

LEGALIDAD, LEGITIMIDAD Y LEGITIMACIÓN. IMPLICACIONES ÉTICAS

Jacqueline JONGITUD ZAMORA*

SUMARIO: I. *Algunas cuestiones previas.* II. *Legalidad, legitimidad y legitimación.* III. *La ética como filosofía moral.* IV. *Algunas consideraciones sobre el contenido ético de legalidad, legitimidad y legitimación.*

La presente aportación intenta delimitar conceptualmente, a través de la tridimensionalidad del derecho, los términos: legalidad, legitimidad y legitimación. Ubica a la legalidad en el ámbito del derecho formalmente válido y como objeto de estudio de la ciencia jurídica; a la legitimidad, por su parte, la sitúa en el espacio del derecho intrínsecamente válido, en el entendido de que es un término con contenido axiológico o valorativo, y como tal, lo confía al espacio de reflexión de la filosofía jurídica; finalmente, a la legitimación, como espacio fáctico de reconocimiento y como relacionada con lo auténticamente vivido socialmente, por contar con la aceptación, reconocimiento y adhesión de los destinatarios de las normas, la coloca en la esfera de la sociología jurídica. Una vez realizada la delimitación de los anteriores conceptos, se procede a la definición de la ética como filosofía moral y a su consecuente diferenciación de las morales concretas. Finalmente, y con base en los marcos establecidos, se indica cuáles son las cuestiones éticas entrelazadas con los tres términos objeto de reflexión, en donde los derechos humanos universalmente reconocidos son la piedra de toque.

* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana, México.

I. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS

La exposición del tema que nos ocupa exige realizar algunas precisiones, a fin de evitar la confusión en relación con el enfoque que sobre el mismo se pretende sostener en este lugar. En primer lugar, debe hacerse notar que la utilización de los términos: legalidad, legitimidad y legitimación, en los ámbitos de las ciencias jurídica y política, suele realizarse de manera sumamente diversa e incluso contradictoria.

Un simple acercamiento a la literatura existente al respecto, permite verificar la existencia de un gran número y diversidad de concepciones sobre estos términos. Aunado a lo anterior, es posible localizar corrientes de pensamiento y, por supuesto, autores en lo individual, que sostienen la sinonimia entre legalidad y legitimidad,¹ o entre legitimidad y legitimación.² Finalmente, también es lugar común encontrar distinciones de niveles, o clasificaciones en los términos de legitimidad y legitimación, mismas que a la luz de otros marcos teóricos pueden resultar ser precisamente el criterio distintivo de los tres términos objeto de esta reflexión.

En el anterior sentido, es bien conocida la clasificación de la legitimidad de Max Weber en carismática, tradicional y racional.³ A ésta, y sólo a manera de ejemplo, pueden agregarse la distinción realizada por Bidart Campos, desde la doctrina constitucional y la sociología política, entre la legitimidad filosófica, la empírica o sociológica, y la legalizada,⁴ y la rea-

¹ Véase Schmitt, Carl, *Legalidad y legitimidad*, trad. de José Díez García, Madrid, Aguilar, 1971.

² Véase Hernández Vega, Raúl, *Problemas de legalidad y legitimación en el poder*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1986; Tuori, Kaarlo, "Validez, legitimidad y revolución" *La normatividad del derecho*, Aarnio, Aulios *et al.* (comps.), Barcelona, Gedisa, 1997; Stein, Torsten, "Estado de derecho, poder público y legitimación desde la perspectiva alemana", *Working Paper*, Barcelona, núm. 88, 1994; López Chavarría, José Luis, "Breves notas sobre la importancia de la legitimidad constitucional y cambio político en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, núm. 86, año XXIX, mayo-agosto de 1996.

³ La legitimidad carismática se constituye a partir de la fascinación que ejerce un jefe y en la creencia de que éste tiene una misión que cumplir; la legitimidad tradicional se sustenta en la convicción, que tiene sus bases en la costumbre y tradición, de la legalidad como orden de dominación, y la legitimidad racional es con la que cuenta la dominación estatal cuando es aceptada porque se considera que es inevitable por motivos racionales.

⁴ La legitimidad filosófica es valorativa, crítica, ligada a una concepción de derecho natural o a valores sostenidos por la filosofía jurídica y política; es una legitimidad ligada a lo justo. La legitimidad empírica o sociológica, por su parte es entendida como la acep-

lizada por Zippelius, desde la teoría del Estado, respecto al término legitimación, misma que desde su concepción puede ser ética o sociológica.⁵

Por el estado de la cuestión descrito, es necesario determinar desde qué concepción se parte en este estudio, adelantando únicamente que entendemos que estos tres términos pueden ser delimitados conceptualmente desde la propia tridimensionalidad del derecho. Esto es, desde el entendimiento de que el derecho puede ser visto desde tres espacios epistemológicos distintos: como derecho formalmente válido, según el cual derecho es el conjunto de normas que han cumplido con un procedimiento formal de creación; como derecho intrínsecamente válido, de acuerdo al cual sólo se considera derecho a aquellos contenidos normativos que se ajustan a ciertos criterios axiológicos o valorativos, y como derecho positivo, es decir, como aquél auténticamente vivido en un tiempo y espacio determinado.⁶

Ahora bien, también debe aclararse que para este escrito se ha debido acudir a autores que no se inscriben, estrictamente hablando, en el ámbito de lo jurídico, pero sí en disciplinas que por su propia estructura y funcionamiento pueden aportar argumentos a la cuestión.⁷ Por ello es viable disculparse anticipadamente sobre la diversidad y aparente desorden de las fuentes que aquí se citan.

En segundo lugar, debemos decir que compartimos la tesis de Enrique Cáceres de las teorías jurídicas como realidades hermenéuticas.⁸ Ello implica que se parte de la idea de que las teorías jurídicas graban en la mente de los juristas programas comunes que es indispensable conocer para participar en contextos comunicacionales jurídicos. Y que en el anterior

tación social, misma que se da en función de cómo es observado o representado el problema del Estado, del poder y de la convivencia en cada Estado. Finalmente, la legitimidad legalizada es la recogida por el derecho positivo (formalmente válido) de un determinado Estado. Véase Bidart Campos, Germán, *El poder*, Buenos Aires, Ediar, 1985, p. 40.

⁵ Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*, trad. de Héctor Fix-Fierro, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1989.

⁶ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 42a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 36-50.

⁷ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, 17a. ed., trad. de Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 1998, libro VI-I; Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, Madrid, Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País, 1992, pp. 13 y 14.

⁸ Cáceres Nieto, Enrique, *Las "teorías jurídicas" como realidades hermenéuticas*, México, UNAM, 2001, pp. 3-23.

sentido cada teoría constituye una realidad hermenéutica (una realidad interpretativa) distinta a través de la cual se obtiene cierta manifestación del conocimiento racional de aquello que es la “realidad jurídica”. Entendemos en este mismo contexto que la existencia de una pluralidad de respuestas a las mismas cuestiones posibilita un diálogo en busca de soluciones teóricas lo más acordes posible a los problemas y necesidades a los que ha de hacer frente lo jurídico.

Finalmente, y en tercer lugar, se debe señalar que aquí se parte de una concepción de la ética como filosofía moral, misma que será detallada más adelante.

II. LEGALIDAD, LEGITIMIDAD Y LEGITIMACIÓN

En el uso correcto del castellano, los términos legalidad, legitimidad y legitimación pueden ser distinguidos muy forzosamente.⁹ En él la legalidad se asocia inmediatamente a un ordenamiento jurídico vigente. La legitimidad, por su parte, se relaciona tanto al ajustamiento a las leyes, como a un sentido de justicia, situación que puede ser entendida claramente si también se toma en consideración el origen etimológico de ambos términos,¹⁰ de acuerdo al cual, y tal como lo ha puesto de relieve Rolando Tamayo, la legalidad y la legitimidad pueden ser considerados *en principio* como equivalentes o sinónimos.¹¹ Finalmente, la legitimación consiste en una acción (la de legitimar) y un efecto (el de legitimar). Esto significa que la legitimación se sitúa en un plano de ejercicio, consistente en la posibilidad de hacer o de generar un resultado a partir de ese hacer; o incluso puede interpretarse el legitimar como la posibilidad de que un agente, o agentes, generen un efecto legitimador sobre algo o, finalmente, y en términos de causalidad, puede entenderse a la legitimación como el resultado o producto de una causa, la de legitimar.

⁹ Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., Madrid, Espasa, 2001, t. II, pp. 1360 y 1361.

¹⁰ Etimológicamente, *legitimidad* significa “conforme a las leyes, justo, perfecto, concedido, permitido, verdadero, genuino”. Véase “Legitimidad”, *Enciclopedia jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1964, t. XVIII, p. 207.

¹¹ Tamayo y Salmorán, Rolando, “Legitimidad”, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Porrúa-UNAM, 2001, t. I-O, pp. 2304-2310.

Decíamos que a partir de un uso correcto del castellano, estos tres términos pueden ser distinguidos muy forzosamente, ello es así porque aunque la legalidad nos remita a ley, ello no excluye el problema de su justificación; y aunque la legitimidad nos lleve inmediatamente a la cuestión de la justicia, también nos enfrenta de manera inmediata a su significación ligada a lo legal; y finalmente el tratamiento que se hace de la legitimación, aunque nos sitúa principalmente en el plano de la *acción* y el *efecto*, para su entendimiento nos remite nuevamente a la idea de la legitimidad que, como ya hemos señalado, nos ata también a la cuestión de la legalidad.

Pues bien, las anotaciones anteriores nos colocan nuevamente ante la complejidad de la determinación del contenido apropiado de estos tres términos. No obstante, tal como lo señala Rolando Tamayo¹² y tal y como lo atestigua el texto ya clásico de *Legalidad y legitimidad*,¹³ en la doctrina jurídica, desde hace ya algún tiempo, se observan algunos matices diferenciadores entre ambos términos. En este sentido, nada más sugerente que el título proporcionado por Habermas a su primera lección de *Derecho y moral*, esto es, ¿cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad?¹⁴

Sobre el concepto de legalidad, Immanuel Kant sostuvo en 1788, para diferenciar a ésta de la moralidad, que:

Lo esencial de todo valor moral de las acciones está en *que la ley moral determine inmediatamente la voluntad*. Si la determinación de la voluntad ocurre *en conformidad* con la ley moral, pero sólo mediante un sentimiento de cualquier clase que sea, que hay que presuponer para que ese sentimiento venga a ser un fundamento de determinación suficiente de la voluntad, y por tanto no *por la ley misma*, entonces encerrará la acción ciertamente *legalidad*, pero no *moralidad*.¹⁵

Con el anterior párrafo kantiano queda destacada la diferenciación entre la legalidad y la moralidad, indicándose que de la legalidad de una

¹² *Ibidem*, pp. 2304-2306.

¹³ Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 1, pp. XXIV-XXX.

¹⁴ Véase Habermas, Jürgen, "Derecho y moral: dos lecciones", *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.

¹⁵ Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, 4a. ed., trad. de E. Miñana y Villagrasa y Manuel García Morente, Salamanca, Sígueme, 1998, p. 95.

acción no puede deducirse su moralidad, pues una acción legal puede no derivar de motivos morales, quedando pues delimitada como característica principal de la legalidad el ajustamiento a la ley, por la motivación que fuese.

Efectivamente, en la actualidad el término legalidad suele encontrarse reservado a aquello que se ajusta, mediante las conductas externas reguladas, a las disposiciones jurídicas establecidas en un lugar y tiempo determinado.

En el anterior sentido se dice que la legalidad hace referencia a la exigencia de una ley o de un conjunto de leyes y al sometimiento a las mismas,¹⁶ concepción que, por su parte, también dará luz al consabido principio de legalidad.

Así pues, la legalidad entendida como el ajustamiento a las leyes, que por supuesto se encuentran condicionadas al cumplimiento de un procedimiento formal de creación, bien puede ubicarse en el ámbito del derecho formalmente válido (una de las tres dimensiones del derecho ampliamente reconocidas por diversas corrientes jurídicas de pensamiento).

Aun con lo anteriormente dicho, debe destacarse que diversos autores sostienen que la legalidad no excluye la idea de que el contenido de las normas impuestas mediante el derecho formalmente válido deba contar con una justificación o fundamento,¹⁷ o bien que la legalidad ha de atemperarse a las exigencias de justicia y a las de seguridad jurídica,¹⁸ o que el derecho debe adoptar un concepto de racionalidad, que incluya las dimensiones morales y axiológicas en pro de su legitimidad.¹⁹ Es precisamente bajo estas consideraciones que se establece la necesidad de que la legalidad deba ser legitimada, entrando con ello en juego el término y concepto de legitimidad.

Así, se dice que quien piensa en la legitimidad está en realidad aludiendo a la idea de justificación. En este mismo sentido, puede citarse a Martínez-Sicluna,²⁰ quien sostiene que el concepto de legitimidad implica un contenido de tipo valorativo que puede o no comprender la norma jurídica. Incluso, y desde el derecho constitucional, se afirma que el Estado

¹⁶ Véase Brufau Prats, Jaime, *Teoría fundamental del derecho*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 253.

¹⁷ Tamayo Salmorán, Rolando, *op. cit.*, nota 11, p. 2304.

¹⁸ Brufau Prats, Jaime, *op. cit.*, nota 16, pp. 253.

¹⁹ Tuori, Kaarlo, *op. cit.*, nota 2, p. 183.

²⁰ Martínez-Sicluna y Sepúlveda, Consuelo, *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, Madrid, Actas, 1991, p. 10.

constitucional no sólo implica una formulación jurídica, esto es, legalidad, sino todo un sistema de valores, como los consagrados en el conjunto de los derechos humanos, que debe estar comprendido en el sistema normativo de los Estados y protegido por el mismo, lo que implicaría la legitimidad de la legalidad impuesta.²¹

En el anterior sentido, también se sostiene en la teoría del derecho, de forma genérica, que la legitimidad hace referencia a la fundamentación o justificación última del orden jurídico, así como a las condiciones y procesos de transmisión del poder legítimo.²² Lo anterior, en su primer momento, significa que la existencia de legitimidad de un orden jurídico, de un lugar y tiempo determinado, devendrá de la justificación con la que cuente. El segundo momento se constituye, por su parte, como la obligación de que las normas, para ser válidas en un sentido jurídico, deban ser creadas de acuerdo a un procedimiento formal previamente establecido, y sólo por aquellos sujetos que detenten un poder legítimo, es decir, sólo por aquellos individuos que se hayan sujetado a las condiciones y procesos previamente establecidos para la obtención de aquella posición que les acredite en el desempeño de tal función.

Con relación a las anteriores afirmaciones, también podemos traer a colación la afirmación que Habermas presenta en *Facticidad y validez*: “un orden jurídico sólo puede ser legítimo (de legitimidad)²³ si no contradice a principios morales”.²⁴

La legitimidad implica entonces una serie de consideraciones de corte axiológico o valorativo, que algunos verán concretados, sin pretender el agotamiento de la cuestión, en el valor globalizador de la justicia, otros en la protección y promoción de los derechos humanos o de los derechos fundamentales, y otros tantos en el reconocimiento de ciertas normas y principios del derecho natural o en la instauración de un auténtico Estado democrático de derecho.²⁵

²¹ Jiménez-Meza, Manrique: “Legalidad y legitimidad del Estado constitucional”, *La Sala Constitucional. Homenaje en su X aniversario*, Universidad Autónoma de Centro América, 2000, pp. 153-180.

²² Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, nota 11, p. 2307.

²³ El contenido entre paréntesis es nuestro. Se coloca en atención a que muchas de las veces el término legítimo suele asociarse a la idea de legalidad, mientras que en contexto habermasiano es utilizado en su sentido de justificación, y por tal, ligado a la idea de legitimidad.

²⁴ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, nota 14, p. 171.

²⁵ Véase Cortina, Adela, *Ética aplicada y democracia radical*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1997; *id.*, *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*, Madrid, Taurus, 1998.

De acuerdo a lo anterior es posible afirmar que la legitimidad puede inscribirse, dentro de una concepción tridimensional del derecho, en el ámbito de lo intrínsecamente válido, entendido en el sentido de ser aquel contenido jurídico que de por sí viene justificado o que es críticamente valorado.

Nos queda aún pendiente la cuestión de la legitimación, ella misma, de por sí complicada, pues suele equipararse constantemente con la legitimidad, situación que es aún más común que en el caso de las sinonimias que en algunas ocasiones se establecen entre legalidad y legitimidad. Por ello, y en atención a la necesidad de agotar la temática planteada, nos remitiremos exclusivamente a algunas de aquellas posturas que parecen abrir camino a su diferenciación respecto a la legitimidad.

Juan Carlos Monedero²⁶ sostiene que el obrar del poder conforme a la legitimidad otorga legitimación, aunque sólo potencialmente, pues no existe clara relación de causalidad entre ellas. Es decir, la legitimidad puede no conducir directamente a la legitimación, de igual forma la ilegitimidad del poder puede no conducir irremediabilmente a la falta de ésta.²⁷

Las aclaraciones que realiza Juan Carlos Monedero (mismas que se amplían en el aparato crítico de este documento) son pertinentes, pero debe aclararse en este lugar que generalmente lo que priva en las diferentes concepciones jurídico-políticas es la de que si existe legitimidad, la legitimación puede darse como su correlato. Es decir, que la legitimación puede darse como resultado de la legitimidad, tal y como lo afirma el autor citado.

Una cuestión también interesante, relacionada con las afirmaciones de Monedero, es que su idea de la legitimidad como otorgadora de legitimación nos proporciona el dato de la legitimación como proceso, es decir, a partir de sus reflexiones y de las salvedades que realiza, es posible pen-

²⁶ [<http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionarioF.htm>], Monedero, Juan Carlos, “Legitimidad”, Universidad Complutense de Madrid.

²⁷ *Idem*. Esto sólo potencialmente, ya que: “no hay que olvidar que el conocimiento humano sólo puede ser representativo, es decir, se construye socialmente sobre la base de representaciones colectivas que se validan en el discurso. Todo lo que quiebre la construcción libre de ese discurso afectará a lo que se entienda como legítimo... Ahora bien, merced al principio antropológico que obliga al ser humano a la supervivencia, siempre hay que contar con la receptividad al discurso de la legitimidad, de manera que un poder que sepa de su potencial ilegitimidad y quiera permanecer en el mando debe contrarrestar con todas sus armas disponibles la extensión de ideas contrarias a su ejercicio de gobierno. Conviene señalar que del mismo modo que una actuación legítima no es garantía absoluta del mantenimiento de un poder, la inexistencia de legitimidad no se traduce en una quiebra automática de un sistema político...”.

sar que el término al que venimos aludiendo puede presentarse concretamente en los hechos, pero no necesariamente de manera inmediata, sino que puede irse construyendo poco a poco en el transcurso del tiempo, o en la sucesión de ciertas fases o hechos que van precisamente en la dirección de la actualización de la legalidad, que cuenta con legitimidad.

Por otra parte, Bidart Campos²⁸ afirma que la legitimidad contribuye a provocar el consenso, a estimular la obediencia, a cooperar con la energía del poder y a que se cuente con dispositivos favorables para su funcionamiento. De lo anterior es posible deducir que la legitimidad puede provocar una serie de efectos positivos para el poder, o en el campo jurídico para los ordenamientos correspondientes. Dichos efectos vistos desde el marco de Juan Carlos Monedero constituirían la legitimación del poder político o del orden jurídico de un Estado.

Finalmente, Zippelius, en su *Teoría general del Estado*,²⁹ nos acerca al concepto de legitimación, dentro del cual distingue dos niveles: uno ético y otro sociológico. Por cuanto al primero señala que éste ha de responder a la pregunta de cómo y en qué puede hallar un orden estatal una justificación suficientemente fundada; cuestión que en su concepción vendría dada a partir del cumplimiento de la función ordenadora y pacificadora de la comunidad jurídica estatal y el establecimiento de un orden jurídico justo, en el que los individuos logren su desenvolvimiento personal. Obsérvese aquí la cercanía de su concepto de legitimación ética, con lo que hasta aquí se ha venido planteando como requerimiento formal de la legitimidad.

En referencia al concepto sociológico de legitimación, que es aquí el que más nos interesa, dirá Zippelius que es aquél de acuerdo al cual ésta adquiere un sentido de indagación de los motivos por los cuales una comunidad jurídica acepta y aprueba de hecho un orden estatal. La legitimación supone pues, en este marco teórico, la aceptación real en la que se funda la dominación de un orden *jurídico* y estatal.

En otras palabras, la legitimación de un orden jurídico vendría dada por la adhesión y respaldo de los destinatarios de las normas a los contenidos y procedimientos en ellas inmersos. Cuestión por la cual en algún lugar se ha podido plantear la similitud, guardando las debidas propor-

²⁸ Bidart Campos, Germán, *El poder*, cit., nota 4, p. 42.

²⁹ Zippelius, Reinhold, *op .cit.*, nota 5, pp. 108 y 109.

ciones, entre el procedimiento ético discursivo planteado por Habermas y el punto de vista interno expuesto por Hart.³⁰

Ahora bien, si adelantamos un poco más en la lectura del autor citado encontraremos que considera que las convicciones individuales sobre lo justo son el punto donde la legitimación sociológica y la legitimación ética se tocan. Así las cosas, desde su punto de vista, la legitimación ética radica en la aprobación crítica del poder del Estado, y la legitimación sociológica descansa, por su parte, en un consenso real.

Si se ha seguido el hilo conductor de estas líneas, se recordará que ha quedado anotado que la legitimación ética de la que habla Zippelius se encuentra íntimamente ligada con la idea de legitimidad —que aunque sin contenido específico— aquí se ha aceptado, de hecho parece ser que esta misma es sostenida por él en la siguiente afirmación:

Entre los aspectos clásicos de la legitimación normativa (ética) existen igualmente nexos entre legalidad y legitimidad: desde el punto de vista del Estado formal de derecho, se vio en el carácter general de las normas una garantía de rectitud (esto es legitimidad) de un orden de la conducta, sobre todo si estas normas han sido aprobadas en un procedimiento legislativo democrático.³¹

En Zippelius puede entonces reconocerse a la legitimación ética como ligada a la legitimidad, por lo que la afirmación sociológica del término permite distinguirlo tanto de la legalidad, como de la legitimidad. La legitimación vendría pues marcada por la característica de constituirse en un espacio fáctico de reconocimiento; siendo, por tanto, objeto de conocimiento de la sociología.

La legitimación así entendida bien puede ubicarse en el espacio del derecho positivo (dentro de un esquema tridimensional), esto es, del derecho auténticamente vivido en un tiempo y espacio determinado. En

³⁰ [<http://www.filofiaayderecho.com/rtfd/numero6/habermas.htm>], Botero Bernal, Andrés, “Aproximación al pensar iusfilosófico de Habermas”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, España, núm. 6, 2002-2003. Véase Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 171; Hart, H. L. A., *Sobre el concepto de derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.

³¹ *Ibidem*, p. 111.

este mismo sentido puede hablarse, por ejemplo, de la legitimación de la dominación como justificación pública.³²

El entendimiento de la legalidad como el ajustamiento, mediante las conductas externas reguladas, al ordenamiento jurídico correspondiente; la legitimidad como la adecuación de este mismo ordenamiento a una serie de valores o principios; y la legitimación como la aceptación, adhesión, reconocimiento y respaldo a éstos, supone una delimitación conceptual que permite un manejo más afortunado de estos términos en el campo del derecho. Permite considerar las tres grandes vertientes a través de las cuales se ha intentado la conceptualización del derecho y atiende a los tres grandes momentos o esferas que se han reconocido como parte de la realidad jurídica.

El derecho formalmente válido que ha cumplido con el procedimiento formal de creación y objeto de la ciencia jurídica ha de vérselas con el concepto de legalidad. La filosofía del derecho como encargada de la perspectiva valorativa del orden jurídico ha de atender a las cuestiones de legitimidad, y finalmente, la sociología jurídica que se ocupa de la perspectiva social del derecho y que tiene como tema fundamental, entre otros, a la eficacia del orden jurídico, ha de responder a las cuestiones de legitimación del derecho en un lugar y espacio determinado.³³

De hecho este tipo de escisión conceptual, basada en la mencionada tridimensionalidad y que funciona para conceptualizar un mismo objeto desde ángulos epistémicos distintos, y que por tal proporciona un espacio disciplinario especializado dependiendo del ángulo adoptado, ha sido utilizada para términos como *validez*, en el que se han distinguido un sentido sociológico, uno jurídico, y otro ético.³⁴ Incluso puede recordarse la mencionada clasificación que ofrece Bidart Campos, respecto a la legitimidad, misma que, desde su punto de vista, puede ser filosófica, empírica o sociológica, y legalizada,³⁵ que aunque resulta clarificadora en ese espacio, dificulta las cosas cuando enfrentamos a la legitimidad con la legalidad y la legitimación.

³² Vossenkuhl, Wilhelm, "Dominación", *Diccionario de ética*, Camps, Victoria (dir.), Höffe, Otfried (ed.), trad. de Jorge Vigil, Barcelona, Crítica, 1997, p. 84.

³³ Para las tres concepciones y para sus mediaciones críticas véase García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, Díaz, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1980; Atienza, Manuel, *Introducción al estudio del derecho*, España, Barcanova, 1993.

³⁴ Dreier, Ralf, "El derecho y la moral", en Garzón Valdés (coord.), *Derecho y filosofía*, 2a. ed., trad. de Carlos de Santiago, México, Fontamara, 1985, pp. 88-92.

³⁵ Véase Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, nota 4, p. 40.

El colocar a cada uno de estos términos en diferentes campos o esferas no implica, evidentemente, negar las relaciones o mediaciones críticas que entre ellos pueden operar, porque como bien se sabe, bajo el esquema de la tridimensionalidad podemos encontrar al menos siete posibilidades o combinaciones conceptuales diferentes:

- 1) Legalidad, sin legitimidad y sin legitimación;
- 2) Legitimidad, con legalidad, pero sin legitimación;
- 3) Legitimidad, sin legalidad y sin legitimación;
- 4) Legalidad, sin legitimidad, pero con legitimación;
- 5) Legalidad, con legitimidad y con legitimación;
- 6) Legitimidad, con legitimación, pero sin legalidad, y
- 7) Legitimación, sin legalidad y sin legitimidad.

Como puede deducirse, la ubicación o acomodo de los tres términos en las tres clásicas esferas del derecho no diluye la complejidad; más bien lo único que con ello se logra es proporcionar un marco más comprensible y manejable para emprender la tarea de reflexión sobre sus implicaciones éticas.

III. LA ÉTICA COMO FILOSOFÍA MORAL

Es lugar común que a la ética se le confunda con la moral. Dicha situación bien puede surgir de la comparación de los orígenes etimológicos de ambos términos, pues mientras el término ética deriva del griego *ethos*,³⁶ que puede ser entendido en el castellano como moral, costumbre o carácter; el término moral, por su parte, deriva del latín *mores*, que significa costumbre o carácter.³⁷ Es decir, su origen etimológico deja a ambos términos lo suficientemente cerca como para plantear su igual significado.

Precisamente por lo anterior se hace necesario traer a colación la diferencia entre ética y moral toda vez que generalmente en la vida cotidiana y en algunos círculos de discusión ambos términos son intercambiados sin mediación reflexiva, cuestión que genera discusiones que en caso de partir de la previa distinción no tendrían ninguna justificación.

³⁶ Höffe, Otfried, “Ética”, *Diccionario de ética*, trad. de Jorge Vigil, Barcelona, Crítica, 1994, p. 98.

³⁷ Höffe, Otfried, “Moral”, *op. cit. supra*, p. 190.

La moral, junto con la costumbre, “representa un marco normativo básico, constitutivo de la existencia humana... referido al comportamiento con el prójimo, pero también con la naturaleza y la sociedad”.³⁸ En el anterior sentido, la moral puede ser entendida como un complejo conjunto de normas de acción, de tipo valorativo, que ofrecen a los individuos representaciones de sentido. Ella no sólo está presente en las convicciones y conductas personales, sino también en la conformación de las instituciones públicas y los diferentes ordenamientos sociales.

La moral “determina una forma de vida histórica, orgánicamente constituida, no nacida de actos formales del poder estatal”,³⁹ por lo que constituye también un patrón o modelo de vida significativa, con sentido; y que es específica del grupo y cultura, que sirve para la auto expresión y realización del ser humano. Por ello, la moral, que a final de cuentas es la expresión de las diferentes cosmovisiones posibles, suele ser considerada como fuerte elemento de la identidad. De este modo, no cabe pues hablar de ella en singular, sino en plural.

Resumiendo un poco, podemos decir que la moral es el conjunto de códigos o juicios que pretenden regular las acciones concretas de los hombres referidas ya sea al comportamiento individual, social o respecto a la naturaleza, ofreciendo para esto normas con contenido.⁴⁰ La pregunta central de la moral será la de ¿qué debo hacer?⁴¹ Cuestión que a final de cuentas ha de ser resuelta de acuerdo a contextos históricos y cosmovisiones determinadas, por lo que su respuesta será tal y como se desprende de lo anterior, contextualizada.

La ética por su parte, constituye un segundo nivel de reflexión acerca de los códigos, juicios o acciones reputados como morales. Ella ha de tener como tarea la realización de una evaluación crítica de la moral dominante. En este sentido es interesante la afirmación de Fernando Savater que ubica a la ética en su sentido fuerte, como una reflexión personal sobre la propia libertad.⁴²

La ética ha de ignorar la pregunta con respuesta inmediata: ¿qué debo hacer? Para internarse críticamente en la búsqueda de la respuesta a la

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ Cortina, Adela, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 28-32.

⁴¹ *Ibidem*, p. 89.

⁴² Savater, Fernando, *Los caminos para la libertad. Ética y educación*, México, Ariel-Cátedra Alfonso Reyes del Tecnológico de Monterrey, 2000, p. 21.

cuestión: ¿por qué debo? Ello es así porque la ética tiene que dar razón mediante la reflexión filosófica (conceptual y con pretensiones de universalidad) de la moral, es decir, tiene que acoger el mundo moral en su especificidad y dar reflexivamente razón de él.⁴³ La ética como filosofía moral, tal y como lo ha dicho Adela Cortina ha de dar razón filosófica, está obligada a justificar teóricamente porqué hay moral y debe haberla, o bien a confesar que no hay razón alguna para que la haya.⁴⁴ La ética como filosofía moral debe, en otras palabras, justificar las formas y principios de la acción justa.

En razón de lo anteriormente anotado, podemos decir que la ética como filosofía moral constituye un segundo nivel reflexivo en el que la pregunta principal a plantearse es por qué deben aceptarse o no, los códigos, juicios o acciones reputadas como morales, cuestión que encuentra diversas respuestas en las diferentes teorías éticas existentes.⁴⁵

Finalmente, y trayendo ahora a este espacio la necesaria comparación directa entre moral y ética, debemos decir con José Luis Aranguren que la primera es *moral vivida*; mientras la segunda es *moral pensada*,⁴⁶ y con Höffe que la ética como reflexión filosófico-moral es la ciencia de la moral, y esta última constituye el objeto de aquella.

Ahora bien, la cuestión ética central, esto es, la de dar razón de la moralidad, evidentemente no ha tenido una sola respuesta. A lo largo de la historia, el pensamiento ético ha mostrado el suficiente dinamismo, esfuerzo y enfrentamiento de modelos, como para que en el siglo XIX John Stuart Mill señalara que desde los inicios de la filosofía la cuestión relativa a los fundamentos de la moral ha sido considerada como el problema prioritario del pensamiento especulativo, dividiendo a las mentes en sectas y escuelas.⁴⁷ Efectivamente, el camino de la justificación de la moralidad ha sido largo y azaroso, pero ello no lo convierte en inútil.

⁴³ Cortina, Adela, *op. cit.*, nota 40, p. 31; *id.*, *Ética sin moral*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 2000, p. 29 y 221; Höffe, Otfried, “Ética”, *op. cit.*, nota 36, p. 99.

⁴⁴ Cortina, Adela, *Ética mínima*, *cit.*, nota 40, p. 31.

⁴⁵ Para las diferentes corrientes éticas Véase Camps, Victoria, *Historia de la Ética*, Barcelona, Crítica, 1988; Camps, Victoria, “Presentación”, *Concepciones de la Ética*, Madrid, Trotta, 1992, pp. 11-27; [<http://www.filosofiyderecho.com/rtdf/numero5/teorias.htm>], Jongitud Zamora, Jaqueline, “Teorías éticas contemporáneas”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, España núm. 5, 2001.

⁴⁶ Aranguren, José Luis, *Ética*, España, Biblioteca Nueva, 1997, pp. 3, y 58-60.

⁴⁷ Mill, John Stuart, *El utilitarismo*, trad. de Esperanza Guisán, Madrid, Alianza, 1994, p. 37.

De hecho, en la actualidad son principalmente dos corrientes de pensamiento, sustancialismo y procedimentalismo, las que se encuentran en disputa teórica para desempeñar la cuestión.

En un trazado bastante general puede decirse que el sustancialismo sostiene que la ética debe abocarse a la búsqueda de la racionalidad inmanente en la praxis concreta. En esta corriente se inscriben autores como Alasdair MacIntyre, Richard Rorty y Charles Taylor.⁴⁸

Por otra parte, el procedimentalismo, en el que se inscriben autores como Karl Otto Apel, Jürgen Habermas, Adela Cortina, Enrique Dussel y John Rawls:⁴⁹ sostiene, también en términos generales, que la tarea ética estriba en descubrir los procedimientos legitimadores de las normas.

Ahora bien, independientemente de las diferencias entre corrientes de pensamiento y autores en lo individual, lo relevante de la situación actual es que ninguna teoría ética —al menos las que postulan los autores aquí citados— niega la historicidad del fenómeno moral, ni la existencia de un *ethos* concreto o de la pluralidad de formas de vida, y todas afirman la importancia de lo moral como parte de un vivir auténticamente humano y de una vida con sentido, e incluso aunque no coincidan en la definición, todas admiten la existencia de criterios de preferibilidad.

⁴⁸ Respecto a sus propuestas teóricas pueden consultarse los siguientes materiales: MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, trad. de Amelia Varcárcel, Barcelona, Crítica, 2001; Rorty, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, trad. de Alfredo Eduardo Sinnot, España, Paidós, 1996; Rorty, Richard, *El pragmatismo, una versión. Antiautoritarismo en epistemología y ética*, trad. Joan Vergés, España, Ariel, 2000, y Taylor, Charles, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, trad. de Ana Lizón, Barcelona, Paidós, 1996.

⁴⁹ Respecto a sus propuestas teóricas pueden consultarse los siguientes materiales: Apel, Karl Otto, *Estudios éticos*, trad. de Carlos de Santiago, Barcelona, Alfa, 1986; Apel, Karl Otto, *La transformación de la filosofía*, trad. Adela Cortina y otros, Madrid, Taurus, 1985, t. II; Apel, Karl Otto, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, trad. de Norberto Smilg, España, Paidós, 1998; Dussel, Enrique, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y la exclusión*, Madrid, Trotta-UNAM-UAM, 1998; Habermas, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de Ramón García C., Barcelona, Península, 1983; Habermas, Jürgen, *Teoría y praxis*, trad. de Salvador Más Torres y Carlos Moya, México, Rei, 1993; Habermas, Jürgen, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. de Manuel Jiménez R., España, Paidós, 1998; Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro*, trad. de Juan C. Velasco y Gerard Vilar Roca, España, Paidós, 1999; Rawls, John, *Liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996 y Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2a. ed., trad. de María González, España, FCE, 1997. Para la obra de Cortina véase *supra*, notas 40 y 43.

Es precisamente a partir de las coincidencias anotadas, que se intentará a continuación delinear aquellas que consideramos las implicaciones éticas de las ideas de legalidad, legitimidad y legitimación.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTENIDO ÉTICO DE LEGALIDAD, LEGITIMIDAD Y LEGITIMACIÓN

Las ideas asociadas con los términos de legalidad, legitimidad y legitimación que han sido aceptados en el desarrollo de este documento parecen conformar una tríada. Ello se afirma en el sentido de que entre ellas existe una especial vinculación. Desde el uso correcto del castellano del que hicimos uso al inicio de este trabajo, hasta las aportaciones teóricas referidas a los mismos parecen marcar de forma más o menos clara el siguiente encadenamiento: la legalidad como ajustamiento a la ley, exige una justificación o fundamentación; ello nos lleva hacia la legitimidad y ésta a su vez puede generar un efecto, producto o resultado conocido como legitimación.

De este encadenamiento, y por supuesto no pretendiendo una visión unilateral, pues ya se ha aceptado la existencia de siete posibilidades de combinación, puede deducirse que la cuestión de la legitimidad, dentro de un esquema ideal de representación, juega un papel central en el siguiente sentido: ella es la que puede otorgar una justificación a la legalidad, y al mismo tiempo es la que, aunque con algunas matizaciones y no de manera inmediata, puede proporcionar legitimación a un orden jurídico.

En este sentido es la legitimidad la que debe ocupar un lugar central a la hora de analizar las implicaciones éticas de los términos objeto de reflexión, pues ella justifica o fundamenta a la legalidad, y provoca o trae como resultado además de que también puede justificar, a la legitimación.

Evidentemente en los tiempos que nos toca vivir la conciencia de moralidad existente no es única. A través de la moralidad contemporánea suelen expresarse valoraciones sumamente diversas, que, muchas de las veces parecen colocarnos ante la disparidad y situar a lo ético en las puertas del relativismo.⁵⁰ La edad, formación académica, pertenencia a grupos estructurados diferentes, el ser parte de un determinado país, la ocupación de un preciso lugar en la escala social, las agrupaciones profesionales y la confesión religiosa a la que nos encontremos inscritos, entre

⁵⁰ Cortina, Adela, *Ética mínima*, cit., nota 40, p. 35.

otros elementos, determinan en mucho no sólo las necesidades y preferencias personales, sino también perfilan nuestros diferentes ideales de vida. Es por ello que hace ya algún tiempo se ha podido caracterizar a nuestros tiempos como los que han permitido una vida valoral *light* y permisiva.⁵¹

Es precisamente en este espacio en donde entra en juego la ética como filosofía moral, pues ella nos ha de permitir superar este embrollo al buscar la respuesta a la cuestión de ¿por qué debo?, y sobre todo al tratar que sus respuestas aporten una pretensión de universalidad.

A pesar de todas las heterogeneidades existentes, a pesar del derecho a la diferencia y al entendimiento de la riqueza que ofrece la diversidad, existe —como dice Adela Cortina— “una base moral común a la que nuestro momento histórico no está dispuesto a renunciar en modo alguno y que, a su vez justifica el deber de respetar las diferencias”.⁵² Una base que poco a poco se ha ido extendiendo a lo largo y ancho del planeta, hasta el punto de poder considerarse en la actualidad como sustento ético universal para legitimar y deslegitimar instituciones nacionales e internacionales, dicha base moral la constituye el reconocimiento de la dignidad del hombre, de cuño kantiano.

En el reino de los fines —dijo Kant— todo tiene un *precio* o una *dignidad*. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo *equivalente*; en cambio, lo que se haya por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad”.⁵³ En este mismo sentido, en la *Crítica de la razón práctica* Kant afirmó que “... únicamente el hombre, y con él toda criatura racional, es fin en sí mismo”.⁵⁴

Bajo dicho principio toda persona tiene derecho a ser tratada como un fin en sí mismo y no como un medio para cualesquiera fines, porque en ella se reconoce un valor, que todas las demás personas deben reconocer y aceptar sí es que quieren comportarse como agentes morales.

El principio de la dignidad humana, como bien se sabe, ha sido considerado como fundamento de los derechos humanos.⁵⁵ Éstos, por su parte,

⁵¹ Lipovetski, Guilles, *El crepúsculo del deber (la ética indolora de los nuevos tiempos democráticos)*, 3a. ed., trad. de Juana Bignozzi, Barcelona, Anagrama, 1996.

⁵² Cortina Adela, *Ética mínima*, cit., nota 40, pp. 35 y 36.

⁵³ Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cit., nota 7, p. 71.

⁵⁴ Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, cit., nota 15, p. 111.

⁵⁵ Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, España, Debate, 1991, pp. 85 y ss.

pueden ser considerados en la actualidad como el criterio de justificación ética, de legitimidad, de los sistemas jurídicos modernos.

En nuestra opinión los derechos humanos basados en la dignidad humana, y consiguientemente pertrechados con el principio de la autonomía y de la universalidad, e incluso con su ampliación discursiva, además de con sus características de universalidad, incondicionalidad, inalienabilidad, indivisibilidad, complementariedad e interdependencia, constituyen el tope ético consensuado de nuestros tiempos, al cual han de sujetarse todos aquellos sistemas jurídicos que pretendan legitimidad.

En el anterior sentido, los derechos humanos tienen que ser contemplados en los sistemas jurídicos contemporáneos, en la legalidad, como exigencias normativas, en pro de su legitimidad. Pero su justificación, no puede encontrarse —como lo ha dicho Luis Villoro⁵⁶— en el derecho mismo, sino en el orden de la justicia, en concreto y parafraseándolo, en la dignidad de la persona.

Concretando, la legalidad puede obtener su justificación o fundamento, es decir, su legitimidad, a través del reconocimiento del contenido ético de los derechos humanos. La legitimación, por su parte, vendría condicionada por el propio reconocimiento, adhesión o respaldo de los ciudadanos a estos contenidos y por la puesta en marcha de un auténtico reconocimiento, protección, promoción y defensa de los mismos.

La legitimación exige pues no sólo la fundamentación o justificación del contenido legal, sino que para su concreción respecto a las normas jurídicas de un determinado Estado necesita que éstas se hagan efectivas cotidianamente en todos sus niveles. Exige, en una frase, el aterrizaje de la legalidad-legitimada en la vida real de los ciudadanos.

⁵⁶ Villoro, Luis, *El poder y el valor. Fundamentos de una ética política*, México, FCE, 1997, pp. 302 y 303.