tanto más declarando que «más que esta relación de complementariedad nos interesa el simultáneo entrelazamiento de derecho y moral. Este se produce porque en el estado de derecho se hace uso del derecho positivo como medio para distribuir cargas de argumentación e institucionalizar vías de fundamentación y justificación que se hallan abiertas en dirección a argumentaciones morales. La moral ya no flota sobre el derecho (como todavía sugiere la construcción del derecho natural racional) como un conjunto suprapositivo de normas. Emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo» (11). Estas líneas enigmáticas quizá valgan un comentario estilístico: normas morales que «flotan» y que «emigran» al derecho para «enfrentarlo» por un lado y «complementarlo» o «controlarlo» por el otro —como afirma el autor citado—, nada dicen de preciso sobre cuáles sean las relaciones que se postulan entre derecho y moral, mientras que permiten asumir que no se está muy en claro sobre qué sean la moral y el derecho de los que se predicen esas intrigantes relaciones incompatibles.

En Habermas, esta moral que ha dejado de flotar sobre el derecho (esto es, supongo, que no lo incluye), pero que sí lo complementa y lo controla (aunque también resulta que el derecho complementa y controla a la moral) no es, sin embargo, sustantiva, sino más procesal o formal. La moral «atada al derecho mismo» sería de «naturaleza puramente procedimental» y se ha «desembarazado de todo contenido normativo determinado». Sólo con ese aspecto insólito «un derecho procedimental y una moral procedimentalizada pueden controlarse mutuamente», afirma nuestro autor. Es quizá imposible entender qué tipo de relación precisa considera Habermas al describir de tal

(10) J. M. BROEKMAN: *La separación entre derecho y moral*, en «Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho», 28 (La Plata, 1985), pág. 2.

(11) J. HABERMAS: *op. cit.*, pág. 42.

modo la complementariedad y control mutuo de derecho y moral. Quizá el derecho procedimental y la moral procedimentalizada sean el conjunto definido por la intersección del derecho y la moral, a saber: el conjunto formado por la intersección del subconjunto jurídico integrado por normas procesales y del subconjunto moral integrada por aquellas normas procesales morales que Habermas supone contienen las morales prescriptivas. Se trataría de un subconjunto propio de la moral en que ésta «se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado y ha quedado sublimada en un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos posibles». Por de pronto, cabe sospechar que los códigos morales corrientes no contienen reglas procesales para la producción de normas morales y jurídicas, como las que Habermas postula, o bien que se trata de reglas referentes a la efectividad de un discurso argumentativo, como las que Alexy intentó codificar, pero que no suenan a normas morales. Esto hace pensar que esta moral formal (sin contenidos prescriptivos) y sublimada en «procedimientos de fundamentación» es, más bien, el conjunto de reglas metaéticas que determinan la validez («fundamentación») de las normas morales sustantivas. En cuyo caso se advierte, sí, que la moral así delimitada controlaría al derecho: se trata, en oscura terminología, de la antigua función que se atribuye a la moral como patrón (*Maßstab*) de la validez «absoluta» de los derechos positivos, que Kelsen analizara y descartara. Sólo que ahora la moral, que ya no «flota» sobre el derecho, pues se encuentra en otro nivel lingüístico, queda convertida en un «procedimiento de fundamentación» de las normas jurídicas posibles. Pero como esos procedimientos de fundamentación moral integran el conjunto que intersecta con el derecho, resulta que esos procedimientos son también, por definición, jurídicos. De ahí que Habermas sostenga que moral y derecho, en esta concepción, se «controlen mutuamente» y se encuentren ligadas «procedimentalmente» en un «simultáneo entrelazamiento de derecho y moral». De este abrazo, empero, la moral sale malparada, pues debe requerir del derecho que «compense las debilidades de una moral autónoma» dándole suficiente obligatoriedad, característica que sólo puede adquirir —cree nuestro autor— mediante «su acoplamiento con el poder de sanción estatal» y su institucionalización jurídica (12).

Se comprende, entonces, muy bien que legitimidad moral y legalidad jurídica se compliquen, pues, en rigor, se trata de las mismas normas: las normas que, en el conjunto constituido por moral y derecho, regulan los procedimientos de «fundamentación y de justificación» de las normas sustantivas jurídicas y morales. Sea ello como fuere, Habermas considera que ese

(12) *Ibidem*, pág. 41.

subconjunto de las normas morales que regulan los procedimientos de fundamentación de las propias normas morales y de las jurídicas, procedimientos que constituyen la argumentación moral, «queda institucionalizada como un procedimiento abierto que obedece a su propia lógica y controla su propia racionalidad» (13). Cuál sea esa lógica propia de la moral —una lógica que definiría la racionalidad de los códigos morales y jurídicos— no nos es revelado por el momento, por lo cual no cabe cuestionarla mucho. La propuesta me parece similar a las lógicas propias de lo jurídico que hace años Cossío, por ejemplo, propiciaba, sin lograr formular un axioma, una regla de inferencia o un teorema (14). Ante esta indefinición —no sabemos cuál sea la lógica propia de la moral procedimental— no tiene mucho sentido pretender que sea esa moral discursiva la que otorgue validez a las normas del derecho positivo o establezca los criterios de legitimidad normativa. Aunque sabemos que dicha lógica, necesaria para la fundamentación ética de los enunciados jurídicos, no autorizaría derivaciones de fundamentación deductivas, aunque sí universalización y verdad de los enunciados morales. La verdad moral no sería, pues, hereditaria a través de la deducción lógica normal, sino pragmáticamente a través de instancias de esa prometida lógica del discurso práctico a través de las acciones comunicativas. No se entiende por qué esas actividades, que no son inferencias lógicas, producen un efecto similar a la transmisión de una propiedad característica que la deducción cumple. En todo caso, esa derivación a través de una lógica no deductiva no pareciera conservar las características definitorias de la noción clásica de consecuencia; por ejemplo, no podría considerarse que esas consecuencias prácticas sean transitivas. En cambio, como sostiene Habermas al referirse a la mutua complementación del derecho y la moral, pareciera que la relación de fundamentación discursiva propuesta fuera simétrica, lo que difiere de la noción de consecuencia propia de una fundamentación lógica.

7. Me temo que esta tentativa de fundamentación moral del derecho, si bien no es comparable a las tesis moralizantes del iusnaturalismo clásico, incurre en irracionalidad. Pues no basta pretender, para salvaguardarla, que estén en juego lógicas inéditas que excluyan procesos deductivos ni que exista, por pura definición, una razón práctica en los trámites comunicativos entre los hombres, razón que sólo cabría postular metafísicamente en esas actividades, pero no definir formalmente. Y ello tanto más cuanto esa lógica meramente supuesta no garantiza la verdad del juicio moral; éste es relativo al asenti-

(13) *Ibidem*, pág. 43.

(14) Cfr. R. J. VERNENGO: *Lógicas e ideologías*, Buenos Aires, 1976; págs. 5 y sigs.

miento o consentimiento del grupo social de que se trate. La ética discursiva, señala Cortina, «ha de reconocer la falibilidad de todos los conocimientos morales, como reconoce Habermas, y afirmar con caracteres de universalidad y necesidad únicamente las implicaciones morales de los presupuestos pragmáticos de la argumentación; pero la idea de un juicio moral que no sólo se sabe siempre falible, sino que acepta como criterio de lo correcto lo que una comunidad real esté dispuesta a aceptar como tal, ¿respeto la idea de sujeto autónomo?» (15). Más bien cabe pensar, conforme al ingrediente lógico que siempre la idea de racionalidad ha contenido, que sólo algunos discursos sociales son racionales conforme a las reglas de consecuencia lógica que se asuman. Y corresponde no sorprenderse de que se haya tendido en el kantismo, por ejemplo, a «hacer de la moral una forma peculiar, cuando no deficiente, de derecho» por la sencilla razón de que en derecho siempre se ha aceptado una racionalidad lógica y aun sistemática, frente a morales intuicionistas cuando no meramente voluntaristas, como las que recurren a intuiciones emocionales de valores o a fundamentos últimos normativos derivados de mandatos divinos. Pero esos recursos no excluyen un control lógico adecuado: los resultados de nuestras intuiciones morales y los mandatos divinos también se definen por sus consecuencias lógicas (16).

Sucede así que mientras la justificación moral del derecho, a través de la idea de legitimidad, es vista, como antes se apuntó citando a Garzón Valdés, como la correspondencia del derecho con una moral crítica, ahora se ve en el derecho la razón suficiente de una moral sustantiva, pues «la razón crítica es razón jurídica», y ello conduce, una vez más, a que «más queda la moral juridificada que el derecho moralizado» (17). Supongo que Kelsen, quizá, hubiera argumentado que ello es así porque sólo con respecto del derecho se ha desarrollado un conocimiento racional, es decir, científico, sujeto a cánones lógicos explícitos, mientras que el llamado conocimiento moral no reviste hasta la fecha esas características. Con respecto de la moral, hay conocimiento práctico, especulación metafísica, análisis metaético, técnicas de socialización o lo que se quiera; sea ello como fuere, lo que no hay es una ciencia constituida de ese objeto impreciso que denominamos «la moral». Habermas, por su parte, admite que sólo el derecho posee lo que llama una «racionalidad procedimental perfecta», mientras que la moral sufre de una «racionalidad procedimental imperfecta», nociones que, supongo, habría que aclarar a partir

(15) A. CORTINA: *La moral como forma deficiente de derecho*, en «Doxa», 5 (Alicante, 1989), pág. 80.

(16) Cfr. P. L. QUINN: *Divine commands and moral requirements*, Oxford, 1978, cap. V.

(17) A. CORTINA: *op. cit.*, págs. 81 y 76, respectivamente, para las dos citas.

de alguna teoría de la decisión racional (18). En todo caso, la racionalidad imperfecta de la moral resultaría, según nuestro autor, del carácter incompleto de los procedimientos morales, característica sistemática que no puede negarse así como así de los procedimientos jurídicos. Por añadidura, agrega Habermas, la moral sólo dispone «de procedimientos falibilistas de fundamentación de las normas», sea ello lo que fuere. También aquí cabe sospechar que la decidibilidad de un sistema jurídico no es tan infalible como quizá Habermas sugiere. De ahí que la mutua complementación que, en las mismas páginas, Habermas entreviera entre derecho y moral queda a la postre como una complementación en un solo sentido: es el derecho quien da fuerza obligatoria a la moral, y lo que es más, «la complementación de la moral por un derecho coercitivo puede justificarse... moralmente» (19). Mientras la tesis explícita o tácita en la teoría del derecho es que la moral puede justificar moralmente, valga la redundancia, al derecho positivo. O lo que es lo mismo, es la moral la que confiere validez normativa al derecho; ahora resulta que, moralmente, la moral adquiere justificación, esto es, validez, por el derecho. Queda en claro, pues, que para este defensor de una ética discursiva la moral permanece supremamente juridizada y que, en rigor, ha de rechazarse el principio clásico de que «el derecho positivo queda sometido a principios morales», como pretende la actual literatura referente a la legitimidad. O la noción iusnaturalista de que «una dominación ejercida en las formas del derecho positivo... debe su legitimidad al contenido moral implícito de las cualidades formales del derecho» (20). Es, al revés, el derecho que en ciertos casos convalida la validez legal de pautas morales, las cuales, como creían Max Weber y Hans Kelsen, son «deficientes» para otorgar validez empírica a las normas producidas por órganos políticos.

En estas páginas he querido destacar que buena parte de estas imprecisiones resultan de la falta de caracterización precisa de los procedimientos inferenciales lógicos que utilizaría el discurso moral. Mientras tanto, las relaciones entre derecho y moral permanecen indefinidas en el sentido literal de la palabra.

Se me ocurre a veces que el cotejo entre normas morales y normas jurídicas se asemeja al afán de encontrar la traducción, en un lenguaje público natural, de las supuestas proposiciones de un lenguaje privado. Y si bien es claro que lo que quizá pensemos con enunciados de un lenguaje privado que nos es exclusivo, necesita manifestarse externamente de alguna suerte para que po-

(18) J. HABERMAS: *op. cit.*, pág. 40.

(19) *Ibidem*, pág. 41.

(20) *Ibidem*, pág. 38.

damos compartir la creencia no sólo en la experiencia interna, sino en la verdad de lo que íntimamente creemos, de ninguna manera puede creerse que es factible lograr equivalencia o sinonimia entre lo que nos decimos en nuestro lenguaje interno y lo que públicamente afirmamos cuando expresamos una verdad o una falsedad, una obligación o una prohibición. En nuestros días, la existencia misma de una moral depende de la admisión, desde el vamos, de la autonomía del sujeto, cosa que el derecho considera irrelevante. Pretender fundar moralmente el derecho supone, pues, que la validez del derecho —esto es, su existencia reconocida como normas sociales aplicables— depende del juicio moral de los sujetos morales, juicio moral que, sin embargo, para el mismo derecho objetivo es descartable. Se trata de un ideal nobilísimo: para no violentar la dignidad autónoma de todo individuo, las normas sociales que puedan imponérsele sólo tendrían que ser las asumidas autónomamente por el sujeto obligado; que quien tenga que sufrir una medida social sancionatoria la asume y justifique como un acto propio, como proponía Hegel cruelmente para los delitos y sus penas. Se trata, generalizando, de que la llamada voluntad del Estado se identifique con la voluntad de cada cual. Este ideal posiblemente no pueda cumplirse y, por tanto, las relaciones entre la moral y el derecho nunca puedan especificarse suficientemente, quedando, en casos extremos, a la merced de las ideologías del anarquista por un lado y del autócrata por el otro el imponer uno u otro orden normativo. Nuevamente aquí aparece un par de conceptos o un dualismo crónico en el pensamiento moral y jurídico que conduce a una suerte de polarización exagerada de ciertos ideales, prácticos o teóricos (todo derecho es moralmente válido, ningún derecho requiere de fundamento moral o cosas similares), que no condicionen con la función más modesta que efectivamente cumple la ciencia dogmática con respecto del derecho: su descripción suficientemente neutra y su reconstrucción teórica.