

Sobre el concepto de derecho.
Reflexiones con motivo de una propuesta en torno
a fines y medios en el derecho

*On the Concept of Law.
Reflections on a Proposal of Aims and Means in Law*

Por JOSÉ ANTONIO SANTOS
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

En este artículo se realizan algunos comentarios, a modo de debate, a la traducción al artículo «¿Qué es el derecho? Fines y medios» de Dietmar Von der Pfordten, a fin de señalar determinadas virtudes, limitaciones e insuficiencias acerca de su comprensión del concepto de derecho. A continuación, se incluye una extensa respuesta del autor a mis comentarios con el objetivo de favorecer un fructífero debate.

Palabras clave: *concepto del derecho, fines y medios, individualismo normativo, método.*

ABSTRACT

In this paper, it makes some reflections on the translation to the article «Was ist Recht? Ziele und Mitte» of Dietmar Von der Pfordten's article, in order to point out certain virtues, limitations and inadequacies about his

understanding of the concept of law. The following is a response by the author to my comments, in order to favor a fruitful debate on this issue.

Key words: concept of law, aims and means, normative individualism, method.

SUMARIO: 1. SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO. REFLEXIONES CON MOTIVO DE UNA PROPUESTA EN TORNO A FINES Y MEDIOS EN EL DERECHO. 2. RESPUESTA A LOS COMENTARIOS DE JOSÉ ANTONIO SANTOS.

SUMMARY: 1. ON THE CONCEPT OF LAW. REFLECTIONS ON A PROPOSAL OF AIMS AND MEANS IN LAW. 2. RESPONSE TO COMMENTS MADE BY JOSÉ ANTONIO SANTOS.

A lo largo de la historia del pensamiento jurídico-filosófico, los fines y los medios en el derecho han sido una cuestión de interés en la filosofía del derecho y, en general, en la historia de la filosofía. Una preocupación de tal calado sirve de justificación para establecer una discusión, a modo de debate, con el trabajo de Dietmar Von der Pfordten *¿Qué es el derecho? Fines y medios*, publicado en *JuristenZeitung* y que ahora ve la luz su traducción. Bien es cierto, que este tipo de debates siempre presentan un punto de parcialidad por el hecho de que las reflexiones realizadas encierran un trasfondo de crítica y descuerdo constructivos más que de alabanza y acuerdo frente a una postura teórica. Es sensato afirmar que, a pesar de partir de presupuestos teóricos diferentes respecto del texto comentado, se muestran unos planteamientos sugestivos y profundos que bien merecen estas líneas.

Su artículo abre con una tesis en sentido fuerte según la cual el derecho sólo puede ser comprendido por medio de sus fines y medios, siendo el fin del derecho la mediación entre intereses potencialmente opuestos y conflictivos¹ cuyos medios necesarios son el pensamiento, el lenguaje, la categorialidad, la exterioridad, la formalidad y la inmanencia. El interés radica en exponer una propuesta sobre qué es el fenómeno jurídico, realizada desde la profundidad, la claridad y con determinados aspectos omnicomprendivos. Como es obvio, esta tarea resulta imposible abordarla de manera completa en un artículo; por ello, es posible enmarcarlo dentro de una obra mayor como es su *Rechtsethik*². En toda aproximación al concepto de dere-

¹ VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Was ist Recht? Ziele und Mittel», en *Juristen-Zeitung*, 13, 2008, p. 641. También, pp. 648-652.

² VON DER PFORDTEN, Dietmar: *Rechtsethik*, 1.ª ed., München, Beck, 2001, 575 pp. La segunda edición, publicada en la misma editorial, data del 2011, 603 pp.

cho cuya pretensión sea abarcadora y universalista siempre existe el interés y casi el deber de hacer hincapié en la cuestión metodológica, es decir, en el método. La preocupación por el método es una idea que resulta posible compartir aunque no en toda su extensión, teniendo en cuenta que a veces lo que los juristas hacen no es estrictamente seguir un método, si acaso tan solo unas pautas metodológicas. Póngase por caso lo que puede hacer un abogado defensor al preparar una vista oral, o un magistrado constitucional al realizar un voto particular a una sentencia. Hablar de un método es algo más serio y estructurado –aunque con menor repercusión práctica– que aquello que hacen muchos profesionales del derecho, casi por inercia, siendo en el debate de profesores donde con más rigor se toma en cuenta la elaboración de un método. Muchas veces a los profesores de derecho les gustaría que el resto de profesionales jurídicos fueran más «sistematizadores», es decir, más claros y racionales en sus juicios de valor.

En líneas generales, Von der Pfordten presenta una teoría que sirva de punto de partida para ayudar a desgranar complejos problemas de la cultura jurídica contemporánea, pero enfocada desde una perspectiva distinta a la del mero técnico del derecho. De ahí que afirme que, a pesar de la relevante información que aporta la dogmática jurídica, «materias básicas tales como la historia del derecho y la filosofía del derecho son esenciales para la expansión del horizonte»³. Para tal propósito, él utiliza un método filosófico, que no es explicativo ni especulativo, como forma de comprender el fenómeno jurídico que llamamos derecho. Así, entiende metodológicamente la filosofía del derecho como parte de la filosofía y el derecho como fenómeno que forma parte de una concepción más general y abarcadora⁴. En este sentido, «dicho método aspira a presentar una materia determinada como formando parte de una filosofía global del mundo y de la vida, como un aspecto inserto en una *Weltanschauung*»⁵. Detrás de complejas disquisiciones, se encuentra una concepción del hombre y, sobre todo, del mundo. Una *Weltanschauung* que se traduce en una perspectiva

³ VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Was ist und wozu Rechtsphilosophie heute?», en *JuristenZeitung*, 13, 2004, p. 164.

⁴ En este trabajo no resulta clara la influencia de los que se podrían llamar *grosso modo* sus maestros: Arthur Kaufmann, en el campo del derecho, y, Julian Nida-Rümelin en el de la filosofía, quizá en buena medida por su formación autodidacta y el deseo de seguir su propio camino. Al igual que Arthur Kaufmann, von der Pfordten también postula una vía ecléctica superadora de las posturas positivistas y iusnaturalistas, aunque no lo mencione expresamente. Sin embargo, los *a priori* difieren. El primero parte de una vía intermedia que se apoya en la hermenéutica para la superación de ambas doctrinas, pero poniendo el acento en el iusnaturalismo; en cambio, él se centra en el individualismo normativo con una clara inspiración analítica en sentido amplio.

⁵ ROBLES, Gregorio: *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. Volumen II. *Teoría de la Dogmática y del Método jurídico*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2015, p. 373.

propia y original que este autor ha dado en llamar individualismo normativo y sobre el cual gira buena parte de su pensamiento jurídico-filosófico⁶.

Su extenso artículo, puesto en relación con el conjunto de su obra jurídico-filosófica, forma parte de una filosofía general del derecho trazada desde la perspectiva de la razón teórica y no de la razón práctica. Así, von der Pfordten parte de la idea de que la visión filosófica no se apoya forma necesaria «en una realidad ideal o trascendente, dado que es cuestionable si existe tal realidad», como ya hiciera Platón o Aristóteles. Piensa que semejante visión «no puede ser, por tanto, condición necesaria para un concepto general de filosofía». Su postura queda patente al señalar que «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». Así «el *fin del conocimiento* de la filosofía depende de su objeto», entendiéndolo éste como «la conexión de todos los objetos entre sí», por lo que «su fin sólo puede ser una *visión comprensiva* de esta conexión»⁷. En este punto, intenta mostrar una perspectiva amplia del conocimiento filosófico, pero a la vez deja fuera cualquier visión especulativa acerca de la filosofía y, por ende, del derecho. El derecho como una realidad ideal en la que jugase algún tipo de papel la justicia material⁸ para el conocimiento y determinación del derecho. Una referencia indirecta aparece al declarar von der Pfordten la insuficiencia de la fórmula de Radbruch por el hecho de negar validez a la norma jurídica, cuando la contradicción con la justicia sea «insuportable», al igual que su propia naturaleza jurídica misma. En cierta medida, sí piensa que es preciso «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»⁹. Así, su relación entre derecho y moral es contingente, al entenderse de manera causal como moral incorporada no reconocible de la misma manera que la conexión existente entre dos hechos sociales.

⁶ La tesis central de este individualismo ético-jurídico, en la línea de Hobbes, Locke, Mill, Kant, Humboldt, Rawls, entre otros, dice así: «Todas las decisiones políticas y jurídicas encuentran exclusivamente su fundamentación última en referencia a las respectivas decisiones de los *individuos* afectados», VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Normativer Individualismus und das Recht», en *JuristenZeitung*, 22, 2005, p. 1069. De forma un tanto provocadora escribe: «La única justificación immanentista del poder político y jurídico puede ser entonces el individualismo normativo», «Normativer Individualismus und das Recht», cit., p. 1079.

⁷ VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Was ist Recht?», cit., p. 642.

⁸ Podría entenderse como un marco de coordenadas jurídicas preconcebidas que se plasman en un conjunto de exigencias ético-materiales que sirven de freno a los actos, acciones y, en ocasiones, omisiones de los particulares y de los poderes públicos que vulneren el Estado constitucional.

⁹ VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Was ist Recht?», cit., p. 650.

Si uno se traslada al intenso debate alemán de la segunda mitad del siglo pasado, en el que se presentaban diferentes vías superadoras del positivismo jurídico y del iusnaturalismo, es fácilmente detectable que, en el fondo, Von der Pfordten es heredero de aquella vieja polémica y la pone indirectamente en práctica en su trabajo como horizonte a superar, aunque en un contexto como el actual en el que las etiquetas cada vez importan menos. Partiendo de la base de que las investigaciones jurídico-filosóficas intentan comprender objetos particulares como el derecho, este autor toma distancia, por un lado, frente a enfoques positivistas como las expuestas en la teoría pura del derecho de Kelsen o en la teoría del derecho hartiana, al considerar que el método de la filosofía no debe circunscribirse sólo a las descripciones. Respecto a ello, quizá hubiera sido positivo prestar atención no sólo al segundo Wittgenstein, sino también al primero.

Desde su óptica comprensiva, los conceptos podrían entenderse como «unidades lingüísticas». Se muestran, según él, «como el mejor medio para la obtención de una visión comprensiva de los objetos particulares y sus conexiones»¹⁰. De manera más abarcadora que los postulados de cierto tipo de filosofía analítica, establece que «todo filosofar en relación a su objeto debe ir más allá del mero análisis del lenguaje y de la argumentación carente de sentido»¹¹. No aborda el derecho como hecho normativo aislado a la manera de Kelsen en su exposición de su teoría sobre la norma, sino como fenómeno amplio para ayudar a comprender el mundo que nos rodea. Considera que muchas delimitaciones de este tipo resultan insuficientes para comprender el derecho en toda su dimensión. Este planteamiento puede entrar en conflicto, en cierta medida, con su idea de esbozar un conocimiento del derecho lo más claro posible y delimitado por el conocimiento de ciertos fines y medios expuestos de manera analítica.

Por otro, recela de las propuestas iusnaturalistas o similares por su carácter, en mayor o menor grado, (post)metafísico, abstracto y confuso. Von der Pfordten piensa en la crítica de la razón pura de Kant para ejercer disconformidad frente a planteamientos sustancialistas o esencialistas acerca del derecho. Así señala: «[N]o 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». Es cierto que se pueden encontrar argumentos sólidos, desde una óptica inmanentista, para rechazar la metafísica desde la

¹⁰ VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Was ist Recht?», cit., p. 643. Es cierto que hace referencia a Hobbes, Wittgenstein y Quine como representantes de esta perspectiva, aunque sorprende que no haya una remisión a Nelson Goodman.

¹¹ VON DER PFORDTEN, Dietmar: *Suche nach Einsicht. Über Aufgabe und Wert der Philosophie*, Hamburg, Felix Meiner, 2010, p. 7.

filosofía kantiana. Su crítica continua: «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»¹². El autor quizá solventa de manera simplista su rechazo implícito tanto a cualquier análisis deliberadamente metafísico como a uno de tipo lógico-jurídico. Esto puede observarse cuando hace referencia a los medios necesarios del derecho, separándolo conceptualmente de las convenciones, la política, la moral y la religión. En este punto, interesan particularmente los dos últimos y su relación con la exterioridad y la inmanencia, respectivamente. Por una parte, el derecho se diferencia de la moral, según este autor, «por medio de la *exterioridad* de todas sus manifestaciones individuales»¹³, aunque es posible afirmar que en no pocas ocasiones se declaran ilícitas ciertas conductas contrarias a la orden público, a la moral o a las buenas costumbres como señala el artículo 1133 Código Civil francés¹⁴, el cual serviría de inspiración a otros textos del ámbito europeo. Su delimitación se realiza sobre el ámbito interno de esas conductas, aunque no sea de forma exclusiva. Esto supone el reconocimiento de valores o principios de la esfera interna del individuo tales como la dignidad, el honor o la moralidad como límites a las actuaciones de los particulares.

Por otra, cuando él se refiere a la característica distintiva del derecho sobre la religión destaca «su *inmanencia* en su relación a la acción»¹⁵. Es obvio que existe una separación conceptual clara entre ambos, toda vez que no se puede pensar en un derecho divino aplicable a todos, dado que su fin no sería asumible por los no creyentes e, incluso, existirían diferencias en cuanto al derecho divino suscrito por diferentes confesiones. En este sentido, podría ser interesante buscar un camino transitable para superar el fanatismo religioso y el racionalismo exagerado, a la vez que abordar el fenómeno religioso y el insoslayable racionalismo con la debida naturalidad y como necesarios en el debate público. Quizá puede encontrarse en una especie de «inmanente trascendencia»¹⁶, que sirva para entender el proceso de secularización cultural y social como un doble proceso de aprendizaje, que inste tanto a las tradiciones de la Ilustración como a las

¹² VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Was ist Recht?», cit., p. 643.

¹³ VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Was ist Recht?», cit., p. 650.

¹⁴ Dice así: «La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public».

¹⁵ VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Was ist Recht?», cit., p. 650.

¹⁶ Véase SCHMIDT, Thomas M.: «Immanente Transzendenz und der Sinn des Unbedingten. Zur Bestimmung des Verhältnisses von Religion und Philosophie bei Jürgen Habermas», en LINUS, Hauser y NORDHOFEN, Eckhard: *Im Netz der Begriffe. Religionsphilosophische Analysen*, Oros, Altenberge, 1994, pp. 78-96.

doctrinas religiosas a reflexionar sobre sus respectivos límites¹⁷. Tal es así que cobra sentido –como dice Habermas– una «intersubjetividad lingüística» que tenga en cuenta el «legado del cristianismo helenizado»¹⁸.

A pesar del eclecticismo que desprende el análisis del concepto de derecho por parte de von der Pfordten, resulta patente la influencia hobbesiana en el análisis del fin de la autoconservación como «específico y uniforme para el derecho y la política», aunque no asuma todo lo que conlleva ese término. Tal es así, que recela del hecho de que Hobbes sitúe «el medio de la *orden* en el centro para la determinación del derecho»¹⁹. A la vista de su planteamiento, cabe pensar que no comparte la visión radical de un modelo hobbesiano descarnado, poco sensible a un tratamiento mínimamente positivo del individuo en relación con la colectividad. En el fondo, su individualismo normativo presenta influencia de la versión más conciliadora del individualismo de Hobbes. Es latente la idea de autoconservación hobbesiana como fin, pero lejos de situar la orden del soberano en una posición privilegiada en la determinación del derecho, tal y como haría un conocido hobbesiano: Kelsen. Von der Pfordten, sin embargo, no suscribiría una concepción individualista, en sentido fuerte, en la que la sociedad se entendiera como un conjunto de individuos aislados. Cabe pensar que su postura no implica ningún tipo de egoísmo ético, cuestión distinta es ver el papel que realmente jugarían los intereses comunes o algún tipo de solidaridad implícita en su comprensión del concepto de derecho. Tampoco parece abrazar el relativismo ético, pero no explicita claramente si valdría algún tipo de cognitivismo ético en dicha concepción.

Él considera plausible la idea del derecho como una práctica intencional provista de sentido y, con ello, interpretativa en el sentido dworkiniano. Una lectura de Dworkin un tanto selectiva al dejar sin analizar el papel de los participantes en el derecho en relación con la práctica de los tribunales, así como el posible interés de las teorías hermenéuticas y de la argumentación en la construcción de un concepto del derecho²⁰. Una práctica social interpretativa, circunscrita a un ámbito formal, es utilizada por el autor alemán para exponer su método realizado, sistemáticamente, a través de los fines y medios. Igualmente, se detecta que en esa conexión deja de lado la relación del

¹⁷ HABERMAS, Jürgen: «Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates?», en HABERMAS, Jürgen y RATZINGER, Joseph: *Dialektik der Säkularisierung. Über Vernunft und Religion* (2005). Con prólogo de Florian Schuller, 8.ª ed., Herder, Freiburg, Basel, Wien, 2011, pp. 17 y 36.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen: «Exkurs: Transzendenz von innen, Transzendenz ins Diesseits», en *Texte und Kontexte* (1991), 2.ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, pp. 127-156 (156).

¹⁹ VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Was ist Recht?», cit., p. 646.

²⁰ En última instancia, la Constitución o el Código Civil van a decir lo que quiera el Tribunal Constitucional o el Supremo que se diga, respectivamente.

concepto del derecho con aspectos no menos relevantes en la actualidad como es el papel de la verdad procesal y de la material o el de la verdad práctica y la entendida como correspondencia.

Como ya se avanzó en parte al principio, es pertinente considerar –a pesar de las críticas vertidas– la plausibilidad y el interés de una concepción del derecho y una personalidad como la de Von der Pfordten que favorece la discusión y que no elude el diálogo, a la vez que muestra aspectos sugestivos y perfeccionados de una original filosofía del derecho.