
ELIAS DIAZ
(*Universidad Autónoma de Madrid*)

Notas («concretas») sobre legitimidad y justicia

I. Aunque sin propugnar ni dar lugar a escisiones particularistas de ningún tipo, conviene —creo— diferenciar y distribuir adecuadamente el tratamiento de las cuestiones relacionadas con términos tan centrales en nuestro ámbito de trabajo como son los de legalidad, legitimación y legitimidad: tal diferenciación, sin ruptura ni aislamiento alguno, engendra siempre mayores posibilidades de claridad.

Con las primeras de esas cuestiones (legalidad) tiene que ver de modo muy preferente la Ciencia del Derecho en sentido estricto. De las segundas (legitimación) se ocupa directamente, entre otros temas y en base a las oportunas investigaciones empíricas, la Sociología del Derecho. Las terceras, las cuestiones de legitimidad (y, añadiría yo ahora sin identificarlas con ellas, las que plantean los problemas de sus relaciones e implicaciones de fondo, concordantes o discrepantes, con el valor justicia) me parece que pueden ser atribuidas a ese sector, íntimamente conectado con la Filosofía ética y política, que se denomina y —en mi opinión— debe seguir denominándose Filosofía del Derecho.

Los puntos a los que yo voy a aludir aquí de manera muy resumida y fragmentaria, casi programática, se situarían en la tercera de esas perspectivas, cuyo tratamiento y desarrollo más completo incluiría, al menos, las siguientes dimensiones: consideración de la legitimidad (y justificación ética), en mayor o menor grado, de una determinada legalidad u ordenamiento jurídico vigente y válido; debate, aún más

complejo, sobre la legitimidad (y justificación ética), también en mayor o menor grado, de un sistema de normas o de valores jurídicos que de hecho muestran señales de legitimación, o de deslegitimación, en un concreto grupo social (derecho «vivo», realmente aceptado y/o aplicado, derecho eficaz, suele llamarse al primero); análisis, interno y externo, acerca de los mismos criterios (y sistemas) de legitimidad, así como, diferenciadamente, de las razones (y puntos de vista) para su posible o imposible ética justificación.

La Filosofía del Derecho sería, pues, por un lado teoría crítica de los sistemas de legalidad y, por otro, teoría crítica de los sistemas de legitimidad (y en ambos casos también de su correlativa mayor o menor legitimación): esa «teoría crítica» implica por tanto, en última instancia, un debate de fondo y una decisión sobre la justificación ética de la legalidad, expresión de la jurídica normatividad, y sobre la justificación ética de los valores alegados en unos u otros criterios de legitimidad. Todo esto no se plantea, no debe plantearse —claro está—, en términos exclusivamente «abstractos» (formalistas) sino teniendo siempre muy en cuenta las concretas condiciones e implicaciones de tales legalidad y legitimidad, es decir, tomándolas como resultado social e histórico, no aislando, por tanto, el Derecho (normas y valores) de los otros elementos de carácter político, económico, cultural que forman parte de esa misma «totalidad».

Una teoría de la legitimidad y una teoría de la justicia son, pues, cuestiones diferentes, y bien diferenciables, aunque también, a su vez, con profundas e íntimas vinculaciones entre sí. Una y otra expresan dimensiones valorativas que se conectan e interrelacionan en sus presupuestos últimos, racionales, pero que en modo alguno se confunden; podría decirse convencionalmente que la primera es la parte y la segunda el todo; o que la primera es, o puede ser, introducción a la segunda, en la medida en que la justicia, por su exclusivo carácter ético, se refiere a juicios más últimos, más radicales y objetivos, más universales (nunca ahistóricos), mientras que la legitimidad posee un sentido más inicial, intermedio, más «político», menos definitivo y exhaustivo. Un Estado, un Derecho pueden ser calificados de legítimos (legitimidad) y, no obstante, producir resultados concretos, en mayor o menor medida, injustos. La teoría de la justicia como parte (ética) central de la filosofía jurídico-política es ante todo, y desde esas exigencias, una crítica, interna y externa, de los sistemas de legitimidad (aunque también después, de manera derivada, una crítica, asimismo interna y externa, de los sistemas de legalidad).

Toda teoría de la justicia incluye, por lo tanto, desde ambas perspectivas, una teoría de la legitimidad; y ésta, a su vez, ha de confrontarse —y completarse— siempre y en última instancia con aquélla, la cual —téngase esto muy en cuenta— no es tampoco algo inmutable y estático, dado de una vez por todas. También la justicia es una construcción histórica (además de racional) pero de no idéntica textura que la legitimidad. Caben, pues, un Derecho y un Estado que, por reunir ciertas condiciones democráticas, posean, y así se les reconozca, suficiente legitimidad, o legitimidad sin más, y que, sin embargo, no por ello sus concretas determinaciones y decisiones (todas o algunas) deban ya considerarse sin más como justas. En el lenguaje común hay mucha menor resistencia a decir y reconocer que un Derecho o un Estado son legítimos que a atribuirles sin más el calificativo de justos. Legitimidad y justicia, ambas dimensiones valorativas, racionales e históricas, no son —vemos— exigencias del todo coincidentes. Esta diferenciación algo tiene que ver, desde luego, con la tradicional de legitimidad de origen y de ejercicio, aunque en modo alguno se identifica por entero con ella: la justicia en su realización también acaba enlazando con cuestiones relativas al origen, autonomía moral del individuo, y hasta con cuestiones de procedimiento, mientras que por su parte la legitimidad también alude, desde luego, a valores de fondo y a confrontaciones de contenido en su posterior ejercicio.

II. A pesar de esa necesaria, lógica, diversificación y de ese funcionamiento relativamente autónomo, legitimidad y justicia —insisto en ello— poseen entre sí muy profundas y recíprocas implicaciones. Me parece importante poner énfasis en esa relación y, aún más todavía, en las connotaciones reales de ambas dimensiones, también ante la relativa prevalencia hoy de un cierto «fundamentalismo» ético que se despreocupa en amplia medida de las consecuencias sociales y casi quiere aparecer como neutro (¿como «imparcial liberal»?) en política, en economía y en historia, es decir, en todo lo que desde esa actitud no se concibe como formal y estrictamente definitorio de las categorías de la moral. Ese que también puede denominarse «interiorismo» o «autismo» ético, casuístico y abstracto a la vez, con demasiada frecuencia aísla casi por entero ambas perspectivas de legitimidad y justicia, escindiendo idealistamente ética y política, principios y resultados, validez y eficacia. En mi opinión, por el contrario —y vaya como amigable alegato ante los «fundamentalistas» éticos apolíticos o antipolíticos, de varia e incluso contrapuesta orientación—, no es indiferente de ningún modo para la justicia, ni para la

teoría de la justicia, uno u otro tipo de legitimidad, una u otra teoría de la legitimidad. Y viceversa: una u otra teoría de la justicia produce o favorece o impide una u otra forma de legitimidad, una u otra teoría de la misma. Tan importante, pues, como la diferenciación y no confusión es la mutua implicación y profunda interrelación, entre legitimidad y justicia pero también, correlativamente, entre política (derecho, economía) y ética.

La justificación ética del Derecho y del Estado radica —conuerdo en esto con muchos y buenos iusfilósofos— en la defensa y realización de una serie de derechos humanos básicos, considerados totalmente imprescindibles y que no deben sacrificarse a otras instancias diferentes alegadas como superiores. Pero señalado esto, no desaparecen, por supuesto, los problemas teóricos y prácticos, los problemas de límites, de formas de interferencias de conflictos entre tales derechos o exigencias éticas; ni tampoco con establecer tales instancias básicas quedan ya resueltos sin más (con claridad y sin discrepancias a veces de muy difícil, casi imposible, resolución) todos los supuestos que en la vida real —no digamos en la del «laboratorio» casuístico— pueden de hecho presentarse.

Tales derechos —sobre la base del respeto a la vida, física y psíquica— se centran, creo que puede decirse, en la afirmación y potenciación del valor libertad, entendida ésta ante todo, de manera fundamental, como libertad crítica, de conciencia y de expresión, por un lado, y de acción personal y participación social, por otro. A partir de ahí, la argumentación moral (no abstracta, sino ejercida «dialógicamente» y en el análisis concreto de las situaciones concretas y de sus condiciones reales) podrá ir construyendo, o reconstruyendo, las que puedan considerarse instancias válidas, necesarias, para formular con carácter nunca exhaustivo ni cerrado una verdadera teoría de la justicia, de acuerdo con las exigencias de racionalidad, objetividad, imparcialidad y universalidad que se predicán del discurso moral. Aparte de otras concretas derivaciones, en las que probablemente se concordaría, estimo que son consecuencia ineludible de dicha argumentación, una cierta suficiente seguridad respecto a la protección y ejercicio de tales libertades, una básica igualdad —derivada hasta de la nota de universalidad ética— compatible con el derecho a las diferencias, en su reconocimiento y fáctica actuación (libertad para todos), así como su no reducción a mera declaración formal (con ser esto a su vez imprescindible) sino asignando recursos y creando condiciones para su efectiva realización.

Podría decirse que con estas exigencias éticas, con este esquema de derechos humanos básicos y fundamentales, dispondríamos de una buena plataforma para construir hoy una aceptable teoría crítica de la justicia (más adelante sintetizaré los que estimo como sus principales valores e implicaciones), válida también para deducir reglas —por ejemplo en favor de los menos favorecidos por la historia en el reparto social— desde esa imprescindible libertad, no ficticia sino real y acerca de la que no se ven fundadas razones para no reconocer a todos básicamente por igual. En estas breves páginas no voy yo a plantear más problemas de los que ya están implícitos, y hasta explícitos, en tal concepción, en tal ética justificación que —como digo— me parece que, en sus líneas fundamentales teóricas, recibe hoy amplia concordancia y aceptación.

Lo que principalmente quería destacar aquí es que tal teoría (crítica) de la justicia está en íntima, inescindible conexión con la que puede muy bien calificarse como teoría democrática de la legitimidad: se vinculan así ambas dimensiones valorativas, configurándose la legitimidad democrática como la mejor vía para la justificación ética del Derecho y del Estado. Y también quería resaltar algo que con frecuencia se olvida, o no se tiene suficientemente en cuenta: que tales exigencias, políticas y éticas, de la legitimidad y la justificación no son neutras, indiferentes, respecto a modos concretos de producción y autoreproducción de la vida real, empezando —sin ir más lejos— por las de producción, reproducción y acumulación en el campo concreto de la economía. Este pseudoneutralismo, ese desconocimiento o desinterés hacia las repercusiones e implicaciones económicas, materiales, sociales, históricas es —como digo— lo que me parece más criticable de no pocas tendencias o manifestaciones —a veces contradictorias— de ese difuso eticismo actual que vengo aquí denominado, provocativamente, como «fundamentalista»: grandes refinamientos en la sofisticada e interiorista elucubración moral, agotadores e inacabables ejercicios casuísticos de eticidad, pero —reacios a la historia y a la sociología— ocultando siempre toda relación de fondo con concretos sistemas económicos de producción, reproducción y acumulación. Comprendo que los abusos simplificadorios del marxismo —especialmente del marxismo estructuralista que es tal vez el que más tuvo que sufrir la «generación fundamentalista»— dejaron este tema intratable, con las aventuras y desventuras del «capital monopolista» como eje único de la historia, como explicación mágica y taumatúrgica de todo lo avenido y lo por avenir. Por ello, ese mal pasado, no es —creo— razón suficiente para

justificar, por otro lado, las ocultaciones y escrupulosas asepsias de ese ahistórico y antisociológico fundamentalismo ético actual.

III. Resumo aquí, desde esa perspectiva, las que me parecen exigencias básicas, éticas y políticas, de la legitimidad democrática del Derecho y del Estado actual:

1. Como base de todo, y sin lo cual nada (es decir nada de lo que aquí es debatido) tendría mayor sentido, estaría el reconocimiento y respeto de la vida humana (así como el desarrollo de sus potencialidades físicas y psíquicas) como algo mejor que su negación, mejor que la no existencia o que la supresión no voluntaria de aquélla.
2. La libertad crítica individual, libertad de opinión y de expresión como elemento último, y primero, que —sin sobrevalorar idealistamente el poder de la razón y el pensamiento— dinamiza todo el sistema y evita la sacralización dogmática de lo existente; importancia, pues, aquí de la formación cultural y la educación en libertad de los ciudadanos para, unido a otras condiciones reales, mejor expresar la autonomía moral individual.
3. La participación política en libertad para la toma de decisiones, la elección periódica de legisladores y gobernantes y el adecuado funcionamiento del sistema institucional, partidos políticos, sindicatos, parlamento, administración, etc.
4. Exigencia de igualdad en, como base, tales libertades —lo cual implica reconocimiento del sufragio universal— y tendencia a una efectiva posibilidad real de esa igualdad para todos los ciudadanos.
5. Afirmación del principio de la soberanía popular —y lucha contra sus diversas formas de manipulación— como origen legítimo de las decisiones jurídico-políticas colectivas; es decir, imperio de la ley como expresión de la voluntad popular y determinación por ésta de las concretas representaciones para constituir así el Parlamento legislador.
6. Regla de las mayorías como criterio operativo (aunque no sólo) para, en última instancia, expresar en la práctica la soberanía popular, no resultando posible, no sé si tal vez deseable, una exigencia de unanimidad.

7. Reconocimiento de los valores e intereses legítimos de las minorías en la medida más amplia posible en que resulten asumibles y como exigencia también de estabilidad y de paz social: la democracia puede definirse en este sentido como el gobierno, a la vez, de las mayorías y las minorías.

8. Política de consenso y de compromisos o pactos sociales, políticos y económicos, aunque sin violar —claro está— el sentido fundamental de las decisiones apoyadas por las grandes mayorías; la democracia se constituye así como el régimen político de la discusión, con posibles y deseables entendimientos pero siempre también con necesarias discrepancias y disentimientos.

9. Desde esa misma perspectiva, reconocimiento en cualquier caso de la dualidad entre instituciones políticas y «sociedad civil», con tendencia positiva a la homogeneización de aquellas con respecto a ésta, la cual deberá conservar siempre su propia autonomía e iniciativa tanto en los diferentes niveles individuales como colectivos.

10. Protección y realización de los derechos humanos (civiles, políticos, sociales, económicos y culturales) que derivan, en constante desarrollo y profundización, de las anteriores exigencias y de las necesidades reales individuales y colectivas expresadas en libertad y como tales en la moral positiva de la concreta sociedad en la que todo este proceso se considera y tiene lugar.

Precisamente el paso de la moral positiva a una, racionalmente más exigente, moral crítica (por emplear términos convencionales ya consolidados), tanto al formular los derechos humanos a proteger y realizar como al concretar conclusiones y hacer efectivas esas vías de realización, es lo que expresa a su vez el paso —puede decirse— desde una teoría de la legitimidad (democrática) a una teoría crítica de la justicia. La moral crítica no es simplemente la moral individual (o de las minorías) frente a la moral positiva (socialmente predominante): aquélla implica exigencias de objetividad, racionalidad, universalidad que sirven de base a la teoría crítica de la justicia. Aquí, en ésta, es donde esa legitimidad, ese Derecho y ese Estado legítimos, es decir, esa legalidad legítima dotada —puede— de alto grado de legitimación, viene enjuiciada en cada caso o situación concreta desde superiores instancias éticas para calibrar su adecuación o no con esos más universales y radicales (no ahistóricos) criterios de justicia a los que vengo aludiendo aquí repetidamente y que más adelante trataré de concretar y especificar.

Por supuesto que con ello, con este paso, se introduce en todo este mundo un mucho mayor problematismo; hasta se involucrarían cuestiones de meta-ética para saber, incluso, si es posible hablar de esto de lo que aquí intentamos hablar, es decir, de una ética material dotada con alguna base consistente de objetividad y de suficiente racionalidad. Aún sin aceptar las tesis neopositivistas y/o escépticas y/o cognoscitivistas sobre tan delicada y compleja cuestión, no cabe duda que considerables riesgos de relativismo, de subjetivismo, hasta de ideologismo y de partidismo, acechan siempre que se trata de hablar y de razonar acerca de la justicia, acerca de lo que es justo o injusto. Pero ni el absolutismo axiológico ni el inhibicionismo avalorativo me parecen posiciones que puedan ser hoy responsable y coherentemente defendidas.

Habría, por de pronto, que señalar que la justicia, algunas razones válidas de justicia, encuentran su más firme apoyatura y justificación precisamente en el marco de las insuficiencias que en la realización de esos proclamados valores de libertad e igualdad se muestran con gran frecuencia en los concretos sistemas históricos de legalidad y de legitimidad, incluido, por supuesto —aunque sea el mejor de ellos—, en el de carácter democrático. Y lo propio ocurre, en un nivel más teórico, a través del análisis crítico de las contradicciones y limitaciones internas de dichos sistemas. Esos criterios de justicia, no indiscutibles sino debatibles (a introducir, pues, en el diálogo, real e ideal), derivan como vemos de insuficiencias fácticas y de inconsistencias teóricas de los sistemas de legalidad y legitimidad: lo que quiero decir es que el «discurso» de la justificación ética se conecta así directamente —en forma de disidencia, discrepancia y oposición— con el de las instancias reales, materiales y económicas, y con el de concretas teorías del Derecho (normas) y de la legitimidad (valores).

En este sentido una teoría crítica de la justicia tendría que ser hoy —a mi modo de ver— una autentificación, profundización y realización de esas exigencias que más arriba se han sintetizado como propias de la legitimidad democrática, buscando el objetivo último de una cada vez más amplia y plena liberación real de todos los seres humanos. Liberación es autodeterminación y, por tanto, praxis emancipatoria, cultural y material. Con esta «regla de justicia» por supuesto que no se solucionan, y menos de manera indiscutida, todos los casos singulares de la vida real o del laboratorio moral: no siempre será fácil decir qué es lo que más contribuye a esa auspiciada

liberación. Pero tampoco creo que pueda decirse que tal regla sea un criterio inoperante e inútil: por lo menos no más que los demás que conozco, incluidos los de autores renombrados y de todos mil veces citados, aunque admito, desde luego, que en no pocos de ellos —los «mejores»— me he inspirado yo.

IV. En cualquier caso, dado su genérico enunciado, quizás no resulte inconveniente especificar desde esa perspectiva —aunque sin un carácter cerrado ni exhaustivo— algunas de las concreciones o exigencias contenidas en tal regla de justicia. Con ello se pondrán asimismo de manifiesto las profundas analogías, las importantes correlaciones de fondo existentes, sin total identificación, entre el método y los valores de la democracia (libertad, participación, comunicación) y los que impulsan el propio razonamiento moral, apareciendo así el régimen democrático como, además del más legítimo, también como el más justo, el más ético. Serían tales exigencias, entre otras, las siguientes:

1. Sobre la base del ya referido respeto a la vida (física y psíquica), afirmación de la autonomía moral del individuo y consideración del ser humano como fin en sí mismo. Se incluirían aquí los problemas de las denominadas libertad positiva y libertad negativa (por utilizar esa diferenciación ya habitual), la primera preferentemente moral (y política), la segunda preferentemente jurídica (y política).

2. Libre diálogo y comunicación como vía para acercarse al conocimiento de la realidad (y hasta de la verdad) —con estudio, reflexión e investigación— y a la determinación de criterios éticos con carácter de universalidad y disponibilidad de concreción. Ello implica no ruptura (pero también no identidad) entre la hipótesis de situación ideal de comunicación y la facticidad histórica y social de concretos consensos, pactos y acuerdos.

3. Importancia, también para la ética y la justicia, de una autenticación (coherencia, veracidad, etc.) y profundización (homogeneización crítica con la conciencia social) de las instituciones jurídico-políticas propias de la que será así una democracia más realmente participativa. La teoría crítica de la justicia incluye, pues, y prolonga la legitimidad (y la legalidad) democrática.

4. Sin perjuicio de lo anterior —importancia de los valores sociales—, respeto adecuado al derecho a la diferencia, individual o de

grupos minoritarios, prevalencia de la libertad de conciencia y posibilidad de justificación ética de la disidencia y la desobediencia. Pero en mi opinión —vieja polémica— ello incluye también la posibilidad de razones (éticas) para la obediencia y su consecuente obligatoriedad.

5. Exigencias de básica igualdad real para todos, con satisfacción de una zona amplia, y en razonable expansión, de necesidades básicas de carácter social, económico y cultural. La justificación ética del Derecho y del Estado incluye hoy no sólo —elemento básico— la democracia política sino también la democracia económica y social.

6. Ello implica democratización y mayor participación al propio tiempo en las organizaciones y creaciones de la sociedad civil y especialmente hoy en el seno de sus movimientos de base, ecologistas, pacifistas, feministas, juveniles, etc.; necesidad asimismo de una coordinada pero autónoma interrelación y homogeneización crítica entre instituciones políticas y movimientos sociales.

7. Importancia —pasando ahora de las instituciones y los valores (la vieja supraestructura) a factores más situables en la denominada estructura—, importancia, digo, de una organización y regulación democrática de la economía, con planificación compatible con formas mixtas (privadas, públicas, cooperativas, etc.) de producción, de propiedad y de gestión empresarial. Si se introducen aquí, y en el punto siguiente, estas demandas concretas de carácter material, económico (que, de todos modos, habrá que articular con flexibilidad) es por esa exigencia metodológica de no permanecer —«fundamentalismo»— en el puro reino de los principios éticos; pero por supuesto que estos elementos «consecuencialistas» deben probar en la práctica sus buenos resultados, vistos con inteligencia desde esa propuesta de la liberación real de todos los seres humanos.

8. Transformación y superación —en concordancia con lo anterior— de un modo de producción y acumulación basado de manera muy preponderante en el control oligárquico de la economía, con apropiación privada (por fuerza minoritaria) del excedente y los beneficios, con plena dominación del mercado por las grandes corporaciones transnacionales. Las contradicciones entre, por un lado, producción y acumulación privada y desigual frente, por otro, a exigencias de redistribución y legitimación pública e igual, la actual «crisis fiscal del Estado», de un Estado, no se olvide, que financia con recursos públicos tal acumulación, con apropiación privada de beneficios y

socialización de costes y pérdidas, así como el acentuado y dual proceso de desmercantilización personal y material serían algunos, sólo algunos, de los problemas y de las graves dificultades que presenta en nuestros días tal modo capitalista de producción.

9. No quedando todo en la «estructura», es preciso subrayar la decisiva importancia que para una teoría crítica de la justicia posee hoy la construcción de una cultura y una ética de la solidaridad y la cooperación, no de exclusiva atención al crecimiento cuantitativo y consumista sino de mucha mayor preocupación por la calidad de vida, el cuidado de los recursos naturales y el medio ambiente, los derechos de las minorías, la paz y la colaboración internacional frente a la política militarista de bloques y la escisión norte-sur, para la lucha contra el hambre, las enfermedades y la muerte en el mundo actual. Parece imposible pensar hoy en una teoría (y práctica) de la justicia que no incluya expresamente tales propuestas y objetivos de carácter universal.

10. Todo ello conduce a mantener siempre abierto el cuadro de lo que es central en esta concepción, la protección y efectiva realización de los derechos fundamentales y las exigencias éticas (libertad, seguridad, igualdad, derechos económicos, sociales y culturales) que derivan de ese valor básico que es la liberación real de todos los seres humanos. Desde ahí se configura a la altura de los tiempos y de la conciencia crítica actual de la humanidad, una verdadera teoría de la justicia, de la justificación o no justificación ética del Derecho y del Estado, de las normas (de todo tipo) y de las decisiones políticas que de un modo u otro, para bien o para mal, condicionan grandemente la vida de todos los seres humanos.

No son éstas —lo advierto para concluir— «las diez condiciones», exactas, perfectas, inmutables que haya que cumplir exhaustiva y rígidamente, de modo esencialista, para que pueda hoy hablarse de justicia. Ni tampoco el anterior decálogo de la legitimidad tenía —menos aún— pretensión absolutista alguna. Todo es más dual, y gradual, más flexible, temporal histórico y sujeto a debate y a continua revisión. Pero sí considero que hay en ellas materiales y elementos, es decir valores, exigencias, derechos, que —dotados de cierta racionalidad— pueden contribuir en nuestros días a hacer más feliz y más digna la existencia humana individual y colectiva, así como más libre y plural la convivencia pacífica entre los pueblos.