

## Respuesta a los comentarios de José Antonio Santos\*

### *Response to Comments Made by José Antonio Santos*

DIETMAR VON DER PFORDTEN

Universidad de Gotinga, Alemania

El profesor José Antonio Santos ha realizado muchos comentarios muy importantes y sagaces a mi artículo, por lo que quiero expresar desde aquí un agradecimiento muy sincero. Debido al espacio limitado del que dispongo, sólo puedo hablar brevemente de algunos aspectos de las cuestiones por él planteadas: la pregunta acerca de «¿qué es el derecho?» no es realmente una cuestión jurídico-dogmática como la formulación de la pregunta ¿debe indemnizar por daños el señor X a la señora Y en el caso de un accidente de tráfico? Más bien, se pregunta por las propiedades del derecho necesarias y, con ello, constantes a lo largo de todos los tiempos y culturas. El conocimiento de estas propiedades necesarias sirve, en primer lugar, a la realización del fenómeno social que es el derecho y, en segundo lugar, a la distinción del derecho frente a otros fenómenos sociales tales como la moral, la política, la religión y las convenciones. Por lo tanto, se trata de una pregunta de filosofía del derecho y, con ello, una cuestión que forma parte de la filosofía general. Por eso, sólo se puede entender la pregunta «¿qué es el derecho?» en toda su profundidad y en todas sus dimensiones, y no meramente de modo superficial, cuando se explica la tarea de la filosofía: su cometido consiste en buscar un marco para todo nuestro conocimiento y todo nuestro saber sobre las ciencias particulares y de la vida cotidiana<sup>1</sup>. Para este propósito, ella investiga los

---

\* Traducción de José Antonio Santos Arnaiz (Universidad Rey Juan Carlos).

<sup>1</sup> VON DER PFORDTEN, Dietmar, *Suche nach Einsicht*, Hamburg, Meiner, 2010.

conceptos más abstractos y trata de ponerlos en relación los unos con los otros. La tradición filosófica en su conjunto ha entendido estos términos, ya sea como formas objetivas (el realismo conceptual externo de Platón) o, al menos, entendidos como determinados medios necesarios de nuestro pensar por medio de la cosa (el realismo conceptual interno y el conceptualismo). Kant se refiere a los filósofos como «investigadores de los conceptos». En este sentido, mi teoría vuelve al método básico para semejante método sofisticado del conceptualismo o del análisis conceptual. Los conceptos son medios mentales del conocimiento del mundo. Ellos no son meras palabras o partes del lenguaje como adoptase el nominalismo reduccionista en la tradición del nominalismo hobbesiano de Wittgenstein a Hart y en el llamado «linguistic turn» del empirismo lógico de la filosofía analítica. La cuestión de «¿qué es el derecho?» busca, por tanto, el lugar que ocupa el concepto del derecho en nuestro sistema conceptual común desarrollado a lo largo de mil de años. A este respecto, mi método filosófico difiere fundamentalmente de la reducción de la filosofía del lenguaje tanto del primer como del segundo Wittgenstein.

El derecho no es un fenómeno natural como lo es, por ejemplo, un planeta o una montaña, sino que es un fenómeno social que surgió como parte de la cultura humana, probablemente, hacía unos 5000 a 10000 años, por vez primera en las comunidades asiáticas de Occidente. En origen aquí no estaban separadas la moral, la política, la religión, las convenciones y el derecho. Esto puede observar en el relato bíblico de cómo Moisés llevaba las Tablas de la Ley de Dios al Monte Sinaí para los hijos de Israel. Aquí las convenciones de la vida cotidiana se yuxtaponen con reglas abstractas, que al mismo tiempo eran religiosas, morales, políticas y jurídicas. Esto cambió levemente en la Antigua Grecia en atención al concepto de *nomos* al diferenciarse del de *ethos*. En un primer momento, el pensamiento latino estaba claramente separado entre «ius», «mos», «religio» y «usus/consuetudo». Teniendo en cuenta este proceso de diferenciación histórico-cultural habrá de preguntarse acerca de la comprensión del concepto del derecho y, con ello, del derecho mismo, y responder a la pregunta de ¿qué tienen entonces todos estos fenómenos sociales en común? Lo común a todos ellos radica en que son, al menos, también fines de la mediación, pudiendo ser aspiraciones posibles, contradictorias y conflictivas. Con ello, se ha encontrado la primera propiedad necesaria del derecho y, por ende, del concepto de orden superior para su determinación conceptual, siendo contestada también la cuestión acerca de la idealidad del derecho. El ideal o fin del derecho, que aquí se formula, es sólo una precisión del ideal, que los antiguos vieron en el «*sum cuique*», Kant en el fin de la mediación «del arbitrio de uno con el arbitrio de otro, según una ley general de libertad» y Radbruch en la «*idea jurídica de la justicia*». La primera parte de la comprensión propuesta sobre el derecho se sitúa, por tanto, en la tradición idealista de carácter intencional de la filosofía del derecho. Por eso, se rechaza

implícitamente la reducción positivista del concepto del derecho a partir de meros medios como las normas, las reglas o los principios (en sentido reduccionista), o sea, las eruditas reiteraciones de Kelsen, Hart, Raz y, en cierto modo, también de Dworkin. El derecho sólo se puede entender como fenómeno social en atención a su ideal o fin, porque los meros medios mencionados de las normas, reglas y principios son utilizados de forma totalmente fungible y arbitraria. El análisis del derecho aquí mostrado no es, por lo tanto, positivista reduccionista y permanece así en la tradición de Radbruch y Arthur Kaufmann. Se debe evitar, sin embargo, el término muy vago y fuertemente determinado a nivel histórico de «derecho natural», porque el concepto de naturaleza es uno de los más difíciles y ambiguos de todos nuestros conceptos.

Allá donde se quieran llevar a cabo conceptos como Dios o los ideales humanos es preciso un medio. El proceso de la histórica diferenciación entre las convenciones, la moral, la política, la religión y el derecho muestra claramente una distinción en función de los medios empleados para este propósito de la mediación. El derecho muestra las propiedades de la categorialidad, externalidad, formalidad e inmanencia en orden a una diferenciación adicional. Sería interesante escribir una historia cultural del derecho e investigar cuándo se alcanzan las individuales etapas de distinción del derecho. El derecho judío de las Tablas de la Ley de Dios al Monte Sinaí fue ya categórica y externamente algo más que convenciones y moral. Todavía, sin embargo, aquél no estaba separado de la política y de la religión. Lo mismo se puede decir del derecho griego. Sólo el derecho romano se separó, al menos, en sus etapas tardías de la política y la religión. Tal vez la causa fue la diversidad religiosa y política del Imperio Romano. Sólo así pudo éste integrar muchas religiones y regímenes políticos. Ya el derecho romano era, en principio, política y religiosamente neutral, y de este modo se propone, al menos, un medio contra en el fanatismo religioso y la intolerancia.

Una cuestión muy interesante e importante de Santos se centra en la referencia muy frecuente del derecho a las normas morales, como en el caso del artículo 1133 del Código Civil francés. En los párrafos 138 y 242 del Código Civil alemán y en el apartado 1 del artículo de la Ley Fundamental existe una referencia similar. Se tienen que entender estas normas de referencia aisladas en el contexto de las costumbres vigentes –así lo pienso– como reacción a la separación del derecho positivo respecto de la moral, las convenciones y la religión. Existe una norma de conflicto allí donde pueden producirse contradicciones en las disposiciones concretas entre estos fenómenos sociales; por tanto, se establece un tipo de meta-regla por medio del derecho. De esta manera, el derecho no es a la moral ni se ordena a la conciencia interna, sino que se vincula necesariamente sólo a la parte externa de la moral; es decir, a las normas morales socialmente eficaces. La

externalidad del derecho no produce pues semejante referencia a las disposiciones objetivas de la moral.

Los intereses comunes o la solidaridad implícita que, para Santos no son claramente reconocibles en mi concepto del derecho, permanecen por una parte en el hecho de que todo derecho sólo puede tener lugar en forma de comunidades. Esto es, de la comunidad de las partes contratantes, de la comunidad de aquellos que se someten a un juez, o de la comunidad política. Por otra, el fin necesario de la mediación entre las aspiraciones contradictorias requiere, por supuesto, de un fin común o una solidaridad colectiva; a saber, la prevención pacífica consensuada –situada en un metaplano– de un conflicto continuo. El derecho reside, por consiguiente, en el lugar del mero poder, la violencia, el crimen y la tiranía. Sustituye a esos fenómenos sociales no mediados. El derecho, sin embargo, viene a ser diferente de la política o de otra acción colectiva no empleándose en total concordancia con dudosos intereses. Si los intereses de todos los afectados coinciden plenamente ahora y en el futuro, pues no pueden ser opuestos, entonces no es necesario ningún derecho, sino sólo una puesta en común o coordinación de estos intereses comunes y coincidentes.

Otra muy buena cuestión, planteada por Santos, radica en cuál es la relación de mi concepción con la hermenéutica: se debe aclarar, que se sostienen dos cosas muy diferentes en torno a la hermenéutica. Por una parte, acerca de una cuestión general metodológica, de hace miles de años, en torno a cómo son comprendidos e interpretados el pensamiento y el habla humanos y divinos. Por otra, sobre una corriente filosófica o método, que después de las primeras aproximaciones de Rickert y Heidegger y, sobre todo, a través de «Verdad y método» de Gadamer, publicada en 1960, se hizo popular durante algunas décadas y, posteriormente, también se pudo ver durante algunos años en la filosofía del derecho como por ejemplo en autores como Arthur Kaufmann. La primera, referida a la cuestión general metodológica, que no sólo afecta a la comprensión del derecho, sino también a las ideas y expresiones religiosas y artísticas. En este caso, la comprensión implica la aceptación del sentido en el pensamiento y en el habla. En la medida en que se representa aquí el fin necesario o el sentido del derecho como mediación de aspiraciones opuestas, a la manera de una hermenéutica fundada racionalmente de las manifestaciones jurídicas. Uno tiene que preguntarse en cada interpretación, cómo la norma jurídica concreta determina el sentido de la mediación necesaria del derecho. Si se quiere aplicar, por ejemplo, una norma civil de indemnización por daños, la interpretación hermenéutica debe averiguar cómo media la norma concreta en relación con el resto de normas entre los intereses del perjudicado y el autor del daño, exigiendo la culpa del causante del daño por algunos riesgos (responsabilidad por culpa) y por otros no (responsabilidad objetiva). Un concepto jurídico positivista se muestra en desacuerdo con la dimensión de sentido o la dimensión finalística del derecho, incluso con cualquier perspectiva

hermenéutica de carácter general. Un positivista sólo puede preguntarse por lo que el legislador histórico realmente quiso. Las consideraciones anteriores acerca del método de la filosofía ya han dejado claro que mi comprensión de la filosofía es de tipo sistemático-objetiva. La filosofía tiene una tarea sistemática y objetiva. En este caso, puede ayudar la comprensión de los textos filosóficos. El método de la filosofía no puede reducirse a semejante entendimiento. A este respecto, la comprensión del método de la filosofía que aquí presento difiere, fundamentalmente, de aquella de Gadamer o de la hermenéutica jurídica, en el sentido mencionado anteriormente.

Agradezco mucho a José Antonio Santos por las muy buenas cuestiones planteadas, que me han dado la oportunidad de una reflexión más profunda acerca de mi análisis del derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- HABERMAS, Jürgen, «Exkurs: Transzendenz von innen, Transzendenz ins Diesseits», en *Texte und Kontexte* (1991), 2.ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, pp. 127-156.
- «Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates?», en HABERMAS, Jürgen y RATZINGER, Joseph, *Dialektik der Sekularisierung. Über Vernunft und Religion* (2005). Con prólogo de Florian Schuller, 8.ª ed., Freiburg, Basel, Wien, Herder, 2011, pp. 15-37.
- 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.
- SANTOS, José Antonio, *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra*. Prólogo de Winfried Hassemer, Granada, Comares, 2008.
- 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*, Altenberge, Oros, 1994, pp. 78-96.
- VON DER PFORDTEN, Dietmar, «Was ist und wozu Rechtsphilosophie heute?», en *JuristenZeitung*, 13, 2004, pp. 157-166.
- «Normativer Individualismus und das Recht», en *JuristenZeitung*, 22, 2005, pp. 1069-1080.
- «Was ist Recht? Ziele und Mittel», en *JuristenZeitung*, 13, 2008, pp. 641-652.
- *Suche nach Einsicht. Über Aufgabe und Wert der Philosophie*, Hamburg, Meiner, 2010.
- *Rechtsethik*, 2.ª ed., München, Beck, 2011.

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