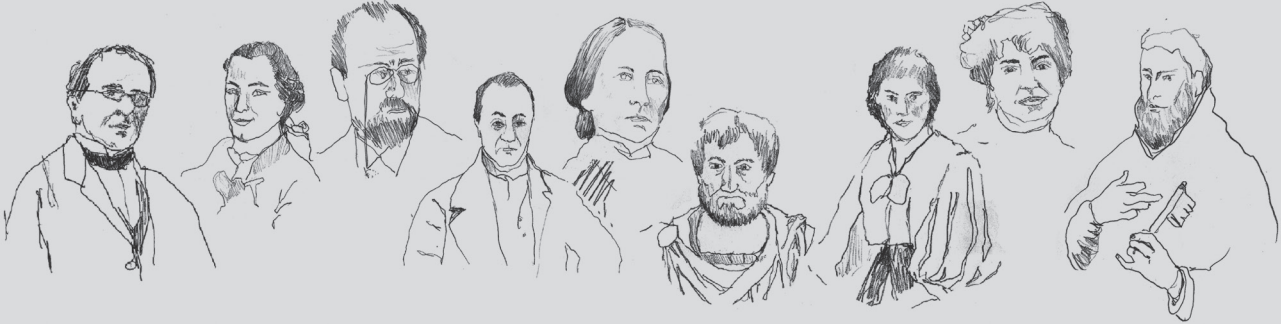


FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA



El presente de la Filosofía del Derecho

Milagros Otero Parga
Catedrática de Filosofía del Derecho

REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

TÍTULOS PUBLICADOS

- Los defensores del pueblo en España**, *Fernando Luis de Andrés Alonso* (2017).
- Argumentación jurídica y ética de la virtud**, *Tasia Aránguez Sánchez* (2018).
- Administración pública y menores de edad: El sistema de protección a la luz de los informes de los defensores del pueblo**, *Beatriz González Moreno* (2018).
- Ius cogens*. La actualidad de un tópico jurídico clásico**, *Joaquín R. Argés* (2019).
- Menéndez Pelayo en el pensamiento jurídico contemporáneo**, *José Alberto Vallejo del Campo* (2019).
- El olvido de los derechos de la infancia en la violencia de género**, *Paula Reyes Cano* (2019).
- El presente de la Filosofía del Derecho**, *Milagros Otero Parga* (2020).

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Directora: MILAGROS OTERO PARGA

Catedrática de Filosofía del Derecho

**EL PRESENTE
DE LA
FILOSOFÍA DEL DERECHO**

Milagros Otero Parga

Catedrática de Filosofía del Derecho

Universidad de Santiago de Compostela

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2020

© Milagros Otero Parga
© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2020)
ISBN: 978-84-290-2196-7
Depósito Legal: M-2047-2020
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Estilo Estugraf Impresores

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

A FRANCISCO PUY MUÑOZ

PRESENTACIÓN

Al evocar la figura señera y la indiscutible personalidad de Milagros Otero, producto de una actividad profesional, desarrollada de una manera consciente y mediante una inversión de tiempo, que la sociedad le debe agradecer sin ambages, resulta obligado mencionar, el profesionalismo de la gentil catedrática de la prestigiada Universidad de Santiago de Compostela, de la que por cierto ha sido la primera Decana mujer, que ha ocupado tan dignísimo cargo, evidenciado, desde su carisma personal y la actitud ejemplar con la que ha sabido siempre defender los derechos elementales del hombre, en una sociedad de criterios inestables, la valía cultural y social de sus actuaciones profesionales.

Ahora nos regala con su pluma un espléndido, completo y valioso panorama de la Filosofía del Derecho, incorporándolo como pieza fundamental, si se me permite el término, de la literatura científica, de la vida y la cultura jurídica donde brillan, como estrellas, los nombres de sus principales temas protagónicos.

Su extensa labor editorial ha tenido, por fortuna, un muy amplio reconocimiento en México y en España principalmente; y, su voz, como sabemos se ha dejado escuchar en los más prestigiados espacios de educación superior: las universidades de Buenos Aires, Santiago de Chile, Sao Paulo, Montevideo, Quito, han sido receptoras de sus palabras; y, en México lo han sido la Universidad Autónoma del Estado de México, la Iberoamericana, la Panamericana, la Anáhuac, la Intercontinental, el Tecnológico de Monterrey, la Autónoma de Puebla y la Universidad Judicial de Durango.

Su presencia ha sido fundamental en procesos de profesionalización, especialización y capacitación en prestigiadas instituciones públicas mexicanas, como la Comisión de Derechos Humanos y la Escuela Judicial del Estado de México, subrayando que en ésta última le fue otorgada la distinción académica: "Magister Honoris Causa".

Por todo ello, la publicación que ahora surge enriquece el acervo de la cultura jurídica universitaria, constituye una de las más importantes expresiones de la Filosofía del Derecho; y, como la autora lo señala, abona al conocimiento e interpretación del Pensamiento Jurídico en la actualidad.

M. en D. Marco Antonio Morales Gómez
Rector de la Universidad Autónoma del Estado de México
Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Estado México
Consejero de la Judicatura del Estado de México

INTRODUCCIÓN

El presente de la Filosofía del Derecho es un libro concebido para mostrar la vitalidad actual de la Filosofía Jurídica. No se trata de establecer rankings de popularidad, a los que he renunciado hace mucho. No se trata tampoco de defender la primacía de la Filosofía del Derecho sobre otras formas de entender la experiencia jurídica. Ni mucho menos de mostrar una Filosofía del Derecho cerrada y apodíctica que no permita opinión en contra.

Muy al contrario. Este libro está escrito en la madurez de su autora y por lo mismo quiere huir de cualquier extremismo más propio de la juventud. No busco una sola respuesta correcta para las preguntas que aquí se formulan, ni para las posiciones que en este libro se defienden. Muy al contrario, simplemente ofrezco mi punto de vista personal, que sin duda puede ser rebatido, pero como tantas veces digo a lo largo de estas páginas, es tan válido como cualquier otro.

Los temas elegidos forman parte de algunos de los más debatidos dentro de la Filosofía del Derecho actual, y me atrevería a decir que de la de todos los tiempos.

Comienza el libro preguntándose por el “ser” de la Filosofía del Derecho. En respuesta a esta pregunta sugiero que la Filosofía del Derecho es un arte, pues participa del arte de la Jurisprudencia. Su contribución genérica al Derecho se centra en el análisis del mismo en su esencia, atendiendo no sólo al Derecho que “es” sino también al que “debe ser”. Entiendo que para alcanzar su conocimiento este arte se vale de tres tipos de investigaciones, la fenomenológica, la axiológica y la histórico sociológica.

Una vez aclarado qué es la Filosofía del Derecho, el libro avanza hacia el esclarecimiento de la idea en sí de Derecho, pues ésta es precisamente la principal ocupación de la Filosofía Jurídica.

Los capítulos 3, 4 y 5 estudian el pensamiento jurídico en el tiempo. Llegados a este punto, me dí cuenta de que tenía que acotar mucho más el espacio y el tiempo, pues de otro modo, el resultado de mi trabajo sería un libro de historia del pensamiento jurídico.

Por eso me limité a los siglos XIX, XX y XXI. Pero, aun así, el resultado era muy extenso, de modo que elegí para cada siglo un pensador relevante, cuyo pensamiento pudiera incluirse dentro del grupo genérico iusnaturalista o iuspositivista. Dicha inclusión no siempre fue fácil, pero no creo haber forzado en mi intento, el pensamiento de ningún autor.

En estos tres capítulos de carácter histórico introduje al principio, un pequeño estudio de las circunstancias sociales, políticas y culturales que vivía el mundo en ese momento. Lo hice, con la convicción de que es preciso relacionar el pensamiento filosófico jurídico con el lugar y el momento en que se produce, pues de otra manera, resultaría mucho más difícil comprenderlo.

La razón de elegir después un pensador de cada una de las escuelas genéricas, iusnaturalismos o iuspositivismos, se debió a mi convicción de que la pluralidad de pensamientos es una riqueza del mundo jurídico, y no debe ser desaprovechada en luchas y descalificaciones innecesarias, estériles, y carentes de sentido en la actualidad. Todas las visiones jurídicas tienen elementos interesantes que deben ser conocidos y valorados por los juristas. Sólo conociendo su pluralidad, será posible que cada operador construya su propia visión del fenómeno jurídico, visión que entonces, resultará enriquecedora para sí mismo y para la colectividad.

En mi estudio seleccioné los pensadores que me han parecido más relevantes, y más influyentes en cada período estudiado, analizando su pensamiento de la manera más cercana posible a su propia obra, a fin de permitir a quien lea este trabajo, que pueda formarse su propia opinión a partir de las palabras del autor estudiado.

Dediqué el capítulo 6 a la Lógica y al Derecho. Y a partir de ahí los capítulos siguientes a distintos aspectos de la relación del Derecho con la Lógica. Capítulo 7, Lenguaje y Derecho. Capítulo 8, Razón y Derecho. La argumentación jurídica, y capítulo 9, el conocimiento del Derecho, esto es la metodología jurídica.

A partir del capítulo 10 se aborda el estudio de la relación del Derecho con la Axiología con un capítulo general que he dedicado a los valores jurídicos, enfocados especialmente y de acuerdo con el artículo 1. de la Constitución Española actualmente vigente, en la libertad, la igualdad y el pluralismo jurídico.

Reservé el capítulo 11 a la justicia pues como iusnaturalista que soy considero que éste es el valor fundamental del Derecho y por lo mismo me pareció que debería disfrutar de un lugar privilegiado.

El último de los capítulos, el 12, estudia la Deontología jurídica y especialmente la de los distintos operadores jurídicos elegidos a modo de ejemplo. Quise cerrar el libro con este estudio porque entiendo que es muy importante reservar a la ética de las profesiones jurídicas un lugar relevante, a fin de que no se pierda de vista la necesidad de realizar el trabajo jurídico sirviendo fielmente a los fines de la responsabilidad, la profesionalidad, el buen hacer y sobre todo la justicia.

En este libro he recogido mucha doctrina de autores clásicos, también actuales, especialmente españoles y latinoamericanos. Creo profundamente en el valor de su conocimiento y en la proximidad con el nuestro patrio, y pienso que en muchos casos hemos desaprovechado estas similitudes. He disfrutado mucho conociéndolos y estudiándolos.

Quiero agradecer al Maestro en Derecho Marco Antonio MORALES GÓMEZ la presentación que tuvo la generosidad de preparar para este libro. Sus palabras me honran, especialmente porque proceden de un jurista, profundo conocedor del Derecho tanto en su vertiente más social y de servicio, como rector de la Universidad Autónoma del Estado de México y como presidente de la Comisión de Derechos Humanos del mismo Estado (Defensor del Pueblo); como en su vertiente más práctica de asesoramiento del poder judicial en la labor de decir la justicia en cada caso concreto, realizando el trabajo de Consejero de la Judicatura del Estado de México.

Por último, quiero expresar mi más profundo aprecio y reconocimiento a mi maestro el Dr. Francisco PUY, a quien está dedicado este libro. Su afecto y sobre todo sus enseñanzas a lo largo de estos 43 años transcurridos desde que inicié mis estudios de licenciatura en el curso académico 1977-78, han sido el acicate de mi vida profesional.

De él aprendí desde luego Derecho, pero sobre todo él me enseñó la manera de amar y servir a la Universidad, de realizar mi trabajo con profesionalidad y el mayor grado de perfección posible. También perfeccionó mi espíritu de esfuerzo, la necesidad de seguir adelante sin rendirse ante los fracasos y la ilusión por buscar de forma incansable la manera de mejorar la experiencia jurídica, a fin de alcanzar un mayor grado de justicia en las relaciones sociales.

Termino esta introducción agradeciendo a los eventuales lectores de este libro su preferencia. Reflexionar sobre los problemas de la experiencia jurídica es una labor propia de todo jurista, me atrevería a decir que

lo es en realidad de todo ser humano preocupado por entender el mundo que le rodea. Este libro modestamente pretende ayudar en ese intento.

En Santiago de Compostela a 3 de enero de 2020

Milagros Otero Parga

ÍNDICE SISTEMÁTICO

PRESENTACIÓN	7
INTRODUCCIÓN	9

CAPÍTULO I. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO FENÓMENO JURÍDICO

1. INTRODUCCIÓN	13
2. ALGUNAS DEFINICIONES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO.....	18
3. EL CONTENIDO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. CONCEP- CIÓN TRIPARTITA.....	22
A) Fenomenología	23
B) Axiología	26
C) Historia y Sociología.....	28
4. OTRAS FORMAS DE ENTENDER EL CONTENIDO DE LA FILO- SOFÍA DEL DERECHO.....	30
5. FUNCIONES DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO	33

CAPÍTULO II. LA IDEA DE DERECHO

1. INTRODUCCIÓN	37
2. DEFINICIONES DEL DERECHO DE LAS DIFERENTES ESCUELAS IUSNATURALISTAS	38
2. DEFINICIONES DEL DERECHO DE LAS DIFERENTES ESCUELAS IUSPOSITIVISTAS	53
4. A MODO DE RESUMEN.....	61

CAPÍTULO III. EL PENSAMIENTO JURÍDICO EN EL SIGLO XIX

1. INTRODUCCIÓN	63
-----------------------	----

A) Acontecimientos políticos relevantes en el siglo XIX.....	64
B) Acontecimientos sociales relevantes en el siglo XIX.....	64
C) Acontecimientos culturales relevantes en el siglo XIX.....	65
2. LA FILOSOFÍA NEOESCOLÁSTICA DE TAPARELLI.....	69
A) Biografía y obras	69
B) Pensamiento.....	71
3. LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS/INTERESES DE IHERING	81
A) Biografía y Obras	81
B) Pensamiento.....	83

CAPÍTULO IV. EL PENSAMIENTO JURÍDICO EN EL SIGLO XX

1. INTRODUCCIÓN	91
A) Acontecimientos políticos relevantes en el siglo XX.....	91
B) Acontecimientos sociales relevantes en el siglo XX.....	92
C) Acontecimientos culturales relevantes en el siglo XX.....	93
2. LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE HANS Kelsen.....	94
A) Biografía y obras	94
B) Pensamiento.....	96
3. LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE ALFRED VERDROSS.....	106
A) Biografía y obras	106
B) Pensamiento.....	109

CAPÍTULO V. EL PENSAMIENTO JURÍDICO EN EL SIGLO XXI

1. INTRODUCCIÓN	117
A) Acontecimientos políticos relevantes en el siglo XXI.....	117
B) Acontecimientos sociales relevantes en el siglo XXI.....	118
C) Acontecimientos culturales relevantes en el siglo XXI.....	119
2. LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE RONALD DWORKIN	120
A) Biografía y obras	120
B) Pensamiento.....	121
3. LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE H. L. A. HART	133
A) Biografía y obras	133
B) Pensamiento.....	134

CAPÍTULO VI. LÓGICA Y DERECHO

1. INTRODUCCIÓN	143
2. LA LÓGICA JURÍDICA A TRAVÉS DEL TIEMPO. BREVE ENSAYO HISTÓRICO	145
3. ¿QUÉ ES LA LÓGICA JURÍDICA? ALGUNAS DEFINICIONES	146

4. LÓGICA Y DERECHO. ¿COMPAÑEROS NECESARIOS O ENEMIGOS IRRECONCILIABLES?	157
--	-----

CAPÍTULO VII. LENGUAJE Y DERECHO

1. INTRODUCCIÓN	165
2. EL CONCEPTO DE LENGUAJE Y SUS TIPOS	167
3. EL LENGUAJE JURÍDICO.....	173
4. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA.....	178
5. LA UTILIZACIÓN TÉCNICA DEL LENGUAJE.....	187

CAPÍTULO VIII. RAZÓN Y DERECHO. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. INTRODUCCIÓN	193
2. LOS PILARES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	195
3. EL CONTENIDO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. LOS ARGUMENTOS	199
4. LA UTILIZACIÓN DE LOS ARGUMENTOS EN LAS DISTINTAS FASES DEL DISCURSO JURÍDICO	210
5. ARGUMENTACIÓN Y OPERADORES JURÍDICOS	214
A) La argumentación del legislador	215
B) La argumentación del notario	215
C) La argumentación del profesor o académico.....	216
D) La argumentación del perito jurídico	217
E) La argumentación del abogado	218
F) La argumentación del juez	218

CAPÍTULO IX. EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO. LA METODOLOGÍA JURÍDICA

1. INTRODUCCIÓN	221
2. PLURALISMO METODOLÓGICO	223
3. UN MÉTODO DE INVESTIGACIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. ¿CÓMO TRABAJAR EN FILOSOFÍA DEL DERECHO? O METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN FILOSÓFICO- JURÍDICA	228
4. METODOLOGÍA JURÍDICA.....	234
5. MÉTODOS JURÍDICOS APLICADOS A ESCUELAS FILOSÓFICO- JURÍDICAS.....	241

CAPÍTULO X. LOS VALORES JURÍDICOS

1. INTRODUCCIÓN.....	253
2. LA AXIOLOGÍA JURÍDICA	255
3. LOS VALORES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978	262
4. LA LIBERTAD, VALOR SUPERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	265
5. LA IGUALDAD, VALOR SUPERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	270
6. EL PLURALISMO POLÍTICO, VALOR SUPERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	274
7. OTROS VALORES CONSTITUCIONALES	279

CAPÍTULO XI. LA JUSTICIA COMO VALOR SUPERIOR DEL DERECHO

1. INTRODUCCIÓN.....	285
2. ¿QUÉ ES LA JUSTICIA?	287
3. LA JUSTICIA A LO LARGO DE LA HISTORIA.....	300
4. LA JUSTICIA EN LA ACTUALIDAD. HART, RAWLS Y PERELMAN	304

CAPÍTULO XII. LA DEONTOLOGÍA DE LAS PROFESIONES JURÍDICAS

1. INTRODUCCIÓN.....	313
2. NECESITAMOS DE LA ÉTICA	316
3. TIPOS DE ÉTICA. LA ÉTICA PERSONAL Y LA ÉTICA SOCIAL....	322
4. LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL	325
5. DEONTOLOGÍA JURÍDICA	332
A) Deontología del abogado.....	332
B) Deontología del legislador	334
C) Deontología del juez	335
D) Deontología del mediador.....	337
E) Deontología de los funcionarios públicos	340
F) Deontología del funcionario público docente universitario	342
BIBLIOGRAFÍA.....	345
ÍNDICE ONOMÁSTICO.....	357

El presente de la Filosofía del Derecho es un libro concebido para mostrar la vitalidad actual de la Filosofía Jurídica. Está escrito en la madurez de su autora, y por lo mismo huye de cualquier extremismo más propio de la juventud. Como ella misma dice, no busca una sola respuesta correcta para las preguntas que en él se formulan, ni para las posiciones que en este libro se defienden. Muy al contrario, simplemente ofrece un punto de vista personal, sobre los principales problemas que tiene planteados en la actualidad la Filosofía del Derecho. A través de sus páginas, se ofrece un relato, sobre el ser de la Filosofía del Derecho, la esencia del Derecho, y el pensamiento filosófico jurídico de los siglos XIX, XX y XXI visto con los ojos de algunos de sus principales protagonistas.

También muestra un panorama de las relaciones entre el Derecho y la lógica, especialmente referidas a la interpretación, a la argumentación, y a la metodología jurídicas.

Tampoco olvida la importancia del estudio de la relación del Derecho con los valores, especialmente con la justicia, que es el primero y más importante de todos ellos. Por último, reflexiona sobre la deontología profesional, estudiando de forma más concreta, las particularidades deontológicas de los principales operadores jurídicos.

Los temas elegidos forman parte de algunos de los más debatidos dentro de la Filosofía del Derecho actual. Reflexionar sobre estos problemas es una labor propia de todo jurista, en realidad lo es, de todo ser humano preocupado por entender y mejorar si es posible, el mundo que le rodea. Este libro modestamente pretende ayudar en ese intento.

MILAGROS OTERO PARGA, nació en Santiago de Compostela en 1960. Es doctora en Derecho (1987) por la misma Universidad. En la actualidad y desde 2011, es Catedrática de Filosofía del Derecho.

Ha publicado 16 libros y 138 artículos en revistas nacionales e internacionales. Los temas a los que presta mayor atención son Axiología Jurídica, Derechos Humanos, Historia del pensamiento Jurídico, Argumentación Jurídica y Mediación.

Es profesora invitada en algunas de las más prestigiosas universidades de Buenos Aires, Santiago de Chile, Sao Paulo y Montevideo. Asidua visitante de México ha sido conferenciante en las universidades Iberoamericana, Panamericana, Anahuac, Intercontinental, Autónoma del Estado de México, Instituto Tecnológico de Monterrey, Universidad Judicial de Durango y Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla. Es asesora académica de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México y de la Escuela Judicial del mismo Estado. Este último organismo la nombró también *Magister Honoris Causa*. Es académica numeraria de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

Fue decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela y secretaria de la Comisión de Doctorado y Tercer Ciclo de la Universidad. Tiene en su poder la Medalla de Plata de Galicia, la Insignia de Oro de la Facultad de Derecho, y la Insignia de Oro de la Universidad de Santiago.

Ha sido Valedora do Pobo de Galicia (2015-2019).