

La complementariedad entre derecho y moral como base de la legitimidad del derecho en el pensamiento de Jürgen Habermas (*)

Pedro Donaires (**)

Resumen: El presente artículo tiene por objetivo destacar el pensamiento de Jürgen Habermas respecto de la relación de complementariedad o armonía existente entre el derecho y la moral como base de la legitimidad del derecho positivo; esto, dentro del campo de la filosofía del derecho. Así, se aborda el problema de si es suficiente que el derecho traducido en normas jurídicas (que emana del acto legislativo, administrativo o jurisdiccional) haya seguido un procedimiento formal de creación preestablecido para tener validez y legitimidad aun cuando esté desprovisto de un contenido moral o requiere de esto último para alcanzar dicha legitimidad. Como es evidente, el marco teórico de soporte es el propio pensamiento filosófico de Habermas quien a su vez emplea como punto de referencia la teoría de Max Weber respecto de la dominación legal para desarrollar su planteamiento. La metodología empleada es la de investigación bibliográfica circunscrita al tema de investigación. En las conclusiones, entre otras, se arriba a la conclusión de que no es suficiente que el derecho revista un carácter formal-legal para la aplicación legítima a sus destinatarios, sino que además debe ser resultado de la combinación de dicha formalidad procedimental y un discurso argumentativo ético-moral.

Palabras clave: derecho, moral, legitimidad, argumentación jurídica, ética del discurso.

Abstract: *The purpose of this article is to highlight Jürgen Habermas' thinking on the relationship of complementarity or harmony between law and morality as the*

(*) Recibido: 04/12/2025 | Aceptado: 10/02/2026 | Publicación en línea: 14/02/2026

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.18615308>



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](#)

(**) Abogado. Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Lima – Perú.

ORCID  : 0000-0002-5496-3975

Correo : donaires@gmail.com

Sitio web : <https://www.donaires.org>

basis of the legitimacy of positive law, within the field of the philosophy of law. Thus, the problem of whether it is sufficient that the law translated into legal norms (emanating from the legislative, administrative, or jurisdictional act) has followed a pre-established formal procedure of creation to have validity and legitimacy even when it is devoid of a moral content, or whether it requires the latter to attain such legitimacy, is addressed. As is evident, the supporting theoretical framework is Habermas' own philosophical thought, who in turn uses Max Weber's theory of legal domination as a point of reference to develop his approach. The methodology used is the bibliographical research circumscribed to the research topic. In the conclusions, among others, it is concluded that it is not enough for the law to have a formal-legal character for its legitimate application to its addressees, but it must also be the result of the combination of such procedural formality and an ethical-moral argumentative discourse.

Key words: law, morality, legitimacy, legal argumentation, discourse ethics.

Introducción

El presente trabajo es resultado de una investigación bibliográfica sobre el pensamiento iusfilosófico de Habermas respecto de la relación existente entre derecho y moral con incidencia en el tema de la legitimidad como concepto no reducido a la mera legalidad, sino a uno más amplio que comprende el elemento ético-moral que puede persuadir a los destinatarios de la norma jurídica, para su aceptación, con prescindencia de la fuerza coactiva que el Estado le garantiza en caso de inobservancia o incumplimiento.

El problema planteado es si es suficiente que el derecho cumpla con los procedimientos formales preestablecidos en su elaboración para tener de por sí legitimidad o si es necesario que posea un contenido ético-moral para ganar dicha legitimidad.

Para dar una respuesta a este problema se ha investigado en la producción bibliográfica de Habermas la postura expuesta por él respecto del tema, especialmente aquella bibliografía en la que aborda directamente los temas de filosofía del derecho vinculados al problema arriba indicado.

También se ha consultado en la bibliografía de otros autores que han comentado o analizado la obra de Habermas y de autores que abordan los temas vinculados al tema central del problema en aras de una amplia comprensión de los conceptos o instituciones jurídicas comprometidos.

La novedad en el trabajo de Habermas radica en el hecho de aplicar a la reflexión iusfilosófica los postulados generales de su teoría de la acción comunicativa, especialmente a la sempiterna cuestión de la validez de las normas jurídicas, para ello, Habermas aplica el esquema bipolar que resuelve la validez en una tensión entre facticidad o validez social y legitimidad o validez racional o comunicativa (García A., 1993, p. 235).

Con el propósito indicado, se inicia la exposición recordando los conceptos y los criterios predominantes en el medio jurídico en cuanto a la relación entre el derecho positivo y la moral. El criterio predominante es que el derecho positivo es derecho sin necesidad de un contenido moral. Habermas no comparte este criterio.

Luego, se hace un análisis sobre la validez y eficacia, y sobre la legalidad y legitimidad, poniendo en relieve que el derecho no se reduce a la mera voluntad del legislador, que se limita a observar la formalidad preestablecida en la elaboración de la norma jurídica, para tener de por sí legitimidad frente a sus destinatarios.

A continuación, se exponen los aportes de Habermas sobre las cuestiones centrales del problema planteado; esto es, sobre la legitimidad de la legalidad, sobre la facticidad y validez y la ética del discurso, esto último muy brevemente para cerrar el círculo de las ideas centrales que nos permiten tener una idea sobre el postulado de Habermas acerca de la legitimidad del derecho sobre la base de un contenido moral en su elaboración.

1. El derecho positivo y la moral

El derecho positivo se caracteriza como el conjunto de reglas vigentes en un grupo social, impuestas a cada individuo por el poder propio de la coacción pública.

El derecho es la regla positiva, el mandato del poder social bajo el cual vive efectivamente una colectividad. Es una realidad material.

La moral es la regla que el hombre se siente obligado a obedecer para alcanzar el bien en un marco de respeto a su propia humanidad y la del prójimo. Es una realidad espiritual.

Estas dos nociones son distintas.

Du Pasquier (1929/1990) afirma que derecho y moral juntan su materia aun cuando sean netamente distintos desde el punto de vista de las nociones. Así, la moral domina el derecho en cuanto nosotros lo queremos orientado por ella. En este sentido, la moral circula en el interior del derecho positivo como la sangre en el cuerpo. Coinciden en una gran parte de sus espacios, lo cual significa que hay una porción de la moral que permanece extraña al derecho, así como hay reglas técnicas que no interesan a la moral. Uno de los valores morales que sostiene el derecho de una sociedad es el sentido de justicia inherente a esta colectividad. El concepto de 'abuso de derecho' es de inspiración moral que marca el predominio de ésta sobre el derecho frío y estricto (pp. 281-284).

Para Hans Kelsen (1960/1982), toda teoría del derecho debe contestar a la pregunta ¿Qué es el derecho? Al respecto, dice, existen dos puntos de vista: *i)* el que considera que el derecho es un hecho y *ii)* el que sostiene que el derecho es una norma.

En el primer caso, el derecho es una conducta determinada de los hombres, susceptible de estudio con el mismo método de las ciencias naturales; pues, corresponde al mundo del "SER". Aquí la ciencia describe su objeto con enunciados. En el segundo caso, el derecho es una norma; corresponde al mundo del "DEBER

SER”; esto es, que algo debe ser o debe ser realizado, aun cuando en realidad no sea o no haya sido realizado. Una norma tiene el carácter de una orden o mandamiento.

Una norma puede no solo tener el significado de una orden, sino también el significado de una autorización; por medio de una norma una persona puede conferir en otra persona el poder o la facultad de expedir o dictar mandamientos u órdenes.

Es importante distinguir claramente entre la descripción del acto cuyo significado es una norma y la descripción de una norma que es el significado del acto. El uno es un enunciado de ser, el otro un enunciado de deber ser (p. 15 y ss.)

Conforme a la Teoría pura del derecho de Kelsen, el derecho es norma o, más exactamente, un conjunto de normas, un orden normativo. Es un orden social porque regula la conducta mutua de los hombres; pero el derecho no es el único orden social. La moral, también, es un orden social normativo, así como otras socialmente aceptadas.

Así surge la cuestión relativa a la diferencia específica entre el derecho y otros órdenes sociales. La diferencia consiste en que el derecho es un orden coercitivo.

La Teoría pura del derecho disuelve el dualismo tradicional de derecho en el sentido subjetivo y derecho en el sentido objetivo, al enseñar que lo que se llama derecho en el sentido subjetivo, no es nada diferente del llamado derecho en el sentido objetivo, esto es, el derecho como norma.

Si el derecho es norma, el derecho, en todos los sentidos del término, debe ser norma. El derecho moderno está provisto de actos coercitivos no solamente como una reacción contra una determinada conducta de un cierto individuo, contra delitos como homicidio, robo o similares, sino también como una reacción contra otros hechos que son considerados por la autoridad jurídica como perjudiciales a la sociedad.

Sobre la relación entre derecho y moral, y derecho y justicia, Kelsen (1960/1982) sostiene que la doctrina que define al derecho como un hecho se basa en la errónea identificación de la norma con el acto cuyo significado es la norma, y de la validez de la norma con su eficacia (p. 71 y ss.)

La Teoría pura del derecho separa o distingue a las normas descriptivas de la ciencia jurídica en enunciados de deber ser, de las de la ciencia natural que describen los hechos por medio de enunciados de ser. Esta es la primera razón por la cual se le denomina una teoría «pura» del derecho. La segunda razón es porque distingue a la ciencia del derecho de la ética; la primera describe un orden normativo coercitivo (normas jurídicas), mientras que la segunda describe un orden normativo no coercitivo (normas morales).

Un determinado orden jurídico puede o no corresponder a un determinado orden moral, pero la validez del orden jurídico no depende de su correspondencia a un orden moral. En realidad, cada orden jurídico corresponde o se adapta más o menos, a un determinado orden moral que rige dentro de un grupo dirigente cuyos intereses determinan el proceso de creación del derecho y, consecuentemente, se considera desde el punto de vista de este orden moral, como justo. En consecuencia, dice Kelsen, el derecho debe distinguirse de la justicia. Un enunciado que describa

al derecho no debe implicar ningún juicio acerca del valor moral de la ley, es decir, sobre su justicia o injusticia, lo que por supuesto no excluye el postulado de que el derecho deba ser justo. Pero, el concepto de justicia es relativo; existen diferentes ideales de justicia.

Max Weber (1922/2002) decía:

Un orden debe llamarse: (...) Derecho: cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la *coacción* (física o psíquica) ejercida por un *cuadro de individuos* instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión.

Para nosotros, lo decisivo en el concepto del «derecho» (que para otros fines puede delimitarse de manera completamente diferente) es la existencia de un *cuadro coactivo* (...). Una norma del *trato humano* estatuida con fuerza obligatoria es por eso derecho. (Pp. 27-28)

En opinión de Jürgen Habermas (1986/2005) «Max Weber apoyaba un concepto positivista de derecho: derecho es exactamente aquello que el legislador político (venga éste democráticamente legitimado o no) establece como derecho conforme a un procedimiento jurídicamente institucionalizado. Bajo esta premisa la fuerza legitimadora que la forma jurídica de por sí tiene no puede provenir de un parentesco entre el derecho y la moral» (p. 535). «El derecho dispone, según Weber, de una racionalidad propia, independiente de la moral» (p. 536).

Así, Habermas (1981/1999), a propósito de los subsistemas de acción racional con arreglo a fines describe al derecho positivo como «[...] un sistema de normas vinculantes que por su propia estructura formal resulte apto para exigir y persuadir a los actores como comportamiento legítimo la persecución de sus propios intereses orientada exclusivamente al éxito dentro de un ámbito éticamente neutralizado (derecho burgués)».

Como puede observarse, el positivismo se inclina por considerar al derecho solamente como conjunto de normas coercitivas dictadas por el legislador, sin importar su conformidad o no con la moral a la que se considera como concepto metajurídico.

Aquí, es oportuno recordar que, en los últimos siglos, la visión sobre la estructura jurídica ha pasado por etapas que han correspondido, en su momento, al movimiento codificador que acentuó la importancia del derecho como norma, a principios del siglo XIX, luego al nacimiento de la nueva sociología a mediados del mismo siglo; y, posteriormente, a la aparición de la ciencia de los valores.

Una visión integradora de estas perspectivas ha permitido concebir al derecho como una realidad de tres dimensiones o elementos estrechamente vinculados: la sociológica o fáctica (hecho), la normológica (norma) y la axiológica (valor). Desde esta óptica, hecho, norma y valor hacen al derecho.

En esta línea, Miguel Reale (2001) define al derecho como ordenamiento heterónomo, coercitivo y bilateral de las relaciones de convivencia según una integración normativa de hechos y valores (p. 63).

Máximo Pacheco (1990), sostiene que el orden jurídico forma parte esencial del orden moral, pero no puede confundirse con éste. Ambos son diferentes, pero no

opuestos ni contradictorios. Todo el orden jurídico forma parte del orden moral porque representa esencialmente la aplicación de las normas morales a las relaciones sociales. Por ello, cuando el derecho está en contra de la moral deja de ser derecho (pp. 77-78).

Manuel Atienza (2000), comentando la postura de aquellos que prescinden totalmente de la teoría moral en la construcción de cualquier teorización sobre el Derecho, sostiene que, si solo se tratase de la paz social, dejando de lado los valores como la justicia, el interés público, etc., el único objetivo del Derecho

¿[D]e qué manera se podría distinguir entre Derecho —sistema jurídico— justificado y no justificado? ¿O todos lo están? ¿No hay manera —manera racional— de justificar una preferencia por un sistema jurídico que incorpore, pongamos por caso, el principio de interdicción de la arbitrariedad?

(...)

Mi opinión es que la técnica jurídica (o, quizás mejor, las diversas técnicas jurídicas) debería considerarse como una actividad de la que forma parte tanto la argumentación jurídica como la moral; la técnica jurídica utiliza inevitablemente instrumentos argumentativos y aplica criterios provenientes de alguna teoría moral y política (que, por supuesto, pueden no estar explicitados). Pero probablemente el rasgo más característico de la técnica jurídica (frente a otras técnicas) sea la importancia que en ella tienen los valores morales y los objetivos políticos. (pp. 750-751)

Volviendo a Habermas (1987/1998), cuando da respuesta a la pregunta ¿cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? sostiene la tesis de que la autonomización del sistema jurídico no puede significar una desconexión completa de derecho y moral, por un lado y, de política por otro. Afirma que el derecho, ni siquiera al convertirse en positivo rompe sus relaciones internas con la moral y la política. Sostiene que internamente, derecho y moral se complementan hoy, a la vez que se entrelazan (p. 131 y ss.).

Anteriormente, ya Habermas (1986/2005), respondiendo a una pregunta similar a la de arriba: ¿cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad? (*), sostuvo la tesis de que solo de una racionalidad procedimental llena de contenido moral puede extraer la legalidad su propia legitimidad. Y esa racionalidad procedimental se debe, afirma, a un entrelazamiento de dos tipos de «procedimientos»: las argumentaciones morales quedan institucionalizadas con medios jurídicos (p. 535 ss.).

De lo expuesto, fluye la idea de que el derecho positivo sin contenido moral correría el riesgo de perder legitimidad; y como dice el maestro Pacheco, en su obra arriba citada, en una situación así, el derecho dejaría de ser derecho.

Esto nos obliga a abordar los conceptos de validez y eficacia, legalidad y legitimidad.

(*) El año 1986, mientras que la otra fue formulada el año 1987.

2. Validez y eficacia, legalidad y legitimidad

El acto de crear la norma es un hecho que existe en el tiempo y en el espacio y puede ser percibido por nuestros sentidos. Este hecho puede ser descrito por un enunciado de ser. Pero este hecho es diferente de su resultado, es decir, de la norma, que es el objeto de la ciencia jurídica y que no puede ser descrito por un enunciado de ser, sino únicamente por un enunciado de deber ser.

La validez de la ley no debe confundirse con su eficacia. La validez significa que la ley debe ser obedecida y aplicada; la eficacia quiere decir que la ley es, en verdad, obedecida y aplicada. Así, una ley puede ser válida pero no eficaz.

Así como el acto, por el que se crea la norma, no es idéntico o igual a la norma —que es el significado o resultado de este acto— la eficacia de una norma jurídica no es idéntica a su validez (Kelsen, 1960/1982, p. 22 y ss.).

En el pensamiento positivista de Kelsen la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. El derecho es un modo de organizar la fuerza. La eficacia de un orden jurídico depende de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica en términos de ejecutabilidad coercitiva.

Esta concepción ignora que cuando la ley es la expresión de un procedimiento y contenido morales, es obedecida y aplicada sin necesidad de la amenaza o la aplicación de la fuerza.

Entonces, aun cuando una ley es válida no es necesariamente eficaz; su eficacia dependerá de su correspondencia con los hechos a los cuales se aplica en términos de ejecutabilidad coercitiva y/o persuasión moral. Si solo hay coerción, la ley queda reducida a la mera legalidad; en cambio, si hay un ingrediente moral, estaríamos en presencia de un acto investido de legitimidad.

¿Hay diferencia entre legalidad y legitimidad?

En cuanto a legalidad y legitimidad, Legaz Lacambra (1958), nos dice que con el concepto de legalidad no se expresa nada específico referente a un sistema jurídico determinado. En el más amplio, general y obvio de los sentidos, significa existencia de leyes y conformidad a las mismas de los actos de quienes a ellas están sometidos.

La «legitimidad» es un concepto paralelo al de legalidad. Como éste, posee también un sentido fundamental, que alude a los principios de justificación del Derecho (el Derecho como «punto de vista sobre la justicia»); pero, también como él, posee una carga histórica, si bien ahora diríamos que se trata de un concepto más bien «antiguo», a diferencia de la legalidad, que es una idea «moderna». (p. 8)

Según ese concepto antiguo, la legitimidad de cualquiera institución, o acto oficial, es su conformidad con la ley en sentido general; esto es, con la ley divina, natural y positiva.

Con base en estos antecedentes, Legaz hace referencia al problema de la «legitimidad de la legalidad»:

Es evidente que, en cierto plano, cabe conformarse con señalar que el principio de legalidad consiste en «atenerse a la regla de Derecho dictada por las autoridades competentes», pero a condición de que la regla de Derecho cumpla su función de hacer que «las prerrogativas que todo ser humano merece por el hecho de serlo se vean protegidas». Quiere decirse con esto que no basta que un determinado sistema de legalidad posea «autojustificación» —pues ninguno carece de ella—, sino justificación «objetiva», esto es, válida no solo para él, sino para los demás. (p.19)

Y concluye señalando que de esta manera, la legalidad responde a su razón fundamental e histórica de ser, la que le confiere verdadera legitimación: ser la forma y condición *sine qua non* de realizar los valores de la persona humana, principalmente el respeto a la misma mediante la instauración de un orden seguro y estable que permita a todos «saber a qué atenerse» y que delimite con precisión las esferas de lo posible, lo lícito y lo obligatorio del obrar y justo en cuanto que dé a la comunidad y al individuo lo suyo, esto es, los derechos que por naturaleza le competen y la esfera de libertad conveniente a su dignidad (p. 21).

La síntesis que al respecto hace Villar Ezcurra (2020) resulta ilustrativa:

(...) legalidad y legitimidad que no son, necesariamente, significantes contrapuestos, pero vienen a significar cosas y puntos de vista diferentes en relación con el Derecho. Así, **la legalidad** (fácil de expresar, aunque no tanto de entender en toda su extensión) significa el ajuste o sometimiento de una determinada conducta a lo que prescriben las normas, sea cual sea el rango de estas (Ley formal o mero reglamento). Si una conducta —en el ámbito que sea— no se acomoda a lo prescrito en las normas, se dice que esa conducta es “ilegal” y, de momento, eso es todo.

Por su parte, **la legitimidad** resulta mucho más difícil de definir y delimitar puesto que se emplea tanto en política como en Derecho puro, que son dos ámbitos que no conviene confundir. Para la política, se relaciona con la capacidad de un poder para obtener obediencia de la sociedad sin recurrir a la coacción como amenaza de la fuerza, pudiendo decir, entonces, que un Estado es legítimo si los miembros de la comunidad aceptan la autoridad vigente.

En términos jurídicos, se habla de legitimidad cuando una norma jurídica es obedecida sin que medie el recurso al monopolio de la ley y apela al ideal de ética o justicia que debe incorporar toda norma. A su vez, esta legitimidad se subdivide en dos especies: **legitimidad formal y material**. La formal se entiende como el correcto proceder del Poder Público con respecto a los procedimientos establecidos en el Ordenamiento Jurídico (con lo cual queda asimilada a la mera legalidad). La **legitimidad material** es, a su vez, el consenso (reconocimiento) del pueblo respecto de la ley creada o de la actuación del Poder Público y nos remite al contenido ético de la norma con referencia al contexto social en que ha de ser aplicada.

Y, cuando se tiene que dar una solución justa a un asunto concreto, el mismo autor invoca a la equidad, considerándola como la conjunción de la legitimidad y la legalidad en la solución al caso concreto, de tal forma que permite llegar a una solución, acorde con el sistema jurídico que, además, resulte justa para ese caso concreto. Y añade: «Eso, y no otra cosa, es lo que se espera de nuestros jueces que, muchas veces permanecen anclados en la estricta legalidad —lo que dice la norma— sin parar en mientes de que las normas no agotan todo nuestro sistema jurídico».

Dado que la legalidad por sí sola no implica legitimidad, entonces resulta necesario analizar en qué radica la legitimidad de la legalidad; esto, sin perjuicio de lo adelantado en los párrafos que anteceden.

3. La legitimidad de la legalidad

Atendiendo a esta necesidad de analizar en qué radica la legitimidad de la legalidad, Habermas (1986/2005, p. 535 y ss.), formula la tesis de que solo de una racionalidad procedimental llena de contenido moral puede extraer la legalidad su propia legitimidad. Esa racionalidad procedimental resulta del entrelazamiento de las argumentaciones morales con las argumentaciones jurídicas, argumentaciones éstas que institucionalizan a aquellas.

Inicia su análisis tomando como punto de partida la tesis de Max Weber que entendía que los órdenes estatales de las sociedades occidentales modernas como acuñaciones de la «dominación legal» basan su legitimidad en la fe en la legalidad del ejercicio de la dominación. Esta dominación cobra un carácter racional diferente que la fe en la tradición o carisma. Se trata de una racionalidad inmanente a la forma jurídica.

El derecho moderno ha de poder legitimarse solo en virtud de las cualidades formales propias del derecho. Tales cualidades o propiedades han de poder acreditarse como «racionales» sin que para ello sea necesario hacer referencia a la razón práctica en el sentido de Kant o Aristóteles.

Las cualidades formales que dotan de racionalidad al derecho burgués, moralmente neutral, se resumirían en tres aspectos: racionalidad de regla, racionalidad electiva y racionalidad científica.

En el primer aspecto, está el empleo de la técnica para extraer reglas o patrones de comportamiento reproducibles de forma fiable debido a la ventaja de su previsibilidad y calculabilidad (*racionalidad instrumental*). En el segundo aspecto, cuando ya no se trata solo de la utilización regulada de medios sino de la selección de fines en función de valores de los que se parte como dados; es decir, preferencias orientadas por valores materiales no susceptibles de fundamentación como los que se persiguen en el tráfico económicos del derecho privado (*racionalidad con arreglo a fines*). En el tercer aspecto, están los resultados del trabajo intelectual de los expertos que configuran y articulan analíticamente los sistemas recibidos de símbolos como las imágenes religiosas o las ideas morales y jurídicas. Trabajo propio de la dogmática productora de un saber enseñable (*pensamiento científico-metódico*).

Habermas se pregunta: «¿son realmente estos aspectos de racionalidad los que podrían prestar fuerza legitimadora a la legalidad de una dominación ejercida en forma de derecho?» Y en seguida recuerda el movimiento obrero europeo y las luchas de clases del siglo XIX como hechos suficientes para percatarse de que los sistemas políticos que respondían a las ideas-modelo de una dominación racionalizada en términos de derecho formal, de ninguna manera fueron percibidos *per se* como legítimos excepto por las capas sociales beneficiarias de ellos y sus ideólogos liberales.

Luego de hacer un estudio detenido de cada uno de esos aspectos que dotan de racionalidad al derecho moderno, y negando que éste sea moralmente neutro, concluye su estudio en los siguientes términos:

Resumiendo podemos decir que las cualidades formales del derecho analizadas por Max Weber sólo hubieran podido, en condiciones sociales especiales, posibilitar legitimidad de la legalidad en la medida en que hubieran podido ser consideradas «racionales» en un sentido práctico-moral. Weber no reconoció este núcleo moral del derecho formal burgués porque siempre entendió las ideas morales como orientaciones valorativas subjetivas. Los valores eran considerados por Weber como contenidos no susceptibles de ulterior racionalización, incompatibles con el carácter formal del derecho. Weber no distinguió entre *preferibilidad* de los valores que en el marco de determinadas formas culturales de vida y de determinadas tradiciones resulta, por así decir, recomendables frente a otros valores, y la validez deontológica (o *deber ser*) de normas que obligan por igual a todos los destinatarios. Weber no estableció una separación entre las estimaciones valorativas, que se dispersan a lo ancho de todo un espectro de contenidos valorativos que compiten unos con otros, y el aspecto formal de la obligatoriedad o validez de las normas, que no varía en modo alguno con los contenidos de esas normas. Con otras palabras, Weber no tomó en serio el formalismo ético. (Habermas, 1986/2005, pp. 542-543)

Prueba de lo expuesto es la interpretación que hace Weber cuando opone el derecho natural racional moderno al «derecho formal» convertido en positivo.

Al respecto, Habermas considera que hay que tener presente que los discursos jurídicos, cualquiera sea su modo de vinculación al derecho vigente, no pueden moverse en un universo cerrado de reglas jurídicas unívocamente fijadas. Esto es evidente en la propia estructuración del derecho en reglas y principios. Estos principios son de naturaleza jurídica y simultáneamente de naturaleza moral como en el caso del derecho constitucional. Así, los principios morales del derecho natural racional se han convertido en derecho positivo en los Estados constitucionales modernos.

En este caso, no hay incompatibilidad entre los procedimientos jurídicamente institucionalizados que comprenden discursos jurídicos que, a su vez, resultan permeables a argumentaciones de tipo moral (racionalidad procedimental práctico-moral) con su carácter, y puesta en práctica, racional.

Concluyendo, se puede afirmar con Habermas que, la legitimidad de la legalidad radica en su contenido moral; pues, el derecho exteriorizado en términos formales o convencionales se complementa con una moral interiorizada; en realidad, se complementan mutuamente.

Hay un *entrelazamiento* de derecho y moral debido a que en los órdenes e instituciones del Estado de derecho se hace uso del derecho positivo como medio para distribuir cargas de argumentación e institucionalizar vías de fundamentación y justificación permeables a argumentaciones morales. Esto, de tal manera que la moral ya no cierne por encima del derecho, como sucedía en el derecho natural racional, sino que emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo. Es una moral que no solo se enfrenta al derecho positivo, sino que también se instala en el derecho mismo.

En este sentido, se espera que, en el procedimiento legislativo de elaboración de normas jurídicas, en el procedimiento de reglamentación de dichas normas por parte de la autoridad ejecutiva y en la emisión de resoluciones jurisdiccionales (aplicación de las normas jurídicas generales a los casos particulares) se observe y respete, tanto en el procedimiento como en el contenido, la moralidad que dota de legitimidad a dichos actos.

El tratamiento de estos temas, atendiendo a la relación de «Derecho y moral», por parte de Habermas, en sus *Tanner Lectures* de 1986, dio nacimiento a su obra que se hace referencia a continuación, obra en la que de manera amplia da respuesta a la pregunta de ¿cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad?

4. Facticidad y validez

El año 1992, Habermas publica su libro *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Es una obra sobre filosofía del derecho que plantea una nueva forma de abordar o de «reconstruir» el derecho.

En la introducción a la edición en castellano (2005), Manuel Jiménez Redondo, traductor de la obra, afirma:

En el texto de *Facticidad y validez* un mismo "principio de discurso" se diferencia en "principio moral" en caso de "legislación" moral y en "principio democrático" en caso de legislación jurídica; derecho y moral se solapan en las razones morales que intervienen en la producción legítima de una norma, no siendo las razones morales las únicas que intervienen en dicha producción. (P. 19).

Por su lado, Benente (2016), al referirse a Habermas, resalta sus cualidades en términos que son ilustrativos sobre su labor reconstructiva:

La capacidad de abordar diferentes temáticas, tradiciones teóricas y disciplinas hace de la producción de Habermas una obra asombrosa. Similar asombro genera su reflexión acerca de la política y el derecho, pero en este caso llama la atención el desplazamiento semántico que presentan sus trabajos: si la teoría política nos tenía acostumbrados a un registro conceptual referido al conflicto, la utilización de la fuerza, el antagonismo de sectores sociales, la necesidad de construir estrategias para avanzar hacia mejores condiciones de vida, en su obra estas nociones son sustituidas por la cooperación, el intercambio de buenas razones entre ciudadanos libres e iguales, la primacía del mejor argumento, y el consenso racional. (P. 30).

En *Facticidad y validez*, encontramos que Habermas (1992/2005) hace una aplicación de los postulados generales de su teoría de la acción comunicativa al problema iusfilosófico de la validez de las normas jurídicas: la validez se resuelve en una tensión entre facticidad o validez social y legitimidad o validez racional o comunicativa. En sociedades complejas, la función de integración social que corresponde al derecho solo puede cumplirse con eficacia si las normas jurídicas poseen un elemento de legitimidad que rebasa su pura imposición coactiva y posibilita la mínima aceptación necesaria para su seguimiento.

Esta legitimidad de las normas es independiente de su imposición fáctica y depende del modo en que esas normas sean creadas. Son legítimas cuando sus destinatarios pueden al mismo tiempo sentirse, en su conjunto, como autores racionales de esas normas, es decir cuando el procedimiento de creación de las normas reproduce el procedimiento argumentativo y consensual de la razón comunicativa; o, dicho de otro modo, cuando se sigue el procedimiento democrático sin distorsiones.

Así, plantea la mutua implicancia entre autonomía privada y autonomía pública destacando que la cooriginalidad de ambas se muestra solo cuando desciframos y desgranamos en términos de teoría del discurso la figura de pensamiento que representa la «autolegislación», figura conforme a la cual los destinatarios son a la vez autores de sus derechos. Una formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes en la que la soberanía popular cobra forma jurídica (p. 169).

Así, «solo puede tenerse por legítimo el derecho que pudiese ser racionalmente aceptado por todos los miembros de la comunidad jurídica en una formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes» (p. 202).

La administración estatal no puede legitimarse a sí misma (Benente, 2016, p. 38), sino que debe contar con «un poder comunicativo productor de derecho» (Habermas, 1992/2005, p. 214).

Todo ello implica que el sistema político

es un subsistema especializado en la toma de decisiones colectivamente vinculantes, mientras que las estructuras comunicativas del espacio público conforman una red ampliamente expandida de sensores que reaccionan ante la presión de los problemas que afectan a la sociedad en su conjunto y que además estimulan la generación de opiniones de mucha influencia. La opinión pública transformada en poder comunicativo mediante procedimientos democráticos no puede “mandar” ella misma, sino solo dirigir el uso del poder administrativo hacia determinados canales. (Habermas, 1996/1999a, p. 244).

De esta manera, en la formación de la opinión y la voluntad discursivamente estructurada de un legislador político se entrelaza la producción del derecho con la formación de poder comunicativo. Esta conexión queda clarificada recurriendo a un modelo procesal articulado en términos de lógica de la argumentación, que parte de las cuestiones pragmáticas, que a través de la ramificación en formación de compromisos y discursos éticos progresa hacia la aclaración de cuestiones morales (Habermas, 2005/1992, p. 230).

Lo ideal es alcanzar el consenso. Cuando esto no es posible se aplica la *regla de la mayoría* (p. 247).

En el tema de los Paradigmas del Derecho, Habermas reitera su razonamiento en el sentido que la teoría discursiva del derecho explica la legitimidad del derecho con ayuda de procedimientos y presupuestos comunicativos —institucionalizados a su vez jurídicamente— que fundan la presunción de que los procesos de producción del derecho y aplicación del derecho conducen a resultados racionales. Así, en lo que a contenido se refiere, expone,

las normas dictadas por el legislador político y los derechos reconocidos por la administración de justicia acreditan su «racionalidad» en que los destinatarios son tratados como miembros iguales y libres de la comunidad de sujetos jurídicos, en una palabra, en el trato igual de las personas jurídicas protegidas a la vez en su integridad. Jurídicamente, esta consecuencia se expresa en el mandato de trato igual. Este mandato incluye la igualdad en la aplicación del derecho, es decir, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, pero es también sinónimo de un principio de más alcance, a saber, del principio de la igualdad jurídico-material según el cual lo igual en todos los aspectos relevantes ha de ser tratado de forma igual y lo desigual de forma desigual. Pero lo que en cada caso sean *aspectos relevantes* es algo que es menester razonar. Alexy interpreta, por tanto, el principio de igualdad en el sentido de una regla relativa a cargas de la argumentación (para los discursos de fundamentación y aplicación). Las razones, o bien son ellas mismas de tipo normativo, o bien se apoyan en razones normativas. Son buenas razones o son razones «a tener en cuenta» cuando «resultan de peso» en condiciones de «discurso» y acaban siendo racionalmente aceptables para el público de los ciudadanos como autores del orden jurídico. El derecho legítimo cierra el círculo entre la autonomía privada de sus destinatarios, que son objeto de un trato igual, por un lado, y, por otro lado, la autonomía pública de los ciudadanos que, en tanto que autores del orden jurídico, dotados de unos mismos derechos, tienen que ponerse (o tienen que acabar poniéndose) de acuerdo acerca de los criterios de trato igual. (Habermas, 1992/2005, pp. 497-498).

Para terminar la exploración del pensamiento de Habermas respecto de la complementariedad entre derecho y moral como base de la legitimidad del derecho, en el siguiente numeral se aborda el tema de la ética del discurso como una explicación de las implicaciones de la racionalidad comunicativa en el ámbito de la intuición moral y la validez normativa.

5. Ética del discurso

Para Habermas el derecho cumple racionalmente su función integradora cuando es fruto del discurso racional como proceso participativo; esto es, fruto de la ética del discurso entrelazada con la argumentación jurídica. El derecho positivo está vinculado a la moral a través del componente de la legitimidad de la validez jurídica, siendo esa relación de complementariedad y no de jerarquía. Moral y derecho tienen en común el que para ambos rige el principio discursivo, si bien el contexto del discurso moral es la humanidad y el del principio democrático.

El discurso moral se dirige a un auditorio universal y trata de intereses perfectamente universalizables, mientras que el discurso jurídico se inserta en un concreto marco estatal y social.

Así, el discurso jurídico está abierto no solo a consideraciones morales sino también a otras de carácter pragmático y ético; esto es, relativas a estrategias o medios para fines preestablecidos y referidas a los fines a compartir en un determinado colectivo o grupo como el Estado nacional, respectivamente (García A., 1993, p. 236-237).

La ética del discurso sostenida por Habermas,

contiene una concepción dialógica de la democracia, coincidente con la percepción moral del constitucionalismo democrático, que a partir de su sistema normativo busca terminar con la marginación y la injusticia que se da en el sistema social. Para esto, es necesario que la acción comunicativa pueda encontrar una traducción jurídica donde el derecho se transforma en un espacio transformador de las demandas que surgen desde el sistema social, para convertirse en una norma que obliga al sistema político y a la burocracia a darles respuesta. Dicho proceso se establece en el marco del Estado democrático, vinculándose jurídicamente y dando paso desde la solidaridad social a una solidaridad con valor moral. En este punto, la ética discursiva daría cuenta de una «fundamentación moral», para que la democracia logre desarrollarse en el Estado de derecho, siendo la legalidad un fundamento «constituyente» de legitimidad moral. (Araya A., 2011, pp. 86-87).

Nos ilustra Vallaes (1994) que

Según Habermas, el fenómeno moral revela la dimensión, en la interacción, de una «expectativa normativa, subyacente y fundamental, que tiene validez no solamente para mí y para ti, sino también para todos los pertenecientes a un mismo grupo social, e inclusive, para todos los sujetos responsables en general en el caso de las normas morales estrictas». Así, «únicamente la pretensión a la validez universal concede la dignidad de la autoridad moral a un interés, una manifestación volitiva o una norma». Como el hecho moral consiste en expectativas impersonales, cuya universalidad procura el carácter imperativo de las normas, una norma debe poder justificarse en su pretensión a la validez universal. Habermas concluye: «decir que debemos hacer algo implica tener buenas razones para hacerlo». (P. 319).

¿Qué intuiciones morales trae a concepto la ética del discurso? Se pregunta el propio Habermas.

«Morales» voy a llamar, dice, a todas las intuiciones que nos informan acerca del mejor modo de comportarnos para contrarrestar mediante la consideración y el respeto la extrema vulnerabilidad de las personas.

Las morales han de cumplir dos tareas en la interacción social de los individuos: «hacer valer la intangibilidad de los individuos exigiendo igual respeto por la dignidad de cada uno al mismo tiempo que protegen también las relaciones intersubjetivas de reconocimiento recíproco por las que los individuos se mantienen como miembros de una comunidad».

A estos dos aspectos complementarios responden los principios de justicia y solidaridad. Mientras el primero exige igual respeto e iguales derechos para cada individuo, el segundo reclama empatía y preocupación por el bienestar del prójimo. Por el primero hay igualdad de trato, por el segundo se fomenta el bien común, se evitan los daños y se hace el bien. En la base de la moral de estos aspectos está que no puede protegerse lo uno sin lo otro, no pueden protegerse los derechos del individuo sin proteger a la vez el bien de la comunidad a la que el individuo pertenece (Habermas, 1984/1998, p. 105 ss.)

Conclusiones

1. El gran aporte de Kelsen, a la ciencia jurídica, ha sido el de estudiar al derecho desde una perspectiva y con una metodología estrictamente científica; esto ha permitido que la característica más importante de la norma y del sistema jurídico se identifique: la coerción; asimismo, nos ha permitido entender que derecho y Estado son el anverso y reverso de la misma moneda; esto es, que el Estado es un orden normativo. Así, no se concibe al Estado sin norma jurídica; gracias a ella es posible la conexión de territorio, pueblo y gobierno. Sin embargo, se observa que el derecho no se agota en la norma jurídica, coercitiva, formal; pues, también contiene un elemento mucho más importante que la sola coerción: la justicia. Un derecho injusto no es derecho.
2. Existe una clara diferencia entre validez y eficacia, entre legalidad y legitimidad. Por la validez o legalidad, se entiende que una norma jurídica es producto de un procedimiento formal preestablecido, congruente con el sistema jurídico del que forma parte y proveniente de una autoridad facultada por el Estado; entonces se dice que una norma jurídica (contenida en un acto legislativo, administrativo o jurisdiccional) es válida o legal; en cambio, es eficaz o legítima cuando hay correspondencia entre la norma jurídica y los hechos a los que se aplica, dentro del marco de un sentido ético-moral.
3. Las cualidades formales del derecho resaltadas tanto por Max Weber como por Hans Kelsen sólo hubieran podido, en condiciones especiales, posibilitar legitimidad de la legalidad en la medida en que hubieran podido ser consideradas «racionales» en un sentido práctico-moral según la demostración de Jürgen Habermas.
4. Los discursos jurídicos no se desarrollan en un universo cerrado de reglas jurídicas unívocamente fijadas sino dentro de una estructura sostenida por reglas y principios donde estos últimos son de naturaleza jurídica y simultáneamente de naturaleza moral. En este sentido, el derecho cumple racionalmente su función integradora cuando es fruto de la ética del discurso entrelazada con la argumentación jurídica.
5. La legitimidad de la legalidad radica en su contenido moral; pues, el derecho exteriorizado en términos formales o convencionales y una moral interiorizada, con base en los principios de libertad e igual ante la ley, se complementan mutuamente permitiendo una racionalidad que es aceptada por los destinatarios de la norma jurídica sin necesidad de coerción.
6. La ética del discurso, al entrelazarse con el discurso jurídico, dentro de una acción comunicativa, aporta con el ingrediente moral que permite la vigencia de los principios de justicia y solidaridad en el marco del Estado de derecho.

Referencias

- Araya A., J. (2011). Jürgen Habermas, democracia, inclusión del otro y patriotismo constitucional desde la ética del discurso. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 3, n.º 1, pp. 85-98.

- Atienza, M. (2000). Sobre el sentido del Derecho. Carta a Tomás-Ramón Fernández. *Doxa-23*, pp.737-753.
- Benente, M. (2016). Los supuestos del pensamiento político y jurídico de Jürgen Habermas. *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 29 n.º 1. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000100002>.
- Du Pasquier, C. (1990). *Introducción al Derecho*. (Trad. J. Ayasta G. y J. Bautista D.). Lima: EDINAF. (Trabajo original publicado en 1929).
- García A., J. A. (1993). La filosofía del derecho de Jürgen Habermas. *DOXA-13*, pp. 235-258.
- Habermas, J. (1998). *Escritos sobre moralidad y eticidad*. (Trad. M. Jiménez R.) Barcelona: Ediciones Paidós. (Los trabajos originales que componen esta obra fueron publicados en 1984, 1986 y 1987, respectivamente).
- Habermas, J. (1999). *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalidad social*. (Trad. M. Jiménez R.). España: Taurus. (Trabajo original publicado en 1981)
- Habermas, J. (1999a). *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. (Trad. J. C. Velasco A.). Barcelona: Paidós. (Trabajo original publicado en 1996).
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. (Trad. M. Jiménez R.). Madrid: Editorial Trotta. (Los trabajos originales que componen esta obra fueron publicados en 1986, 1988 y 1992 respectivamente).
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. (Trad. R. J. Vernengo). México: Universidad Nacional Autónoma de México. (Trabajo original publicado en 1960).
- Legaz L., L. (1958). Legalidad y Legitimidad. *Revista de Estudios Políticos* (ISSN 0048-7694), Núm. 101, pp. 5-24.
- Pacheco G., M. (1990). *Teoría del Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Reale, M. (2001). *Lições Preliminares do Direito*. São Paulo: Saraiva. (Trabajo original publicado en 1973).
- Vallaey, F. (1994). Fundamentación de la ética del discurso: La discusión Apel/Habermas y los límites del giro pragmático. *ARETÉ revista de filosofía*, Vol. VI, n.º 2, pp.301-343.
- Villar E., J. L. (2020). Legalidad y legitimidad jurídica: la equidad como punto de encuentro. Blog Hay Derecho. <https://www.hayderecho.com/2020/02/14/legalidad-y-legitimidad-juridica-la-equidad-como-punto-de-encuentro/>
- Weber, M. (2002). *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. (Trad. J. Medina E., J. Roura F., E. Ímaz, E. García M. y J. Ferrater M.). Madrid: Fondo de Cultura Económica. (Trabajo original publicado en 1922).