

# ¿Qué es el derecho? Fines y medios\*

## *What is Law? Aims and Means*

Por DIETMAR VON DER PFORDTEN  
Universidad de Gotinga, Alemania

### RESUMEN

*Este trabajo busca esclarecer, desde una perspectiva filosófica, qué es el derecho. La tesis central es que el derecho sólo puede ser comprendido por medio de sus fines y medios. El fin del derecho es la mediación entre intereses potencialmente opuestos y conflictivos.*

Palabras clave: *Derecho, filosofía, fines y medios, aspiraciones.*

### ABSTRACT

*This paper attempts to clarify what is Law from a philosophical perspective. The central thesis is that Law can only be understood through its aims and means. The aim of the Law is to mediate possibly opposing and conflicting interests.*

Key words: *law, philosophy, aims and means, aspirations.*

---

\* Versión original en alemán titulada «Was ist Recht. Ziele und Mittel», JuristenZeitung, 13, 2008, pp. 641-652. Traducción y notas de José Antonio Santos Arnaiz (Universidad Rey Juan Carlos).

**SUMARIO:** 1. DIFERENTES PERSPECTIVAS SOBRE EL DERECHO.–2. LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA.–3. OBJETO, FIN Y MÉTODOS DE LA FILOSOFÍA.–4. LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.–5. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE DERECHO.–6. EL FENÓMENO JURÍDICO. 6.1 *El derecho como acción humana*. 6.2 *Fines y medios de la acción humana*.–7. FINES Y MEDIOS DEL DERECHO. 7.1 *De la Antigüedad al siglo XVIII*. 7.2 *En los siglos XIX y XX*. 7.3 *Consecuencias*.–8. EL FIN NECESARIO DEL DERECHO. 8.1 *Aspiraciones o intereses posibles*. 8.2 *Posible contradicción*. 8.3 *Posibilidad de un conflicto*. 8.4 *Mediación*.–9. LOS MEDIOS NECESARIOS DEL DERECHO.–10. CONTRA UN REDUCCIONISMO DE LOS MEDIOS.–11. DERECHO Y DERECHO DESARROLLADO.–12. DERECHO Y MORAL/ÉTICA.–13. CONCLUSIÓN.

**SUMMARY:** 1. DIFFERENT PERSPECTIVES ON LAW.–2. THE PERSPECTIVE OF PHILOSOPHY.–3. OBJECT, AIM AND METHODS OF PHILOSOPHY.–4. THE PERSPECTIVE OF PHILOSOPHY OF LAW.–5. ANALYSIS OF THE CONCEPT OF LAW.–6. THE LEGAL PHENOMENON. 6.1 *The Law as Human Action*. 6.2 *Aims and Means of Human Action*.–7. AIMS AND MEANS OF LAW. 7.1 *From Antiquity to the Eighteenth Century*. 7.2 *The Nineteenth and Twentieth Centuries*. 7.3 *Consequences*.–8. THE NECESSARY AIM OF LAW. 8.1 *Aspirations or Possible Interests*. 8.2 *Possible Contradiction*. 8.3 *Possibility of a Conflict*. 8.4 *Mediation*.–9. THE NECESSARY MEANS OF LAW.–10. AGAINST A REDUCTIONISM OF THE MEANS.–11. LAW AND DEVELOPED LAW.–12. LAW AND MORALS/ETHICS.–13. CONCLUSION.

## 1. DIFERENTES PERSPECTIVAS SOBRE EL DERECHO

De modo semejante al resto de objetos particulares, el derecho puede ser observado desde diferentes perspectivas. Desde una óptica *jurídico-dogmática*, el derecho se puede entender como fuente y realización de la aplicación del derecho. Bajo un punto de vista *histórico*, se muestra como parte de la historia general y de la historia de los dogmas en el ámbito de las transformaciones temporales. A partir de una perspectiva *sociológica*, se puede describir como un hecho social e institución en relación a otros hechos sociales e instituciones como la política y la economía<sup>1</sup>. Bajo el prisma de las *ciencias naturales*, el derecho consiste en procesos neuronales, conductas humanas y ondas sonoras. Finalmente, desde una delimitada perspectiva *descriptiva interna*, el derecho se puede describir (en sus características más generales y abstractas y más allá de los ordenamientos jurídicos parti-

---

<sup>1</sup> Para una perspectiva sociológica y jurídica, por ejemplo, DREIER, Ralf, «Der Begriff des Rechts», en Dreier, Ralf (ed.), *Recht-Staat-Vernunft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 95-116.

culares) como objeto de una teoría general del derecho, una teoría pura del derecho o, en el sentido estricto de la palabra, «Jurisprudence»<sup>2</sup>. ¿Cómo puede entonces contribuir la perspectiva *filosófica* a la comprensión del derecho?

## 2. LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA

La respuesta depende de cuál sea entonces la tarea que se disponga a cumplir semejante perspectiva filosófica. ¿Qué puede diferenciar la filosofía de otras investigaciones científicas como la dogmática, la historia, la sociología, las ciencias naturales y la teoría general del derecho?

Toda búsqueda del conocimiento implica necesariamente, al menos, tres elementos: 1) un *objeto* a ser conocido, es decir, un objeto formal<sup>3</sup>; 2) un *fin del conocimiento*, y 3) *medios* específicos para comprender el objeto conforme al fin de un conocimiento, o sea, un *método*. La biología, por ejemplo, tiene como objeto de su conocimiento a todos los seres vivos; como fin la descripción y explicación de los mismos, su formación, estructura y comportamiento, siendo sus medios o métodos los experimentos, las investigaciones empíricas, el establecimiento de hipótesis, así como la formulación de teorías. ¿Cuáles pueden ser entonces el objeto, el fin del conocimiento y el medio o método de la perspectiva filosófica?

De esta pregunta cabe sólo ocuparse aquí de manera muy breve y propositiva. Tres consideraciones son decisivas: en primer lugar, la filosofía no tiene como objeto un tipo particular de cosas o hechos como la física (energía y materia), la biología (seres vivos), la sociología (sociedad), la lingüística (lengua), la psicología (psique), la matemática (números, funciones y evidencias), etc. En segundo lugar, en la medida en que todas las formas particulares de los objetos o cosas y de los hechos son investigadas por las ciencias particulares, el objeto formal de la filosofía tiene que ser otro. En tercer lugar, la filosofía como búsqueda de conocimiento no puede conformarse con cualquier tipo de objeto en el sentido de objeto formal. Tampoco puede limitarse a un fin del conocimiento y/o a un método<sup>4</sup>. A decir verdad, la acción

<sup>2</sup> Sobre el término «Jurisprudence», véase AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 11, 18 y 288. Véase para otra comprensión entendida como una investigación de segundo orden del derecho: ROSS, Alf, *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1959, pp. 25 y 26. Para una visión más amplia en el sentido de la pregunta «¿qué es el derecho?»: BIX, Brian, *Jurisprudence*, 4.<sup>a</sup> ed., London, Sweet & Maxwell, 2006, p. 9.

<sup>3</sup> «Objeto» se entenderá aquí en un sentido gnoseológico muy amplio. No sólo abarca las cosas y los hechos, sino también los objetos abstractos como, por ejemplo, los números, funciones y estructuras en la matemática.

<sup>4</sup> Algunos autores proponen la limitación de la filosofía a un único método. Véase por ejemplo ROSENBERG, Jay, *Philosophieren*, 2.<sup>a</sup> ed., Frankfurt am Main, Kloster-

humana puede ser generalmente comprendida por medio de sus fines y medios. Sin embargo, cualquier forma específica de actuar humano, contemplado como una búsqueda de conocimiento, es por necesidad conceptual un conocimiento *de algo*. Tal búsqueda es siempre relacional o, de manera más exacta, intencionalmente orientada a un objeto formal del conocimiento. No tiene que ser una cosa o hecho real determinable en el tiempo y en el espacio como en el caso de la matemática y, por supuesto, puede remitir en el transcurso de la búsqueda del conocimiento a algo no existente, como sucedió por ejemplo a finales del siglo XIX con el éter en el campo de la física. La consideración, de que un objeto de conocimiento no existe como cosa o hecho, es un saber importante acerca de ese objeto.

El objeto de la filosofía es mucho más difícil de concebir y mucho más inusual que los otros tipos particulares de cosas y hechos que forman el objeto de las otras ciencias. Se puede poner en cuestión su existencia como han hecho algunos, tal es el caso de Wittgenstein<sup>5</sup>. Sin embargo, dado que es imposible buscar el conocimiento sin un objeto formal, también lo es ocuparse de la perspectiva filosófica sin un objeto formal.

### 3. OBJETO, FIN Y MÉTODOS DE LA FILOSOFÍA

¿Cuál puede ser entonces el objeto de conocimiento de la filosofía? El único objeto de conocimiento –y no parece haber otro– que todavía le queda a la filosofía, cuando las otras ciencias particulares se ocupan de todos los objetos particulares de conocimiento, son los tipos de cosas o hechos. Esto es, *todos los objetos particulares en todas sus conexiones o todas las conexiones de estos objetos particulares*. O, expresado de otra manera, el *mundo en su conjunto*, pensado en un sentido abstracto, no físico-empírico o como mero conocimiento de las ciencias particulares. Las investigaciones filosóficas intentan comprender objetos particulares como el derecho, el lenguaje, el saber o el ser humano como parte de una conexión de todas las cosas y hechos particulares. O tienen por objeto –como perspectiva complementaria– todas esas conexiones entre las cosas y los hechos particulares<sup>6</sup>. Los

---

mann, 1989, p. 17; Ross, Alf, *On Law and Justice*, cit., p. 25: «Al final, la filosofía no es una teoría más sino un método. Éste es un análisis lógico. La filosofía es la lógica de la ciencia y su objeto es el lenguaje científico». Esta cita demuestra la imposibilidad de obtener un objeto de la filosofía. De manera contraria, Ross asevera que la filosofía es ante todo un método y, poco después, propone que su objeto sea considerado el lenguaje científico.

<sup>5</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1977, §§ 121 ss., 309.

<sup>6</sup> Véase por ejemplo, PLATÓN, *Laches*, trad. alemana de Friedrich Schleiermacher, 2.ª ed., tomo 1, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1990, 199d4-e5;

objetos particulares no son, de este modo, investigados de forma aislada como, por ejemplo, en la Teoría general del derecho o en la Teoría pura del derecho; o a partir de una mera referencia a otros objetos particulares como en el caso de la sociología, en la cual el derecho, la política o la economía son investigados exclusivamente a partir de su relación con la sociedad, constituyendo ésta su objeto particular<sup>7</sup>.

La perspectiva filosófica no se apoya, necesariamente, en una realidad ideal o trascendente, dado que es cuestionable si existe tal realidad<sup>8</sup>. Por ello, su aceptación implica ya una concepción filosófica específica como, por ejemplo, la doctrina platónica de las ideas o la teoría aristotélica del primer motor como causa de todos los demás movimientos<sup>9</sup>. Tal perspectiva no puede ser, por tanto, condición necesaria para un concepto general de filosofía. Más bien, como objeto de la filosofía, se tiene que considerar sólo la abstracción de la totalidad de las relaciones y, con ello, de todas las referencias a todos los objetos particulares, una especie de modelo para nuestra particular comprensión del mundo.

El *fin del conocimiento* de la filosofía depende de su objeto. Si el objeto de la filosofía es la conexión de todos los objetos entre sí, entonces su fin sólo puede ser una *visión comprensiva* de esta conexión. Todo punto de vista restringido no poseería el objeto de conexión de todos los objetos entre sí, sino sólo las cosas o hechos particulares considerados de forma aislada o en su conexión con otros individualmente, pero no con los restantes hechos y cosas. En este contexto, «comprensiva» no debe entenderse como una especie de simple sumatoria de elementos. Aunque todo conocimiento singular sea relevante para la filosofía, una mera sumatoria de estos conocimientos singulares no puede ser su fin. La filosofía no es ninguna enciclopedia. Más bien versa sobre una visión abarcadora y abstracta del mundo acerca de un marco para todos los conocimientos particu-

---

PLATÓN, *Politeia*, trad. de Friedrich Schleiermacher, 2.<sup>a</sup> ed., tomo 4, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1990, 504d7-505a4; SCHOPENHAUER, Arthur, *Die Welt als Wille und Vorstellung. Sämtliche Werke*, tomos 1+2, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1961; WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, 2.<sup>a</sup> ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, p. 11: «El mundo es todo lo que acaece»; CARNAP, Rudolf, *Der logische Aufbau der Welt*, Hamburg, Meiner, 1998; NAGEL, Thomas, *The View from Nowhere*, Oxford, Oxford University Press, 1986; MACKIE, John Leslie, *The Cement of the Universe: A Study of Causation*, Oxford, Oxford University Press, 1980.

<sup>7</sup> Véanse una serie de trabajos de LUHMANN, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993; *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2000; *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1990, entre otros.

<sup>8</sup> Sobre la comprensión de la filosofía como una especie de realidad absoluta y su crítica, véase PASSMORE, John, Voz «Philosophy», en EDWARDS, Paul (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, tomo VI, New York, London, Macmillan, 1967, p. 217.

<sup>9</sup> PLATÓN: *Phaidon*, *Menón*, *Politeia*, passim; ARISTÓTELES, *Metaphysik*, op. cit., 1071b3 y ss.

lares. Por lo demás, en referencia a los objetos particulares como el derecho, este punto de vista abstracto y filosófico es, como se mencionó al inicio, *sólo una* perspectiva entre otras muchas, en principio, igualmente válidas.

Si el objeto de la filosofía es la conexión de un objeto particular con el resto o de todos ellos entre sí, y su fin del conocimiento una visión comprensiva acerca de esta conexión, no existiendo así razón para limitar los medios para lograr ese fin. El *método* de la filosofía puede contener, por tanto, *todos los métodos posibles* de las ciencias particulares y de las ulteriores formas de búsqueda del conocimiento. El método de la filosofía no puede restringirse ni a las deducciones apriorísticas como en la matemática y la lógica, ni a las investigaciones empíricas como en las ciencias naturales y sociales, ni tampoco a las descripciones como en la teoría general derecho o en la teoría pura del derecho. Todo método podrá ser utilizado y aplicado, a fin de lograr el objetivo de una visión comprensiva de la conexión de todos entre sí o de los objetos individuales como el derecho con el resto de objetos.

#### 4. LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

¿Qué consecuencias resultan de esta comprensión de la filosofía para la filosofía del derecho?<sup>10</sup> La filosofía del derecho investiga el derecho no sólo para el fin específico de la aplicación del derecho como hace la dogmática jurídica, ni como un fenómeno histórico cambiante como hace la historia del derecho, ni sólo en su relación específica con la sociedad como hace la sociología del derecho, ni tampoco como un hecho natural o normativo, ni tampoco apenas como hecho aislado en el caso de las ciencias naturales y la teoría general del derecho o la teoría pura del derecho, sino también y, sobre todo, en sus conexiones posibles y reales con las otras cosas y hechos posibles y reales. La filosofía del derecho busca una visión comprensiva del derecho, pudiendo aplicar todos los métodos posibles.

¿Es posible, sin embargo, este tipo de mirada filosófica desde fuera del derecho? El derecho no es una mera cosa empírica y materialmente determinable en el espacio y en el tiempo. Se trata de una práctica intencional provista de sentido y con ello interpretativa<sup>11</sup>. Más aún, esta práctica es en un cierto sentido y hasta cierto punto auto-referente. Esto es, incluye regularmente unas autointerpretaciones o interpretaciones en un metaplano por parte de los juristas y demás aplicadores del derecho. ¿No deberían ser consideradas decisivas estas autointer-

<sup>10</sup> Para una primera formulación acerca de la tarea de la filosofía del derecho, véase «Was ist und wozu Rechtsphilosophie?», *JuristenZeitung*, 4, 2004, pp. 157-166.

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986, pp. 46 y ss.

pretaciones de los juristas y de los demás aplicadores del derecho para la comprensión del derecho?

Excluyendo su sentido el derecho no puede comprenderse sin recurrir a las intenciones por él perseguidas. La autointerpretación de los juristas relativa a estas intenciones puede considerarse como referencia fundamental para la imprescindible comprensión de éstas. Sin embargo, esta importante y loable autointerpretación de los juristas y de los demás aplicadores del derecho no excluye una perspectiva filosófica sobre el derecho a partir de una referencia externa por, al menos, cinco motivos: primero, al lado de la interpretación, existen todavía otras perspectivas igualmente válidas para la comprensión de las respectivas intenciones perseguidas, acaso otras manifestaciones anteriores o posteriores o conductas fácticas, en las que se encajen las intenciones a ser interpretadas. Segundo, la interpretación diverge de un aplicador del derecho a otro y de un ordenamiento jurídico a otro. Tercero, la autointerpretación del propio hacer del aplicador del derecho puede ser falsa o incompleta. El juez puede tener acaso la intención de dictar su sentencia, pero la autointerpretación del propio hacer como pronunciamiento de la sentencia sea errónea, porque el tipo de procedimiento no autorice tal práctica. Cuarto, no está claro por qué las respectivas intenciones y autointerpretaciones de los aplicadores del derecho no se pueden tornar objeto del conocimiento a partir de la referencia a terceros. No existe justificación para no tomarlo en consideración. Quinto, como otros hechos sociales, el derecho concierne a todos los miembros de una comunidad y esto es, particularmente relevante, para el derecho de una comunidad política. Por tanto, no hay razón para considerar el conocimiento del derecho como una especie de conocimiento esotérico reservado a los expertos. Los *arcana imperii* son ilegítimos desde el punto de vista epistemológico y ético-democrático, y se convirtieron, con razón, gracias a la opinión pública democrática, en obsoletos. Toda autointerpretación puede estar sujeta *de facto* al conocimiento de otro. Y esto también está permitido desde una perspectiva ética, siempre que no se viole la privacidad de las personas cuyas autointerpretaciones se están examinando. Los juristas y aplicadores del derecho pueden comprender y explicar mejor, esto es, desde un punto de vista metodológico, fenómenos jurídicos específicos y particulares como, por ejemplo, los conceptos jurídicos de hipoteca y de acto administrativo. Sin embargo, para cuestiones generales y comprensivas acerca del fenómeno global del derecho, ellos carecen de mayor competencia.

¿Cómo puede entonces ser concebida la perspectiva filosófica acerca del derecho? Una primera respuesta a esta pregunta sería negativa: no se puede aceptar sin más la idea de que el derecho posee una sustancia o esencia. Estas pretensiones de la metafísica y de la ontología fueron puestas en duda por Kant y por otros con buenas razones de carácter

gnoseológico<sup>12</sup>. No podemos conocer la cosa en sí, pero todavía podemos investigar sobre las *propiedades* constantes y, por ello, relativamente *necesarias* de una determinada manifestación; por supuesto, como es natural, sólo la forma en que se perciben. De este modo, podemos buscar las propiedades constantes y relativamente necesarias del fenómeno jurídico, las cuales, visto que son relativamente constantes y necesarias, deben ser observadas como determinantes para todas las relaciones con el resto de las cosas y los hechos. Así se puede tratar de comprender la conexión del derecho con los otros objetos.

## 5. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE DERECHO

Una importante vía para el conocimiento de las propiedades constantes del fenómeno jurídico parece consistir en investigar las características relativamente necesarias del *concepto de derecho*, partiendo del supuesto de que hasta el momento no se ha encontrado ninguna manifestación jurídica individual sin aquellas propiedades, que se correspondan con las características necesarias del concepto de derecho. Este supuesto sirve de apoyo a otro ulterior según el cual tampoco *pueden* encontrarse otras manifestaciones del derecho sin esas propiedades; un supuesto que, sin embargo, sólo puede ser postulado, pero no probado. O dicho de otra manera y con vistas a la conexión de los conceptos en nuestro sistema conceptual: la filosofía del derecho puede tratar de comprender qué posición probable e invariable ocupa el concepto de derecho en el sistema conceptual a lo largo de todos los tiempos y pueblos.

Es motivo de controversia que los conceptos sean: bien entidades ideales (idealismo y platonismo), bien propiedades reales de las cosas particulares (realismo y Carnap), bien imágenes o representaciones mentales (conceptualismo o nominalismo débil, Descartes, Locke, Hume, Kant, Fodor y Prinz) o bien unidades lingüísticas (nominalismo estricto, Hobbes, Wittgenstein y Quine)<sup>13</sup>. Para una visión com-

<sup>12</sup> KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*, 2.<sup>a</sup> ed. (1787). Edición de la Academia de Ciencias. Berlin, Reimer, 1904, p. 57.

<sup>13</sup> Propiedades: CARNAP, Rudolf, *Logical Foundations of Probability*, 2.<sup>a</sup> ed., Chicago, University of Chicago Press, 1962, pp. 7 y ss. Ideas y representaciones: LOCKE, John, *An Essay Concerning Human Understanding*, New York, Dover Publications, 1959, la introducción, p. 32, II libro 1, 1, p. 121; KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*, *cit.*, p. 85; FODOR, Jerry, *Concepts. Where Cognitive Science Went Wrong*, Oxford, Oxford University Press, 1998; PRINZ, Jesse J., *Furnishing the Mind: Concepts and their Perceptual Basis*, Cambridge, MIT Press, 2002, pp. 1, 3, *passim*. Unidades lingüísticas: HOBBS, Thomas, *De Corpore*. Opera Latina, ed. de Wilhelm Molesworth, London, 1839-45, Aalen, Scientia, 1961. I, II 9, pp. 17 y s., I, XXV 6, p. 322; HOBBS, Thomas, *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, ed. de Wilhelm Molesworth, London, Bohn, 1839-45, I, p. 20, en alemán: *Elemente der Philosophie*. Primera Parte: *Der Körper*, trad y ed. de Karl Schumann, Hamburg, Meiner, 1997, pp. 32 y s., p. 255; HOBBS, Thomas, *De Corpore*, *cit.*, V 8, pp. 53 y ss.:



prensiva, como es el fin de la filosofía, la tercera resulta ser la más fructífera: la interpretación mental de los conceptos, porque las representaciones mentales se encuentran entre las propiedades representadas y el lenguaje existente, relacionándose con ambas. Por ello, aparecen como el mejor medio para la obtención de una visión comprensiva de los objetos particulares y sus conexiones.

Junto al problema de la caracterización ontológica está la cuestión de cómo se pueden analizar los conceptos. El método tradicional de definición por medio del género próximo y la diferencia específica (*per genus proximum et differentiam specificam*)<sup>14</sup> está sujeto a crítica, visto que presupone dudosas entidades ontológico-metafísicas como «genera» y «differentiae». Sin embargo, se puede reformular como la búsqueda de las condiciones relativamente necesarias de un concepto, que –podemos admitir– representan propiedades relativamente necesarias del fenómeno jurídico. Para Wittgenstein, como representante de un nominalismo estricto, las palabras –esto es, conceptos en su comprensión nominalista estricta– se entienden con ayuda de «parecidos de familia» entre sus diferentes características sin necesidad de una única como hilo conductor<sup>15</sup>. Esto no es una posibilidad excluyente que, no obstante, tiene el grave inconveniente de no permitir una delimitación relativamente clara de los conceptos particulares frente a otros conceptos, en base a sus características. Por ello, se puede aceptar sólo como la última y más débil posición alternativa.

El propio Wittgenstein, un famoso ejemplo, caracteriza de forma uniforme los juegos como «procesos», a pesar de toda diferencia en cuanto a sus propiedades; esto es, menciona una característica necesaria del concepto de «juego»<sup>16</sup>. Por eso, en base a una interpretación débil, pone en duda sólo la necesidad y la generalidad de las definiciones conceptuales por medio de características necesarias y suficientes,

---

«Sexto modo errant qui dicunt ideam alicujus rei esse universalem, tanquam esset in animo imago quaedam hominis quae nullius unius hominis esset, sed hominis simpliciter, quod est impossibile, nam idea omnis, et una est, et unius rei; decipiuntur autem in eo quod nomen rei pro idea ejus ponunt», en alemán, pp. 70 y ss.; WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1977, §§ 96, 383; QUINE, Willard Van Orman, *Word and Object*, New York, MIT Press, 1960, 3, 12, 161, 270 y ss. Para una exposición histórica comprensiva: WEITZ, Morris, *Theories of Concepts: a History of the Major Philosophical Tradition*, London, Routledge, 1988. Véase acerca del nominalismo estricto de *Hobbes*, VON DER PFORDTEN, Dietmar, «Thomas Hobbes» *Sprachphilosophie und ihre philosophie-historische Bedeutung*, *Logos*, 7, 2001, pp. 386-402.

<sup>14</sup> ARISTÓTELES, *Metaphysik*, trad. y ed. alemana de Franz F. Schwarz, Stuttgart, Reclam, 1982, 1037b, pp. 29 y ss.

<sup>15</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, cit., § 67.

<sup>16</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, cit., § 66: «Considera, por ejemplo, los procesos que denominamos «juegos». Me refiero a juegos de mesa, juegos de cartas, juegos de pelota, juegos de lucha, entre otros. ¿Qué es lo que tienen en común?...».

pero no la posibilidad de las características relativamente necesarias de los conceptos<sup>17</sup>. Si no se aceptase la posibilidad de características necesarias, entonces los conceptos no podrían cumplir su función como instrumentos de conocimiento de la realidad, por la ausencia de una clara delimitación en relación a otros conceptos. Aceptándose, sin embargo, que los conceptos pueden poseer condiciones fundamentales necesarias, no puede excluirse que un concepto se refiera a varias de tales condiciones necesarias. No obstante, si un concepto muestra varias condiciones necesarias, éstas pueden ser agrupadas. Si se encuentran varias condiciones necesarias para un concepto como el de derecho, su agrupamiento puede verse, al menos, como un progreso hacia una determinación necesaria y suficiente del objeto en cuestión; incluso aunque la consecución de tal determinación necesaria y suficiente y, con ello, la identidad o la menor equivalencia entre *definiendum* y *definiens* no pueda ser aceptada como segura o como demostrada más allá de una definición puramente especulativa como la de la matemática o la lógica<sup>18</sup>. Por lo tanto, se puede tratar sólo como un proceso de la mayor equiparación posible entre *definiens* y *definiendum*, en el que el mayor número posible y significativo de características necesarias sea agrupado, posibilitando la delimitación del fenómeno investigado progresivamente con otros fenómenos. El hecho de que el derecho sea un fenómeno social más que natural no excluye este procedimiento, pues en relación a los fenómenos sociales podemos también distinguir entre las propiedades relativamente necesarias y contingentes y, del mismo modo, en relación con las características conceptuales relativamente necesarias y contingentes.

¿Qué características necesarias pueden ser aceptadas para el concepto de derecho, que tal vez pueden conducir por medio de sus conexiones a su determinación necesaria y suficiente, por tanto, a su definición en una comprensión relativamente clarificadora?

## 6. EL FENÓMENO JURÍDICO

El derecho puede ser comprendido conceptualmente como derecho divino, natural o humano. En lo que sigue nos centraremos en el derecho humano<sup>19</sup>. Éste es menos un hecho *natural* y más un hecho *social*. Esta determinación, sin embargo, no es todavía muy aclaratoria, por-

<sup>17</sup> Acerca de esta interpretación: WENNERBERG, Hjalmar, «The Concept of Family Resemblance in Wittgenstein's Later Philosophy», *Theoria*, 33, 1967, p. 110; SAVIGNY, Eike von, *Wittgenstein «Philosophische Untersuchungen». Ein Kommentar für Leser*, tomo 1. Frankfurt am Main, Klostermann, 1988, § 66, 3.

<sup>18</sup> Esta última hipótesis ha sido postulada por KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*, cit., pp. 477 y ss.

<sup>19</sup> RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie*, ed. de Ralf Dreier y Stanley Paulson, 2.ª ed., Heidelberg, Müller, 2003, p. 11: «El derecho es una obra humana...».

que existen un gran número de hechos sociales como, por ejemplo, la opinión pública, el mercado de trabajo, el desarrollo de la población, etc. ¿Cómo se diferencia el derecho de estos hechos sociales? Un primer paso esencial consiste en observar que el derecho humano es necesariamente una forma de actuar humano en su sentido más amplio (incluyendo sus consecuencias previstas o, al menos, previsibles). El derecho es una acción humana desde dos puntos de vista: como fenómeno general y en todas sus manifestaciones particulares. Si un juez decide, entonces está actuando. Si un funcionario público realiza un acto administrativo, se trata de una acción humana. Si el Parlamento aprueba una ley, ejecuta una acción humana colectiva.

### 6.1 El derecho como acción humana

Siendo el derecho, conceptual y necesariamente, una acción humana, exige así que la comprensión de las características necesarias de la acción humana sean tomadas en consideración. ¿Cuáles son las propiedades necesarias de una acción humana? La acción humana comprende, al menos, dos características necesarias<sup>20</sup>: un *fin* o una *intención*, y un *medio*, en sentido muy amplio, para obtener aquél como finalidad. Esto es válido para todas las acciones, aún cuando la elección de los medios sea muy reducida. El medio puede –en un sentido muy amplio– consistir también en la propia realización de la acción, como, por ejemplo, cuando alguien anda con el único fin de andar o mira con el único fin de mirar.

Un ejemplo de la necesidad de un fin para toda acción: si alguien levanta la mano, esto podría significar un saludo, el consentimiento a un contrato, un ejercicio gimnástico, una solicitud de permiso para hablar u otro tipo de acción. Todas éstas, desde el punto de vista externo, serían procesos idénticos de levantar la mano, diferenciándose sólo por los diferentes fines o intenciones; por ejemplo, cuando se pregunta al agente acerca de su fin, o cuando se considera la situación en que se realiza la acción: en la calle, levantar el brazo consiste no pocas veces en un saludo; en una subasta, el consentimiento a un contrato; en un gimnasio, un ejercicio gimnástico; en una conferencia, una petición para que le sea concedido la palabra. De otro lado, la acción de saludar a alguien se puede realizar a través de diferentes procesos externos, como cuando alguien saluda con el brazo, estrecha la mano de otro, da los buenos días, sonríe a otra persona, etc. Sobre el lenguaje como importante forma de actuar humano, Grice ha demos-

---

<sup>20</sup> Sobre la necesidad de un fin en toda acción, véase ARISTÓTELES, *Nikomachische Ethik*, trad. alemana de Franz Dirlmeier, Stuttgart, Reclam, 1980, 1094a1; SEARLE, John, *Intentionality: An Essay in The Philosophy of Mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 107 y ss. No todas las acciones tienen un único fin, pero las formas particulares de acciones como el derecho pueden ser determinadas de manera más precisa, por razones obvias, a través de un fin muy abstracto.

trado que la comprensión de una expresión no se puede reducir a sus procesos externos<sup>21</sup>.

Antes de presentar el intento de entender los fines y medios específicos del derecho, se debe investigar una posible objeción a la tesis de que el derecho se comprende, sobre todo, como una acción humana, en sentido muy amplio, incluyendo fines y medios. No pocas veces, es admisible caracterizar al derecho como *ordenamiento*, *sistema*, *institución* u *organización*<sup>22</sup>. Respecto a ello se puede decir lo siguiente.

En primer lugar, el «ordenamiento» o el «sistema» valen para el derecho desde que es concebido como una caracterización muy abstracta de múltiples elementos y relaciones. Sin embargo, el viento y las nubes forman también un «ordenamiento» o un «sistema» de múltiples elementos y relaciones. La especificidad concreta del derecho humano como acción humana directamente no entra dentro de esa caracterización. Todos los entendimientos específicos de «sistema», especialmente los sociológicos, que caracterizan al derecho como una parte especial de la sociedad, son razonables, pero no pueden conducir a una perspectiva filosófica comprensiva del derecho.

En segundo lugar, la «acción humana» es en cierto modo un concepto natural del día a día. También se encuentra fuera de determinadas sociedades y teorías científicas. Es un concepto de la vida cotidiana. Todo hombre capaz de juzgar entiende fundamentalmente lo que es una acción humana, por ejemplo, en oposición a un mero reflejo o a un acontecimiento puro de la naturaleza. Por contrapartida, los conceptos de institución, organización o sistema, además del significado de «ordenamiento», son conceptos artificiales y teóricos, en particular sociológicos. Parece muy insatisfactorio explicar un concepto relativamente abstracto, pero más todavía uno establecido de hecho como el de derecho por medio de semejantes conceptos vagos, artificiales, carentes de definición y, en cierto modo, meramente teóricos; en tanto que se busca una visión filosófica comprensiva sobre el derecho y no una de tipo sociológico limitada sobre la relación entre el derecho y la sociedad.

En tercer lugar, conceptos sociológicos como sistema en sentido estricto e institución se comprenden frecuentemente –aunque quizás no siempre– como descripción de unos fenómenos sociales, que no son resultado de acciones humanas dirigidas a un fin. Definiéndose el derecho como un sistema o una institución, se corre el peligro –en cualquier caso, de una posible y común comprensión de estos conceptos– de olvidar su aspecto decisivo como es la dimensión de la acción

---

<sup>21</sup> GRICE, Paul, *Studies in the Ways of Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 219.

<sup>22</sup> Sobre el concepto de instituciones, LLEWELLYN, Karl Nickerson, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, pp. 233-242. Acerca del concepto de sistema: LUHMANN, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993; TEUBNER, Günter, *Recht als auto-poietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989.

humana y, con ello, la condición fundamental de su fin y de sus medios. Desde una perspectiva sociológica, el fin del derecho puede carecer de interés. Semejante perspectiva sociológica acerca del derecho puede quizá, en razón de su punto de vista, limitarse a los efectos causales y/o a las funciones sociales del derecho. Y también para la descripción aislada de las regulaciones abstractas del derecho, por medio de una teoría general del derecho o de una teoría pura del derecho, no es esencial remitirse al fin específico del derecho. Un tipo de punto de vista focalizado puede ser quizás suficiente para la descripción de los medios del derecho; esto es, de sus reglas, normas y principios. Sin embargo, para una investigación filosófica del derecho, no es posible este tipo de reduccionismos.

## 6.2 Fines y medios de la acción humana

A partir del hecho de que el derecho como un tipo de acción humana, en sentido muy amplio, tiene fines necesarios, no se puede concluir aún que todas las acciones singulares del derecho persigan necesariamente un fin específico *idéntico* o al menos semejante. Así se puede observar como característica necesaria del concepto de derecho en todos los ordenamientos jurídicos, un mismo fin o, al menos, un fin específico semejante<sup>23</sup>. ¿Cómo se puede fundamentar este siguiente paso esencial? Una posible respuesta sería: los conceptos son sólo útiles como instrumentos del conocimiento del mundo en cuanto son diferenciables. En caso de que se quiera diferenciar el concepto de una forma específica de la acción humana como la producción jurídica o el resultado previsto o, por lo menos, previsible de ésta. De este modo, el derecho, desde un concepto amplio de acción humana, necesita entonces de un fin. No es posible basar la distinción sólo en los medios, pues los mismos medios pueden ser establecidos –en todos los casos conocidos– para alcanzar diferentes fines. Las reglas y las normas no son, por ejemplo, utilizadas solamente en el derecho como medios, sino también en la moral, la religión, la política, la técnica, la medicina, las convenciones no morales, etc.

La aceptación de un fin idéntico y específico para la producción singular del derecho no implica que se trate de un fin *común* impuesto a todos los creadores de derecho, tal y como se podría aceptar por ejemplo en una empresa o en una comunidad religiosa. Un parlamentario, juez o funcionario de la Administración concreto persiguen con su producción jurídica un fin específico idéntico; pero todos los parlamentarios, jueces y funcionarios de la Administración no hacen esto

---

<sup>23</sup> Se puede cuestionar si, desde la postura de un nominalismo estricto, la aceptación de uno de estos tipos idénticos o, por lo menos, de fines semejantes excluye a todo creador de derecho. Si las palabras abstractas o los fines humanos son, al menos, en principio posibles, no puede ser este necesariamente el caso.

conjuntamente, porque carecen del conocimiento y la voluntad de este tipo de búsqueda colectiva del fin.

La adopción de un fin idéntico y específico para todas las producciones jurídicas no excluye que cada operador jurídico, *complementariamente*, persiga fines subjetivos no específicos con su producción jurídica. Un parlamentario concreto parece poder satisfacer, al mismo tiempo, los intereses de sus electores; un juez, a título individual, puede buscar no frustrar las expectativas de sus oyentes; un funcionario de la Administración quiere aparentar ser competente.

Para algunas acciones humanas, incluidos sus resultados, un fin específico no sólo es necesario, sino que incluso suficiente para encuadrarlos en otras acciones. La producción de una silla, por ejemplo, ya se define por su fin; es decir, proporcionar a través de un artefacto que una persona, y sólo una, se sienta. La forma y el material de la silla no son específicos para la determinación conceptual. La silla puede tener tres, cuatro o cinco patas. Puede ser de madera, hierro, piedra o plástico. Y los medios necesarios para su fabricación son válidos para todos los artefactos.

¿Tiene el derecho, como una forma de acción humana, también semejante fin necesario y suficiente en toda acción particular y en la práctica en su conjunto? La tesis aquí defendida afirma que el fin específico del derecho es, para su determinación conceptual, *necesario, pero no suficiente*. El fin no es así suficiente para delimitar el derecho de otros hechos sociales con fines comparables como los de la moral o la política. Es por ello indispensable, referirse también a los medios necesarios y específicos del derecho como finalidad para la explicación conceptual. De tal manera, tropezamos con la definición de derecho que se torna difícil y controvertida, dificultad que ya Kant percibía con ironía: «Los juristas buscan todavía una definición para su concepto de derecho»<sup>24</sup>.

Una primera respuesta a la pregunta «qué es el derecho» dice así para el derecho humano: el derecho es una acción humana en un sentido muy amplio. Por lo tanto, sólo puede ser entendida a través de su finalidad y sus medios específicos. Si se intenta reducir la comprensión del derecho, o a su fin o a sus medios, esto no puede conducir a una visión filosófica comprensiva sobre el derecho, sino en todo caso a un conocimiento de algún aspecto parcial.

Aquellos que aceptan que existe un derecho divino suponen también, posiblemente, que Dios, con este derecho divino, persigue un determinado fin y establece determinados medios (por lo menos, algunos de ese derecho divino). Decisivo para la comprensión del derecho divino es, de este modo, también su fin o finalidad y sus medios. Lo mismo se aplica para la aceptación de un posible derecho natural, el cual a menudo se basa en una concepción teleológica del mundo. Es

---

<sup>24</sup> KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*, cit., p. 479.

válido lo siguiente para toda forma concebible del derecho: para la comprensión del concepto de derecho son necesarios su fin y sus medios.

## 7. FINES Y MEDIOS DEL DERECHO

En la historia de la filosofía del derecho, la concepción acerca del significado de los fines y los medios del derecho se transforma de manera dramática. Es útil demostrar estos cambios dramáticos, a fin de obtener una comprensión adecuada del derecho.

### 7.1 De la Antigüedad al siglo XVIII

Desde el inicio del filosofar en la Antigüedad, incluso en la Baja Edad Media, el derecho fue delimitado, en contraposición a otros fenómenos, por medio de sus fines específicos. Para Platón y Aristóteles, el fin del derecho y de la política era el *bien*, explicado de manera más detallada como *justicia* y, especialmente en Aristóteles, como *felicidad (eudemonía)* y *bien común*<sup>25</sup>. Los medios no jugaban ningún papel decisivo. Igualmente Cicerón resaltó la justicia como fin del derecho<sup>26</sup>. Aquino definió el derecho como una disposición de la razón para el *bien común*, aquello que fue promulgado y dado a conocer por el que asume la preocupación por la comunidad<sup>27</sup>. El fin, según ello, es el *bien común*, y el medio la disposición y la promulgación. Aquino menciona también la *justicia* como fin del derecho positivo<sup>28</sup>.

En el siglo XVII comenzó a desaparecer la acentuación de un fin específico del derecho. El bien, la justicia, la felicidad y el bien común no serían más vistos como fin primordial del derecho y de la política. Por contrapartida, los medios serían cada vez más importantes. Thomas Hobbes sugirió ya un fin fuertemente reducido, pero continuamente específico y uniforme para el derecho y la política: la *autoconservación*<sup>29</sup>. Sin embargo, él coloca ya el medio de la *orden* en el centro para la determinación del derecho<sup>30</sup>. Locke acepta como fin específico de la política y el derecho la *preservación de la propiedad*; a decir verdad, comprendida en un sentido amplio, el cual incluía

<sup>25</sup> PLATÓN, *Politeia*, cit., 327a1, 433a y ss.; ARISTÓTELES, *Nikomachische Ethik*, cit., I 1, 1094a, V 1 y ss., 1129a y ss.; ARISTÓTELES, *Politik*, cit., 1328a36.

<sup>26</sup> CICERÓN, Marco Tulio, *De Legibus*, Stuttgart, Reclam, 1979, I, 29.

<sup>27</sup> AQUINO, Tomás de, *Summa Theologiae*, II-I, Mainz, Peter Schöffer, 1471, p. 90. En la *quaestio* estos cuatro elementos son cada vez más desarrollados. La definición se resume al final de la respuesta al artículo 4.

<sup>28</sup> AQUINO, Tomás de, *Summa Theologiae*, II-II, Mainz, Peter Schöffer, 1467, p. 57 y ss.

<sup>29</sup> HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, cap. 17, 1.

<sup>30</sup> HOBBS, Thomas, *Leviathan*, cit., cap. 26, 1.

tanto la vida y la libertad como los bienes materiales<sup>31</sup>. Los utilitaristas partían también de un fin específico del derecho, pero de una forma reducida: la *maximización de la felicidad*, entendida como un perfeccionamiento colectivo de los estados individuales y contingentes de placer y dolor<sup>32</sup>. Kant define el derecho, con la vista puesta en un fin liberal y más delimitado, como *el conjunto de las condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno con el arbitrio del otro puede conciliarse según una ley universal de la libertad*<sup>33</sup>. Para Hegel el fin del derecho es la libertad, sin embargo, no en el sentido liberal kantiano de libertad exterior de hacer, sino en un sentido moral-objetivo y comunitario<sup>34</sup>.

## 7.2 En los siglos XIX y XX

En los siglos XIX y XX se mantuvo el escepticismo frente a los fines necesarios, el relativismo axiológico y, en general, el positivismo teórico-científico, renunciando a los fines específicos del derecho y apoyando su comprensión prácticamente centrada en los medios. En Inglaterra, John Austin caracteriza el derecho como *orden respaldado por amenazas*<sup>35</sup>. En Alemania, Rudolf von Jhering define el derecho de manera puramente formal, a saber, como *conjunto de normas válidas dotadas de coacción en un Estado*<sup>36</sup>. Norma y coacción eran para él los medios para determinar el derecho. Jhering señaló, sin embargo, un objetivo del derecho, a pesar de que su carácter relativo y menos específico: *la seguridad de las condiciones de vida de la sociedad*<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, Second Treatise §§ 3, 6, 7, 123 y 124.

<sup>32</sup> BENTHAM, Jeremy, *The Principles of Morals and Legislation*, Buffalo, Prometheus Books, 1988, cap. 1, I, pp. 1 y ss.

<sup>33</sup> KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, tomo VI. Edición de la Academia de Ciencias, Berlin, Reimer, 1907, § B, p. 230.

<sup>34</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, tomo 7. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1970, § 40, p. 98: «El derecho es en primer lugar la existencia concreta inmediata que se da la libertad de un modo inmediato», § 4, p. 46: «El terreno del derecho es en general lo *espiritual*, y su lugar más próximo y su punto de partida la *voluntad*, que es libre, de modo que la libertad constituye su sustancia y determinación, y el sistema del derecho es el reino de la libertad efectivamente realizada, el mundo del espíritu surgido del espíritu mismo como una segunda naturaleza». Nota del traductor: se toma para la traducción del alemán la edición española de María del Carmen Paredes Martín, «Líneas fundamentales de filosofía del derecho», en *Hegel II*, Madrid, Gredos, 2010, pp. 65 y 38, respectivamente.

<sup>35</sup> AUSTIN, John, *op. cit.*, pp. 12, 21-37.

<sup>36</sup> JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, vol. 1, 3.<sup>a</sup> ed., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1893, p. 320.

<sup>37</sup> JHERING, Rudolf von, *op. cit.*, p. 443. En la página 446, él insiste en la relatividad de la acción finalística. En la página 511, las dos determinaciones aparecen entonces combinadas.



Hans Kelsen no menciona ningún fin específico del derecho. En su teoría el derecho está determinado exclusivamente por medio de sus medios particulares: por medio de la formación de un sistema jerárquico y dinámico de normas, que confieren validez a todas las demás normas inferiores con una norma fundamental como último fundamento unificador de validez<sup>38</sup>. Respecto de otros ordenamientos normativos sociales como la moral, el derecho sólo se diferenciará por medio de sus medios específicos: a través de la aplicación necesaria de la coacción, la cual asegura el cumplimiento de la norma, y por medio de su característica de ser un sistema dinámico. Por tanto, su validez jerárquica no está basada en una concordancia de contenido, sino sólo en autorizaciones formales<sup>39</sup>.

H. L. A. Hart observa el punto de vista decisivo del derecho moderno desarrollado, el «corazón de un sistema jurídico», igualmente tan solo en los medios, y a decir verdad en un sistema de reglas primarias y secundarias<sup>40</sup>. Él trabaja con tres tipos de reglas secundarias: reglas de cambio, reglas de adjudicación y reglas de reconocimiento (*rules of recognition*). La regla de reconocimiento de un determinado sistema jurídico es el medio necesario para identificar las demás reglas del derecho<sup>41</sup>. Un fin del derecho se menciona por él solo *en passant* como un fin muy indeterminado, que muchas otras acciones humanas también persiguen: «I think it quite vain to seek any more specific purpose which law as such serves beyond providing guides to human conduct and standards of criticisms of such conduct»<sup>42</sup>.

Joseph Raz renuncia, en su definición de derecho, a la exigencia de un sistema de reglas en dos planos y considera a la «autoridad» como factor decisivo<sup>43</sup>. Sin embargo, la «autoridad» es tan sólo un medio como lo son los mandatos, las reglas, las sanciones, etc. Nadie aceptaría la autoridad como fin último universal del derecho en general o de sus manifestaciones singulares en particular.

Ronald Dworkin es sin duda el teórico anglosajón de la segunda mitad del siglo xx, para el que los fines del derecho juegan el papel más fuerte y, por ello, son especialmente importantes. Su famosa diferenciación entre reglas y principios es, de hecho, fundamentalmente sólo una diferenciación entre medios, porque se trata sólo de dos tipos diferentes de reglas como medios: reglas del todo o nada o reglas pon-

<sup>38</sup> KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Wien, Deuticke, 1960, pp. 3 y ss., 196 y ss.

<sup>39</sup> KELSEN, Hans, *op. cit.*, pp. 34 y ss.

<sup>40</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, 2.ª ed. Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 98.

<sup>41</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.*, p. 79.

<sup>42</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.*, p. 249.

<sup>43</sup> RAZ, Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon, Oxford, 1979, p. 43: «Put in a nutshell, it (law) is a system of guidance and adjudication claiming supreme authority within a certain society and therefore, where efficacious, also enjoying such effective authority».

derivativas<sup>44</sup>. Por medio de los principios, los fines morales necesarios encuentran, no obstante, al menos entrada en el derecho. En sus primeros trabajos, Dworkin no ha propuesto un fin particular, específico en cuanto al contenido, como condición necesaria para el concepto de derecho. Posteriormente, pone el valor de la igual consideración (*equal concern*) o la equidad (*equality*) en el centro de la ética, pero caracterizando este valor sólo como ideal superior de la *política* o de un gobierno legítimo<sup>45</sup>. En su obra *Law's Empire*, él introduce después, al lado de la justicia y la imparcialidad, un tercer valor específico o una tercera convicción específica del legislador y aplicador del derecho como es la *integridad* en el sentido de la coherencia de la totalidad comprensiva del derecho en un ordenamiento jurídico<sup>46</sup>. Entre tanto, él no afirma que este valor, es decir, esta convicción de la integridad consista en un fin *necesario* de todo derecho y, con eso, una condición necesaria del derecho. Se trata más de un «ideal» ético de coherencia, el cual *debe* ser aceptado por las comunidades políticas, los legisladores y los aplicadores del derecho<sup>47</sup>. Por lo demás, la integridad sería contemplada no sólo como un ideal ético del derecho bueno y justo, sino como necesidad conceptual del fenómeno jurídico, siendo esta hipótesis demasiado fuerte. Difícilmente se podrá sostener que todas las culturas y sociedades anhelan el fin de la integridad del derecho como coherencia de la totalidad comprensiva.

Uno de los pocos filósofos del derecho del siglo xx que formuló un fin específico para el derecho y que, por tanto, merece atención especial, fue Gustav Radbruch<sup>48</sup>. A su retorno a la tradición premoderna, Radbruch vio nuevamente la «idea» del derecho o la *justicia* como un fin necesario<sup>49</sup>. Justicia, en sentido amplio, que comprende dentro de ella tres fines<sup>50</sup>: justicia en el sentido de igualdad formal, adecuación a fin y seguridad jurídica. Esta explicación acerca de la justicia general resulta, sin embargo, poco convincente, puesto que la seguridad jurídica es un fin intermedio, relativamente concreto y además subordinado, o

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, pp. 22 y ss., 71 y ss.

<sup>45</sup> DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, p. 1.

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, *cit.*, pp. 166 y ss., 176 y ss.

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, *cit.*, pp. 176, 189, 214 y s., 218.

<sup>48</sup> Su discípulo Arthur Kaufmann le siguió en la aceptación de ese fin. Véase KAUFMANN, Arthur, *Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., München, Beck, 1997, pp. 135 y ss. Hermann Kantorowicz, un amigo de Radbruch, defiende, de manera poco consistente, una definición con un fin y luego otra sin él: «El derecho es un conjunto de reglas, que tienen por objeto evitar o resolver las controversias conforme al ordenamiento», KANTOROWICZ, Hermann, *Der Begriff des Rechts*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1963, p. 29, y «el derecho es un conjunto de reglas, que prescriben conductas externas y son vistas como justiciables».

<sup>49</sup> RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie*, ed. de Ralf Dreier y Stanley Paulson, 2.ª ed., Heidelberg, Müller, 2003, pp. 34 y ss.

<sup>50</sup> RADBRUCH, Gustav, *op. cit.*, pp. 54 y ss., 73 y ss.

en comparación con el fin principal de la justicia que es más bien un medio, en cuanto que la adecuación a fin es más abstracta e indeterminada. De hecho, la adecuación a fin remite a la mencionada condición necesaria toda acción humana, no sólo del derecho: la persecución de un fin. La justicia en el sentido de igualdad formal –el primer fin dentro de la justicia en sentido amplio– y quizás incluso la justicia en este sentido podría ser tal fin. Por eso es necesario identificar los fines específicos. La explicación de Radbruch acerca de la justicia en sentido amplio, con ayuda base de las tres partes mencionadas, resulta así insatisfactoria, porque muchos elementos distintos de la relación medio a fin son asociados sin que se tome una clara referencia a esta relación.

### 7.3 Consecuencias

¿Qué consecuencias se pueden extraer de estos diferentes intentos de encontrar un fin específico del derecho o de renunciar a él? Resulta imprescindible buscar un fin del derecho que satisfaga dos exigencias: no puede ser demasiado abstracto, en caso contrario permanece indeterminado como fin necesario del derecho en comparación con otras acciones humanas; por tanto, sin fuerza diferenciadora. Lo dicho por Hart de que el derecho «rige la conducta humana» es, a decir verdad, cierto, pero es en tal medida como fin demasiado abstracto. Cualquier cosa dirige las conductas humanas: edad, calles, amistades, relaciones con el clima, etc. Simultáneamente, el fin buscado no puede ser demasiado específico. Tiene que ser característico de todas las formas del derecho; por tanto, constituye una condición necesaria del concepto de derecho. El bien, la justicia o la igualdad, en un sentido sustancial, no pueden por eso ser el fin de cualquier derecho. Pues por un lado el bien, la justicia y la igualdad fueron y serán comprendidos de forma muy diferente; por otro, partimos de que el derecho no es bueno, luego es malo o no justo, injusto, o no igualitario, desigual, pero sigue siendo derecho.

La identificación de un fin único del derecho es, sin embargo, necesaria. No se puede comprender el derecho sólo por sus medios, porque todos los tipos propuestos de medios pueden ser también medios de sistemas no jurídicos. Esto es evidente con respecto a los mandatos, las normas y las sanciones. Sin embargo, también es válido para el sistema de dos planos de reglas de Hart: se admite que la señora X era una figura central en la burguesía del siglo XIX. Las reglas, que eran válidas en su salón, eran las reglas de los pertenecientes a la clase alta de la sociedad de su tiempo. En este caso, hay un sistema de dos planos de reglas con una regla de reconocimiento: las reglas, las cuales son válidas por medio de la señora X, fueron aceptadas como las reglas válidas para los parisinos de clase alta de aquel tiempo. Este sistema se asemeja al sistema de reglas primarias y secundarias, según fue propuesto por Hart como característico para el derecho moderno. Nosotros, sin embargo, no veríamos como derecho el sistema de

reglas de la señora X. El ejemplo demuestra que la diferencia entre reglas primarias y secundarias no es suficiente para el derecho.

¿Pero es ella al menos necesaria? Uno puede imaginar una sociedad tribal muy sencilla, en la que sin ningún tipo de obligación sistemática de vez en cuando los miembros, sin pedirlo previamente ninguno de ellos, median categórica y formalmente, en caso de divergencia de opiniones, de modo y manera similar a como lo hace el juez. En otros casos, los miembros de esta sociedad resuelven sus conflictos con ayuda de un acuerdo categórico formal. Bien se podría mirar como derecho estos simples hechos sociales o acciones humanas. Sin embargo, más allá del mero concepto, no existe en tales casos una regla de reconocimiento generalmente aceptada para considerar cuál de estos fenómenos es derecho y cuál no. Esto significa que la diferenciación entre reglas primarias y secundarias no es necesaria para el concepto de derecho. Hart quizá objetaría que el sistema de la señora X no es un sistema político o estatal<sup>51</sup>. Sin embargo, también se contemplan como derecho las normas de las comunidades religiosas, de asociaciones privadas, y la adjudicación de dominios de Internet, sin ser político o estatal. Y el derecho internacional es a decir verdad político, pero no estatal. Así Hart describe con el sistema de reglas en dos niveles sólo una propiedad largamente extendida, pero igualmente contingente de los modernos sistemas jurídicos desarrollados. No se trata, sin embargo, de una propiedad necesaria del derecho en todos los períodos y culturas imaginables. Él propone una comprensión del derecho que –en el sentido literal de las palabras– podría ser una «sociología descriptiva»<sup>52</sup>; una comprensión que tiene un gran valor como descripción sociológica de los modernos sistemas jurídicos desarrollados, pero que no puede sustituir a una perspectiva filosófica acerca del derecho.

¿Qué puede ser visto entonces como un fin necesario del derecho? La respuesta a esta pregunta encuentra naturalmente grandes dificultades, tanto en lo referente a la existencia de un posible derecho divino o derecho natural como fenómenos trascendentes, porque nosotros no podemos reconocer posibles fines últimos de Dios o de la naturaleza. Puesto que se actúa, sin embargo, también con relación a estos derechos –en tanto que existan– como derecho para los hombres, quizá se puede aceptar que sus fines y medios son, al menos, comparables con los fines y los medios del derecho humano.

## 8. EL FIN NECESARIO DEL DERECHO

El derecho posee –conforme a la tesis aquí defendida– como fin necesario y, de esta manera, característica necesaria de su concepto, *el fin de la mediación entre aspiraciones posiblemente opuestas y conflictivas*.

<sup>51</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.*, pp. 239 y 240.

<sup>52</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.*, p. 6.

La Constitución media, por ejemplo, entre las expectativas vitales fundamentales de las personas, las leyes entre diferentes intereses generales, las sentencias de los jueces entre los intereses particulares en conflicto, los actos administrativos de los funcionarios entre la voluntad concreta de los ciudadanos particulares y los intereses de la generalidad.

Tienen que diferenciarse cuatro elementos del fin conceptual necesario en base a la definición arriba indicada: 1) Al menos dos aspiraciones o intereses posibles, que 2) puedan considerarse opuestos y entre los cuales 3) exista una posibilidad de conflicto, así como 4) una mediación realmente intencionada<sup>53</sup>. Cada uno de estos elementos precisa de explicación.

### 8.1 Aspiraciones o intereses posibles

Las expresiones «aspiración» (*Belang*) e «interés» (*Interesse*) son usadas aquí como sinónimas. Ellas no deben ser comprendidas, de manera reducida, en un sentido egoísta o económico. Una importante aspiración consiste, por ejemplo, en la voluntad de enviar a los propios hijos a una buena escuela. Las aspiraciones no precisan ser reales para provocar la mediación por medio del derecho. Es suficiente la mera *posibilidad* de su surgimiento como, por ejemplo, los intereses de futuras generaciones como punto de partida del fin de la mediación. El concepto de interés o aspiración se abstrae de las propiedades concretas de las entidades que deben ser consideradas. Interesa tomar en consideración cuatro de estas propiedades inmanentes a los seres vivos: *propensiones, necesidades, deseos y fines* de todas las entidades, las cuales puedan ser portadoras de intereses. Estas cuatro propiedades forman una especie de *continuum* entre una pura determinación corporal y una mental. Propensiones de nuestro cuerpo como las del sistema inmunológico son puramente corporales. Necesidades como las de dormir, comer, beber, calor y protección son corporales, pero más influenciadas por la voluntad. Los deseos tienen, y no raramente,

---

<sup>53</sup> Si se busca en consideraciones anteriores, se muestra probablemente en algunos pasajes de Rudolf von Jhering y Philipp Heck. En Rudolf von JHERING, *Der Kampf ums Recht*, Wien, Manz, 1872, pp. 11 y ss., los antagonismos de los intereses sociales deben conducir a disposiciones legales determinadas. Esta comprensión del derecho, sin embargo, está muy basada en lo socialdarwinista en el sentido de la descripción de una «lucha» y, en vista de lo anterior, los otros tipos de intentos de una definición al derecho en Jhering no tienen una determinación conceptual real. En Philipp HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1932, p. 4, se trata de manera relativamente vaga, el legislador quiso delimitar los intereses vitales en conflicto de unos contra otros. Véase también sobre el fin de la solución al conflicto, SEELMANN, Kurt, *Rechtsphilosophie*, 4.<sup>a</sup> ed., München, Beck, 2007, pp. 20 y ss. Objetivamente, se podría interpretar de esta manera el concepto de paz. Sin embargo, el concepto usual de paz es muy vago y no expresa del mismo modo la idea de antagonismo de los intereses.

un origen corporal, pero son sobre todo mentales y también pueden ser completamente reprimidos, como el deseo de leer un libro. Los fines son puramente mentales como el fin de desarrollar una posible buena teoría del derecho. Entidades colectivas y ficticias como las personas jurídicas no pueden, en virtud de la inexistencia de un cuerpo, desarrollar propensiones, necesidades o deseos. A ellas sólo se les pueden atribuir fines establecidos por sus representantes naturales.

Las aspiraciones son tanto *objetivas* como *subjetivas*. En atención a este punto de vista, existe más un *continuum*, el cual presenta relevancia práctica especialmente en la bioética y la ética médica: se tiene en cuenta inmediatamente la voluntad efectiva concreta. Si esto no es posible, se torna necesario tomar en consideración la voluntad efectiva abstracta. El tercer paso sería tomar en consideración la voluntad efectiva pretérita como en el caso de una persona inconsciente, teniendo en mente medidas de salvamento o tratamientos médicos generales. Si este tipo de voluntad efectiva pretérita no existe o no es reconocida, se tiene que averiguar, en un cuarto paso, la voluntad presunta de la persona y, finalmente, en un quinto y último paso, la voluntad presunta de una persona semejante.

Un cierto grado de autonomía es indispensable para cualquier aspiración o interés jurídico necesitado de mediación. Ésta es de hecho la razón por la que no consideramos las reglas del juego como derecho, a pesar de su indiscutible labor de mediación. El juego es en sí mismo suficiente y no tiene finalidades externas necesarias. Las finalidades internas están sólo relacionados con el juego, de modo que los deseos y los fines de los jugadores están puramente relacionados con el juego y por eso no logran el grado de autonomía necesario para mediar aspiraciones jurídicas. Uno que se toma en serio un juego malinterpreta su carácter lúdico. Por ello, el árbitro (*Schiedsrichter*) de un juego no dice el derecho, aunque el sufijo «juez»<sup>54</sup> indique la similitud de su actividad de mediación con el verdadero juez. Frente a ello, más allá de los juegos, un tribunal de arbitraje puede producir muy bien derecho.

## 8.2 Posible contradicción

Las aspiraciones tienen que ser, de una u otra manera, potencialmente opuestas; esto significa, que no deben coincidir con seguridad a la perfección. En caso de coincidir no existe ni la posibilidad ni la razón para una mediación por medio del derecho. De nuevo es suficiente una mera *posibilidad* de contradicción como, por ejemplo, la posible contradicción entre aspiraciones de personas vivas entre sí o con generaciones futuras.

---

<sup>54</sup> Nota del traductor: el autor juega con el sufijo «-richter» de la palabra compuesta *Schiedsrichter* (literalmente, juez que separa), que en la traducción española pierde su sentido al ser una palabra simple.

### 8.3 Posibilidad de un conflicto

Igualmente, dos intereses opuestos sólo pueden entrar en conflicto entre ellos, o de manera más precisa, si hay posibilidad y motivo para una mediación entre esos intereses por parte del derecho. Por ejemplo, un veraneante quiere que brille el sol y el agricultor que llueva. Dado que el tiempo no es influenciado localmente, no se puede dar ningún conflicto entre sus aspiraciones opuestas. Una mediación por medio del derecho no es posible ni necesaria.

### 8.4 Mediación

Al contrario que las tres primeras exigencias, la mediación no debe ser sólo una mera posibilidad. Más bien tiene que ser real; esto quiere decir que se aspire efectivamente a ella, puesto que el derecho es en sí una forma de realidad y no sólo de virtualidad. ¿Qué significa la «mediación»? El derecho tiene que buscar una decisión reflexionada; esto es, una decisión que tenga en consideración, al menos, los intereses opuestos y sus titulares. Esto significa que la mediación no precisa ser buena, justa o igualitaria en un sentido exigente y perfeccionista. La condición necesaria es únicamente que los titulares de los intereses posiblemente afectados y sus respectivos intereses sean tomados en consideración de una forma u otra. El hecho de matar, el acuerdo para matar y la orden para matar –si no son resultado de un proceso judicial y con ello de una mediación– no pueden considerarse derecho, porque no implican ninguna consideración hacia los afectados y sus intereses; de ninguna manera hay mediación entre los intereses actuales o posibles opuestos de los afectados y de los asesinos en semejantes acciones. Por eso, los asesinatos en periodo de guerra no son conforme a derecho, pudiendo naturalmente estar permitidos bajo el punto de vista del derecho internacional y justificados desde el plano ético, por ejemplo, como medio de defensa propia. Del mismo modo, por razones conceptuales, la exclusión total y la privación de derechos de gran parte de la población no pueden ser consideradas derecho. En cuanto al viejo «derecho» de los esclavos, su calificación como derecho dependía de observar si los intereses de los esclavos habían sido tenidos en cuenta, aunque fuera mínimamente.

La exigencia aquí formulada, en relación al derecho, es relativamente abstracta y débil. El derecho no tiene como fin necesario el cumplimiento de todas o, incluso, sólo de las consecuencias centrales de la moral o la ética. Sin embargo, él posee un único fin, estricto, conceptual, relativo y necesario, sin el cual un hecho no puede ser identificado como derecho. Si se quiere, se puede caracterizar este fin estricto como «justicia» en un sentido muy débil. Dando por supuesto que no se entiende como un criterio ético sino como un ingrediente conceptualmente necesario del concepto de derecho.

¿Cómo se puede constatar si una acción, de hecho, sirve para este fin de la mediación entre intereses potencialmente opuestos y conflictivos? Ésta es una cuestión pragmática y epistémica. Las fuentes esenciales de esta constatación son las intenciones empíricamente reconocibles del que realiza la acción, su conducta efectiva, el resultado pragmático de su acción; por ejemplo, la referencia a otros derechos de esa acción y, finalmente, la aprobación y aceptación de otros miembros de la sociedad en la cual se produce la acción en cuestión.

De la misma manera, normas que parecen puramente descriptivas como la decisión sobre los colores de la bandera nacional o la capital del Estado por ley, un decreto o acto administrativo pueden mediar entre aspiraciones actuales o, al menos, potencialmente opuestas y conflictivas. Pues antes de que se estableciera legalmente una bandera nacional o una capital, no es raro que compitan o compitieran algunos ciudadanos, nobles o grupos con sus banderas regionales y políticas, y muchas ciudades por medio de sus representantes. La decisión de cuál es supone una mediación entre los diversos competidores evitando conflictos.

El fin necesario del derecho aquí propuesto es menos exigente que la fórmula de Radbruch<sup>55</sup>. No se niega ni la validez de la norma jurídica cuando la contradicción con la justicia sea «insostenible» (primera parte), ni la de su propia naturaleza jurídica, cuando no se aspire a la justicia por parte de los creadores de derecho en sentido fuerte (segunda parte). Sin embargo, igual que las fuertes exigencias de la fórmula de Radbruch, desde una perspectiva teórico-jurídica, no pueden ser vistas como condiciones necesarias del concepto de derecho. Naturalmente, se habla por tanto desde una perspectiva ética, incorporándola al derecho. Por motivos éticos, el derecho tiene que aspirar a mucho más de lo que la delimitación conceptual identifica como sus características distintivas respecto de otros fenómenos sociales con ayuda del fin relativamente amplio de la mediación entre intereses opuestos. Tenemos que buscar el derecho bueno y justo, pero las fuertes exigencias éticas relacionadas con el derecho tienen que ser diferenciadas cuidadosamente de la determinación conceptual del fenómeno jurídico.

---

<sup>55</sup> RADBRUCH, Gustav, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», en *Rechtsphilosophie*, cit., p. 216: «El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, a menos que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una proporción tan insostenible, que deba considerarse “derecho incorrecto” para tener que ceder el paso a la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de antijuricidad legal y de las leyes válidas a pesar de su contenido incorrecto; pero otro límite podrá distinguirse con toda claridad: donde nunca se procuró la justicia, donde la igualdad que integra el núcleo de la justicia se negó de manera consciente a la regulación del derecho positivo, de ahí que la ley no fuera acaso sólo “derecho incorrecto”, sino más bien privada de la naturaleza jurídica».



## 9. LOS MEDIOS NECESARIOS DEL DERECHO

Con ayuda del fin de la mediación entre aspiraciones potencialmente opuestas y conflictivas, se puede separar el derecho de otras muchas acciones o hechos sociales. Algunos hechos sociales son, sin embargo, también acciones en sentido muy amplio y poseen el mismo o, al menos, un fin necesario conceptualmente semejante. Esto vale, especialmente, para la moral, la política, la religión y las convenciones no morales. En relación a estas acciones sociales con un fin igual o, al menos, semejante, el derecho puede ser diferenciado solamente en referencia a sus medios necesarios. Sin embargo, no todos los medios necesarios son adecuados para este propósito. El derecho emplea medios que también utilizan las demás acciones sociales, que sirven al fin de la mediación entre intereses potencialmente opuestos y conflictivos, simplemente por el hecho de que la pretendida mediación presupone de hecho la utilización de tales medios. Los dos medios esenciales de este tipo son el *pensamiento* y el *lenguaje*. Simplemente, no es posible imaginar cómo se puede mediar entre intereses conflictivos sin el pensar y el lenguaje. De los tipos de pensar y de lenguaje, el derecho se vale de todos los posibles, por tanto, de descripciones, valoraciones y prescripciones<sup>56</sup>. Las normas, en particular, son un medio necesario del derecho, porque la mediación entre intereses opuestos no es posible sin forzar al titular del interés a una determinada acción. El derecho es, por tanto, necesariamente *normativo*.

La normatividad no es, sin embargo, específica del derecho, pues también las otras acciones sociales, que sirven de mediación entre intereses posiblemente opuestos y conflictivos, son necesariamente normativas. También la moral, la política y la religión y las demás convenciones no morales se valen de normas para la realización de su fin de mediación. Resulta pues preciso buscar otros medios necesarios que sean específicos del derecho, que, por comparación con otras acciones sociales, serían los siguientes:

1) *Convenciones* (por ejemplo, las costumbres en la mesa): el derecho incluye no sólo reglas o normas voluntarias, sino también al menos obligaciones categóricas. Con lo que se está pensando en obligaciones que no cuentan con el consentimiento referido a la praxis concreta de los obligados como condición necesaria (lo que no significa que todas las normas jurídicas sean categóricas). Con ello el derecho se distinguirá –al igual que la moral– de las meras convenciones no morales a través de su parcial *categorialidad*<sup>57</sup>. Este carácter categorial permite distinguir también los juicios de la mera mediación.

<sup>56</sup> Véase VON DER PFORDTEN, Dietmar, *Deskription, Evaluation, Präskription: Trialismus und Trifunktionalismus als sprachliche Grundlagen von Ethik und Recht*, Berlin, Duncker und Humblot, 1993.

<sup>57</sup> Sin embargo, el requisito de la categorialidad ha de distinguirse cuidadosamente del de la coacción.

2) *Moral*: el derecho se caracteriza en todas sus manifestaciones exclusivamente por medio de fuentes y medios externos (promulgar, acordar, juzgar, ordenar y votar), pero no por una fuente puramente interna como la conciencia humana, que es una –cuando no la única– fuente de la moral<sup>58</sup>. El derecho se diferencia de la moral por medio de la *exterioridad* de todas sus manifestaciones individuales.

3) *Política*: el derecho se caracteriza en sus manifestaciones por una cierta formalidad en su creación, promulgación y aplicación, que no tienen las simples acciones políticas, por ejemplo, una decisión de política exterior, incluso en la forma de una regla como la doctrina Monroe o la Breschnew<sup>59</sup>. La característica diferenciadora del derecho, en comparación con la política y también en relación a otras acciones sociales comparables, es la *formalidad* en todas sus manifestaciones particulares. La formalidad conduce a la seguridad jurídica. En su realización última, la exigencia de formalidad es válida también para el derecho consuetudinario, que tiene que encontrar su forma en procedimientos parlamentarios, judiciales o administrativos.

4) *Religión*: el derecho aunque se conciba como derecho divino o natural tiene como referencia inmanentes relaciones mundanas de las personas y de sus acciones. Frente a ello, la religión como práctica de fe, se refiere a un fin trascendente, por ejemplo el fin de la salvación eterna, de la reencarnación, o por lo menos de una eterna paz interior. En este sentido, el rasgo diferenciador del derecho respecto a la religión es su *inmanencia* en relación a la acción, dando por supuesto que la religión y el derecho están separados en la realidad y no unidos como en el derecho judío o islámico.

## 10. CONTRA UN REDUCCIONISMO DE LOS MEDIOS

La moderna teoría del derecho no sólo reduce el concepto de derecho a determinados medios, sino que también defiende su «instrumentalización». Los mismos medios también son reducidos por ejemplo a normas (Kelsen), reglas (Hart) o a reglas y principios (Dworkin). Este reduccionismo se puede calificar de «normativismo». También este

---

<sup>58</sup> Véase KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, cit., 1907: introducción, pp. 219 y ss., 225. En contraposición, no es necesario para el derecho, en sentido filosófico, la posibilidad de coacción psíquica o física (véase WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, 5.<sup>a</sup> ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1985, pp. 17 y ss.); puesto que, por un lado, es imaginable el derecho sin coacción y otras normas con coacción como, por ejemplo, la moral. Por lo demás, una perspectiva sociológica acerca del derecho moderno percibirá esto en realidad como un orden coactivo.

<sup>59</sup> Acerca de la formalidad del derecho, véase, por ejemplo, SUMMERS, Robert, *Form and Function in a Legal System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006. El concepto de formalidad de Summers es, sin embargo, en distintos aspectos más de lo necesario para diferenciar el derecho de la política.

segundo reduccionismo carece de fundamentación. Éste se encuentra relacionado con el primer reduccionismo, el cual busca una comprensión general del derecho sólo con el recurso a los medios. Si se adopta un fin específico del derecho, no hay necesidad de reducir los medios del derecho a un solo tipo, bien sean normas, reglas o principios. Cualquier medio apropiado, necesario y adecuado puede ser escogido para alcanzar el fin. Por tanto, resulta posible aceptar que el derecho pueda utilizar y utilice una pluralidad de medios para llevar a cabo sus fines, no sólo normas, reglas o principios. En este caso, se trata en particular de dos siguientes medios: los *conceptos* y los *institutos*.<sup>60</sup>

El derecho está determinado por conceptos como persona, dignidad humana, vida, acción, libertad, contrato, propiedad, posesión, daños, imprudencia, acto administrativo, etc. Estos conceptos son instrumentos para entender el mundo. Son un medio para distinguir los fenómenos, de modo que las distintas obligaciones puedan quedar establecidas. Los conceptos del derecho no pueden reducirse simplemente a los elementos de las normas. Se plantea la difícil pregunta de qué prima: los conceptos o las normas, reglas y principios<sup>61</sup>. Muchos representantes modernos de la teoría del derecho señalan explícita o implícitamente que los conceptos se determinan por medio de las normas, de las cuales ellos forman parte. Esta imagen es sin embargo demasiado simple. El derecho toma gran cantidad de conceptos naturales y sociales; por ejemplo, conceptos como agua, suelo, aire, cultura, ciencia, familia, sin los cuales no se pueden determinar de manera completa las finalidades jurídicas internas.

Una mayoría de reglas o normas se agrupan para formar un instituto como el del matrimonio o el de la propiedad privada. Estos institutos atienden, de manera más específica, al objetivo general del derecho sirviendo a finalidades concretas como la estabilización y la promoción de la institución social del matrimonio.

## 11. DERECHO Y DERECHO DESARROLLADO

¿Resulta útil una definición de derecho por medio de sus fines y medios, para una mejor comprensión del fenómeno jurídico? De este modo, se pueden distinguir los siguientes tres tipos simples de derecho: el acuerdo categórico formal y mediado, la obligación categórica formal y mediada por medio de una comunidad y la mediación categórica formal por medio del juez. Todas esas formas simples del derecho sirven fundamentalmente a un fin de la mediación entre aspiracio-

---

<sup>60</sup> Nota del traductor: se opta por conservar la distinción entre *Institute e Institutionen* reflejada en el texto, a la hora de traducir ambos términos, conservándose así la influencia savignyana.

<sup>61</sup> Véase Ross, Alf, «Tu-Tu», *Harvard Law Review*, 70, 1956-1957, pp. 812 y ss.

nes posiblemente opuestas y conflictivas<sup>62</sup>. Colman, además, todo (lo que puede aceptar) en relación a sus medios: la categorialidad, la exterioridad, la formalidad y –dado que el derecho y la religión están separados– la inmanencia. Un acuerdo categórico formal media, por ejemplo, entre los intereses de las partes posiblemente opuestos y conflictivos a alcanzar. Comprende, al menos en parte, las obligaciones categóricas, siendo necesariamente externo. Posee una forma como, por ejemplo, en el intercambio de declaraciones de voluntad por libre acuerdo, el apretón de manos, la forma escrita, la presentación de documentos, la participación de testigos, etc. Y él es inmanente, siempre que derecho y religión estén separados.

Estas tres simples formas del derecho, que pueden ser observadas todavía hoy de manera preeminente en el derecho internacional y en el derecho de las sociedades indígenas, se fueron enriqueciendo y estructurando de una manera más compleja a lo largo de la historia humana en varios pasos. Ellas forman, de este modo, el derecho moderno. Los enriquecedores pasos serán aquí esbozados, a fin de que se pueda comprender mejor el concepto de derecho, a pesar de que una descripción y explicación más completa de este proceso contingente ya no sea más tarea de la filosofía del derecho, sino de la historia del derecho y la sociología jurídica.

1	El acuerdo categórico formal.	La obligación categórica formal por medio de una comunidad.	La mediación categórica por medio del juez.
2	El derecho consuetudinario.	Normación categórica formal por medio de una comunidad.	Derecho del precedente.
3		Derecho positivo de una comunidad.	
4		Derecho constitucional de una comunidad.	

Ya en el primer y segundo nivel de desarrollo, estas formas jurídicas requieren de la existencia de una comunidad en sentido débil y amplio: una comunidad de contratantes, una comunidad de partes con el juez u otra comunidad, que obliga y a cuyo miembro está obligado. Además, todas las formas simples del derecho dependerán de las formas jurídicas desarrolladas, y prioritariamente exigentes, en el tercer y cuarto nivel. De este modo, la ley y la Constitución legitiman y regulan el contrato, las obligaciones comunales y la mediación judicial.

<sup>62</sup> En el caso de la obligación formal, esto es aplicable, al menos para el obligado, porque éste se puede negar a obedecer. Él no estará obligado. No obstante, dicha negación no siempre es aplicable a un tercero implicado.

## 12. DERECHO Y MORAL/ÉTICA

¿Cuál es la consecuencia de la definición de derecho aquí propuesta para la controvertida y discutida relación entre derecho y moral/ética? O formulado de manera más específica: ¿están conceptualmente unidos el derecho y la moral/ética y, por ello, resultan necesarios, o están ligados sólo causalmente de manera externa e interna por medio de una decisión incorporada y, por ende, de manera contingente?<sup>63</sup>.

Para un adecuado tratamiento de esta cuestión tiene que diferenciarse entre moral (moral positiva y moral de hecho) y ética (moral crítica y filosofía moral). La moral positiva es para algunos un hecho social que debe ser descubierto. Nosotros podemos describir las normas morales y las conductas morales de ciertas personas en determinadas comunidades; por ejemplo, su veracidad, su benevolencia o las restricciones sociales de su comportamiento sexual. Las normas morales dirigen nuestras acciones en relación a los otros directa y primariamente. La ética no es de manera necesaria un hecho social, sino un producto del intelecto, un ideal con pretensión universal. La ética no dirige nuestra acción de manera inmediata y primaria, sino que justifica y critica las normas primarias de la moral, del derecho, de la religión, de las convenciones, etc.

La relación entre derecho y moral es una relación entre dos hechos sociales. Ésta sólo puede ser causal, así como incorporada, y por ello contingente, porque no es reconocible como lo son conceptualmente los hechos. En este sentido, existe una semejanza en que ambos hechos sociales tienen el mismo fin básico, o sea, el fin de mediar entre aspiraciones posiblemente opuestas y conflictivas. Por tanto, la producción jurídica tiene que perseguir el mismo fin abstracto que la moral. Y el derecho hace bien en tomar en consideración para su realización, a partir de motivos racionales conforme a objetivos, eventuales oposiciones o respaldos de la moral. Pero más allá de esto, no hay necesidad conceptual de que el derecho tenga que orientarse, en cuanto a su contenido, a los valores y obligaciones de la moral.

Esta necesidad sólo puede ser ético-normativa y exige al derecho que concrete su fin y sus medios de modo y manera determinado, a fin de ser un derecho bueno o justo. Esto conduce a la segunda parte de la cuestión: la pregunta acerca de la relación entre derecho y ética. El fin específico de la ética consiste en criticar y justificar hechos normativos como el derecho. Por ello, en este sentido ético-normativo el derecho y la ética están conceptualmente conectados. Esta conexión conceptual es, sin embargo, sólo decisiva para calificar al derecho como bueno o justo, o malo o injusto. El derecho injusto —en el sentido de injusticia, que va más allá que la condición necesaria de mediación

---

<sup>63</sup> ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg, München, Karl Alber, 1992, pp. 15 y ss.

entre aspiraciones posiblemente opuestas y conflictivas— sigue siendo derecho, aunque sólo sea fenoménico-conceptual. Es sólo la ética la que requiere mejorarlo.

La pregunta acerca de si debemos obedecer el derecho injusto es una cuestión secundaria e independiente, pero largamente debatida tanto ética como moralmente. Cada sistema moral puede contestar esta cuestión de manera diferente. En la ética esta pregunta se responde de la siguiente manera: si la injusticia en el derecho supera un determinado umbral, el incumplimiento es éticamente permitido e incluso exigible. El tipo de incumplimiento ético depende entonces de lo fuerte que sea la injusticia. Éste puede ir desde el simple incumplimiento hasta la muerte del tirano, pasando por la desobediencia civil o la resistencia armada<sup>64</sup>.

### 13. CONCLUSIÓN

La perspectiva filosófica conducente a un concepto de derecho abstracto y comprensivo es sólo una entre otras formas de análisis del derecho. Esta perspectiva no puede reivindicar ninguna primacía en relación a su visión del derecho. Por otra parte, la perspectiva filosófica no puede ser sustituida por otras formas de comprensión del derecho como las perspectivas dogmático-jurídica, histórica, sociológica, científico-natural o interno-descriptiva. Dichos intentos en cuanto reduccionistas son *per definitionem* inadecuados, porque pueden comprender el derecho sólo como fenómeno aislado o delimitado pero no como conectado con el resto de posibles fenómenos; como parte del mundo entendido como un todo, tal y como lo intenta la perspectiva filosófica.

¿Tiene valor la perspectiva filosófica acerca del derecho? Sobre esta cuestión, al menos, son posibles tres respuestas: la primera, que toda comprensión de un fenómeno del mundo tiene valor, porque es fundamentalmente mejor comprender el mundo que no comprenderlo, siendo éste incluso el entendimiento más modesto. La segunda, que la distinción entre hechos sociales y acciones humanas diferentes es importante por razones pragmáticas. Es importante saber que desde un punto de vista conceptual la exclusión total o la privación total de derechos humanos a algunas partes de la población no puede ser derecho en absoluto. La tercera, sólo podemos conocer si el derecho es bueno o justo si sabemos exactamente cuál es el fin del derecho. Si el fin del derecho es la mediación entre aspiraciones potencialmente opuestas y conflictivas, y si los medios necesarios del derecho son el pensamiento, el lenguaje, la categorialidad, la exterioridad, la formalidad y —en el caso de la separación entre derecho y religión— la inma-

---

<sup>64</sup> VON DER PFORDTEN, Dietmar, *Rechtsethik*, München, Beck, 2001, pp. 522 y ss.

nencia, entonces el derecho bueno o justo es una mediación buena o justa entre estas aspiraciones opuestas y conflictivas y el empleo bueno y justo de estos medios. El derecho bueno y justo presupone, por tanto, un conocimiento acerca de su concepto; esto es, de sus fines y medios necesarios.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg, München, Karl Alber, 1992.
- AQUINO, Tomás de, *Summa Theologiae*, II-I, Mainz, Peter Schöffer, 1471.  
— *Summa Theologiae*, II-II, Mainz, Peter Schöffer, 1467.
- ARISTÓTELES, *Nikomachische Ethik*, trad. alemana de Franz Dirlmeier, Stuttgart, Reclam, 1980.  
— *Metaphysik*, trad. y ed. alemana de Franz F. Schwarz, Stuttgart, Reclam, 1982.
- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- BENTHAM, Jeremy, *The Principles of Morals and Legislation*, Buffalo, Prometheus Books, 1988.
- BIX, Brian, *Jurisprudence*, 4.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2006.
- CARNAP, Rudolf, *Logical Foundations of Probability*, 2.ª ed., Chicago, University of Chicago Press, 1962.  
— *Der logische Aufbau der Welt*, Hamburg, Meiner, 1998.
- CICERÓN, Marco Tulio, *De Legibus*, Stuttgart, Reclam, 1979.
- DREIER, Ralf, «Der Begriff des Rechts», en Dreier, Ralf (ed.), *Recht-Staat-Vernunft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 95-116.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.  
— *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986.  
— *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.
- FODOR, Jerry, *Concepts. Where Cognitive Science Went Wrong*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- GRICE, Paul, *Studies in the Ways of Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, 2.ª ed. Oxford, Oxford University Press, 1997.
- HECK, Philipp, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1932.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, tomo 7. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1970.
- HOBBS, Thomas, *De Corpore*. Opera Latina, ed. de Wilhelm Molesworth, London, 1839-45, Aalen, Scientia, 1961.  
— *Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.  
— *Elemente der Philosophie*. Primera Parte: *Der Körper*, trad y ed. de Karl Schumann, Hamburg, Meiner, 1997.
- JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, Wien, Manz, 1872.  
— *Der Zweck im Recht*, vol. 1, 3.ª ed., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1893.

- KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*, 2.<sup>a</sup> ed. (1787). Edición de la Academia de Ciencias. Berlin, Reimer, 1904.
- *Metaphysik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, tomo VI. Edición de la Academia de Ciencias, Berlin, Reimer, 1907.
- KANTOROWICZ, Hermann, *Der Begriff des Rechts*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1963.
- KAUFMANN, Arthur, *Rechtsphilosophie*, 2.<sup>a</sup> ed., München, Beck, 1997.
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2.<sup>a</sup> ed., Wien, Deuticke, 1960.
- LLEWELLYN, Karl Nickerson, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago, University of Chicago Press, 1962.
- LOCKE, John, *An Essay Concerning Human Understanding*, New York, Dover Publications, 1959.
- *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- LUHMANN, Niklas, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1990.
- *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993.
- *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2000.
- MACKIE, John Leslie, *The Cement of the Universe: A Study of Causation*, Oxford, Oxford University Press, 1980.
- NAGEL, Thomas, *The View from Nowhere*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- PASSMORE, John, Voz «Philosophy», en Edwards, Paul (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, tomo VI, New York, London, Macmillan, 1967, pp. 216-226.
- PLATÓN, *Laches*, trad. alemana de Friedrich Schleiermacher, 2.<sup>a</sup> ed., tomo 1, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1990.
- *Politeia*, trad. de Friedrich Schleiermacher, 2.<sup>a</sup> ed., tomo 4, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1990.
- PRINZ, Jesse J., *Furnishing the Mind: Concepts and their Perceptual Basis*, Cambridge, MIT Press, 2002.
- QUINE, Willard Van Orman, *Word and Object*, New York, MIT Press, 1960.
- RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie*, ed. de Ralf Dreier y Stanley Paulson, 2.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, Müller, 2003.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon, Oxford, 1979.
- ROSENBERG, Jay, *Philosophieren*, 2.<sup>a</sup> ed., Frankfurt am Main, Klostermann, 1989.
- ROSS, Alf, «Tu-Tu», *Harvard Law Review*, 70, 1956-1957, pp. 812-825.
- *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1959.
- SAVIGNY, Eike von, *Wittgenstein «Philosophische Untersuchungen». Ein Kommentar für Leser*, tomo 1. Frankfurt am Main, Klostermann, 1988.
- SCHOPENHAUER, Arthur, *Die Welt als Wille und Vorstellung. Sämtliche Werke*, tomos 1+2, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1961.
- SEARLE, John, *Intentionality: An Essay in The Philosophy of Mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.
- SEELMANN, Kurt, *Rechtsphilosophie*, 4.<sup>a</sup> ed., München, Beck, 2007.
- SUMMERS, Robert, *Form and Function in a Legal System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- TEUBNER, Günter, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989.
- VON DER PFORDTEN, Dietmar, *Deskription, Evaluation, Präskription: Trialismus und Trifunktionalismus als sprachliche Grundlagen von Ethik und Recht*, Berlin, Duncker und Humblot, 1993.



- VON DER PFORDTEN, Dietmar, «“Thomas Hobbes” Sprachphilosophie und ihre philosophie-historische Bedeutung», *Logos*, 7, 2001, pp. 386-402.  
— *Rechtsethik*, München, Beck, 2001.
- WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, 5.<sup>a</sup> ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1985.
- WEITZ, Morris, *Theories of Concepts: a History of the Major Philosophical Tradition*, London, Routledge, 1988.
- WENNERBERG, Hjalmar, «The Concept of Family Resemblance in Wittgenstein's Later Philosophy», en *Theoria*, 33, 1967, pp. 107-132.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1977.  
— *Tractatus logico-philosophicus*, 2.<sup>a</sup> ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995.

Fecha de recepción: 31/03/2016. Fecha de aceptación: 31/10/2016.