

FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA



Conversaciones con la Historia del pensamiento jurídico

Desde la antigua Grecia
hasta el siglo XIX contemporáneo

Milagros Otero Parga

Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Santiago de Compostela

Prólogo

Juana María Gil Ruiz

Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Granada

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).
- Crímenes de lesa humanidad. Genealogía de un concepto jurídico-filosófico contemporáneo**, *Leonor Esteves* (2021).
- Conversaciones con la Historia del pensamiento jurídico. Desde la antigua Grecia hasta el siglo XIX**, *Milagros Otero Parga* (2021).

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Directora: MILAGROS OTERO PARGA

Catedrática de Filosofía del Derecho

**CONVERSACIONES
CON LA HISTORIA DEL
PENSAMIENTO JURÍDICO**

Desde la antigua Grecia hasta el siglo XIX

Milagros Otero Parga

Catedrática de Filosofía del Derecho

Universidad de Santiago de Compostela

Prólogo

Juana María Gil Ruiz

Catedrática de Filosofía del Derecho

Universidad de Granada

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2021

© Milagros Otero Parga
© Editorial Reus, S. A., para la presente edición
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. (2021)
ISBN: 978-84-290-2493-7
Depósito Legal: M-12483-2021
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: *Estilo Estugraf Impresores S.L.*

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 mis padres José Otero Túñez y Carmiña Parga Barrera
A ellos les debo todo*

PRÓLOGO

Milagros Otero es la autora de este libro que ahora tienen en sus manos. La conocen por cuanto es Catedrática de Filosofía del Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela y por la multitud de méritos profesionales institucionales y académicos que la han acompañado desde que apostara por la Universidad, convencida de que desde esta atalaya se podían cambiar realidades y apostar por la justicia. Galicia supo reconocer su compromiso galardonándola con la medalla de plata, y América Latina, especialmente la UNAM de México y la Universidad de Santo Tomás de Chile, no han podido evitar reconocer la cercanía de su magisterio. No en vano la autora fue reconocida con el Magister Honoris Causa por la Escuela Judicial del Estado de México. Seguramente Milagros Otero tenga el *corazón partío* entre Galicia y México, si es que tuviera que elegir; o mejor, un músculo dinámico, cíclico e incansable *puente*, en tanto que su opción siempre ha sido insistir en los lazos de unión que siempre han hecho un solo cuerpo a España con Latinoamérica. No es casual que haya dedicado parte de su vida investigadora a perseguir las influencias del pensamiento jurídico español, especialmente de la presencia jesuítica en figuras latinoamericanas como Joaquín Víctor González, Andrés Bello o Clemente de Munguía.

Este libro que ahora presento *Conversaciones con la historia del pensamiento jurídico. De Grecia al siglo XIX* es un vivo ejemplo de la idea de cercanía y de fusión que avanzaba al comienzo, y del modelo de universidad que esta académica defiende. No pretende esta monografía erigirse en un volumen pesado, «científicamente» riguroso apartado de las condiciones, contexto o situaciones que dan paso a la evolución del pensamiento. Tampoco pretende con el mismo, decorar las estan-

terías de las bibliotecas histórico-jurídicas donde sin duda lo situarían. Mucho me temo que el sentido de este monográfico es acompañar al jurista que empieza, y al que anhela esa visión humanista del Derecho –ahora bien lejano a la misma- en el proceso de formación, revisión y conformación de lo que debe ser el fenómeno jurídico y su propia posición como agente. En definitiva, el objetivo previo de este libro responde al tipo de jurista que la autora piensa debe formarse desde las Universidades en nuestras sociedades contemporáneas, y, en consecuencia, el tipo de saber que como resultado de lo anterior debe dominar este jurista. No concibe la autora, un jurista despreocupado de la historia, del pensamiento, de la reflexión, y, en consecuencia, no entiende una Universidad que no sea humanista.

Pero, como bien afirma Otero, «para cuestionar, para pensar, para ejercer la necesaria crítica, es preciso poder reflexionar primero, tarea ésta que se convierte en una actividad ciertamente difícil, porque los universitarios no disponen de los elementos necesarios para poder hacerlo. No saben humanidades, No se les han enseñado, o incluso peor que esto, les han enseñado que no tienen importancia»

Y es que no corren buenos tiempos para la iusfilosofía, sinónimo de pensamiento caduco, acabado y poco científico. Hace tiempo que la sociedad y el mercado demandan un tipo de jurista tecnócrata, con «alta» cualificación técnica, y mayor nivel de resolución bajo los parámetros de la eficacia y la eficiencia. El Derecho, cuasi desnudo de su capacidad como instrumento de justicia, se concentra en mera técnica de organización social, con claras conexiones con la política y la economía, pero sin cuestionar sus fines. Como dirían las voces de la tecnocracia jurídica: «no te pago para que pienses sino para que resuelvas».

Pero aparte de subrayar la importancia, incuestionable en mi opinión, de la formación filosófico jurídica en las y los juristas, deberíamos precisar qué Filosofía del Derecho propondríamos. Y es que no se trata de sumar al conocimiento técnico una filosofía construida fuera del ámbito de lo jurídico, sino ofrecer al jurista en formación un conocimiento iusfilosófico que parta de la experiencia jurídica misma. El jurista crítico –el pensante- trabaja con el Derecho, pero no adopta el punto de vista «interno» o «normativo» de la Ciencia jurídica «normal –y normalizada-» cuya función práctica parece exigir una cierta

aceptación del Derecho dado y de las reglas de juego convencionales en la comunidad jurídica. El objetivo práctico de ese modelo de jurista crítico, movido por ideales de emancipación, busca más bien «desde dentro», la subversión de ese Derecho o su instrumentalización en un sentido alternativo al que se le ha dado. Y para ello, necesita de la historia, del análisis social, de la reflexión, del compromiso....

Es cierto que el Derecho es una realidad lingüístico normativa, pero también se trata de una realidad histórica y social compleja y, por consiguiente, decisiva en la conformación de las relaciones humanas. Esto nos obliga a poner en contacto estos dos planos de la realidad del Derecho, implicándolos mutuamente, y no efectuando una mera yuxtaposición. Cuando se apuesta por la Teoría crítica del Derecho, la intencionalidad crítica reside, precisamente, en mostrar la historicidad de las formas jurídicas e intentar explicarlas desde el punto de vista de su origen y de su función social, para descubrir las razones que las producen y las hacen ser como son.

Si introducimos la sociedad y la historia en el conocimiento del Derecho podrá comprenderse éste más allá del sentido que le atribuye la dogmática. No se trata de un rechazo a esta forma de conocimiento, sino de complementariedad. Y es que, como decía Horkheimer: «en la filosofía, a diferencia de la economía y la política, crítica no significa la condena de una cosa cualquiera, ni el maldecir contra ésta o aquella medida; tampoco, la simple negación o el rechazo. Es cierto que, en determinadas condiciones, la crítica puede tener esos rasgos puramente negativos... Pero lo que nosotros entendemos por crítica es el esfuerzo intelectual, y en definitiva práctico, por no aceptar sin reflexión y por simple hábito, las ideas, los modos de actuar y las relaciones sociales dominantes...». En definitiva, se trata de investigar los fundamentos de las cosas para conocerlas de una manera efectivamente real.

Y éste es el sentido que reatraviesa este libro. Otero urge a recuperar la reflexión en las aulas, pero ello exige estar armados con los argumentos de la historia y el conocimiento de disciplinas humanistas en general.

Sabedora de que la Universidad ha adoptado un modelo de formación, lamentablemente lejano al arquetipo educativo *Bildung* que incluye no sólo la necesaria formación profesional especializada sino

el crecimiento personal del individuo a través, incluso de la propia ciencia, Otero apuesta por acercar a través de *conversaciones* el difícil arte de recuperar la idea clásica de formación integral del sujeto, de la mano de sus propios protagonistas a lo largo de la historia. Desde la Antigüedad hasta la Ilustración, pasando por referentes del pensamiento jurídico español como Fonseca, Vitoria o Suárez, Otero pretende presentárnoslos desde la cercanía de una conversación, delante de un café, perfilando sus ideas aun en el marco de sus biografías. Nadie nace libre de sus orígenes y de su génesis y eso, sin duda, condiciona el pensamiento pero también lo hace propio.

Acabo mis palabras de presentación, pues es el momento de abordar la lectura del auténtico protagonista. *Conversaciones con la Historia del pensamiento jurídico* es sin duda el resultado de tantas charlas inacabadas entre Otero y los autores aquí referidos; y la necesidad de la autora de trasladar sus múltiples inquietudes intelectuales al mejor de los escenarios posibles: su alumnado universitario, el pasado, el presente y el futuro a quien dedica, desde el agradecimiento más sincero, este histórico monográfico.

Juana María Gil Ruiz
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada
Presidenta de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política

I. INTRODUCCIÓN¹

Después de elegir el nombre de este libro, *Conversaciones con la historia del pensamiento jurídico*, pensé que quizá debería explicar el motivo que me llevó a decidir este título. Es muy sencillo. Quiero reivindicar la importancia del estudio de la historia del pensamiento para mejor entender la jurisprudencia del pasado y la del presente, y poder prever, en su caso, posibles errores del futuro. Creo que el conocimiento histórico es fundamental para el jurista, entendido como ser humano dedicado al estudio y práctica del Derecho, como persona cuya labor fundamental consiste en perseguir la justicia para adecuar las prácticas jurídicas al logro de su imperio en el mundo del Derecho.

Considero que todo jurista debe ser una persona culta y por eso, la Universidad que le proporciona gran parte de los estudios que le darán tal condición, debe ser humanista².

¹ “Esta publicación se ha realizado en colaboración con el Proyecto I+D+i presentado en la Convocatoria 2020 para el periodo 2021-2023, titulado: “Ética y justicia cosmopolita en la Escuela Ibérica de la Paz y la Escolástica Iberoamericana: aportaciones del pensamiento y tradición jesuita”. Código del proyecto: 5468112904-112904-4-20. TITLE OF THE PROJECT: Ethics and Cosmopolitan Justice in the Iberian School of Peace and Latin American Scholasticism: Contributions of the Jesuit Thought and its Tradition. IP1: Juan Antonio Senent de Frutos; IP2: Eduardo Ibáñez Ruiz del Portal”.

² Coincido con José SARAMAGO cuando en su obra titulada *Democracia y Universidad*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010, p. 37 afirma que: “la Universidad debe tener el objetivo de expresar un espíritu abierto que obliga a reflexionar, que capacita para el análisis, implica el dominio de los conceptos, proporciona información sobre lo que es el mundo en que vivimos, las distintas sociedades humanas, las contradicciones, la historia que nos ha hecho como somos, el pasado colectivo y el presente individual y plural que tenemos que levantar”.

ÍNDICE

PRÓLOGO	7
I. INTRODUCCIÓN	11
II. EL PENSAMIENTO JURÍDICO EN LA ANTIGÜEDAD	21
1. Orígenes del pensamiento jurídico: el pensamiento primitivo y presocrático	28
2. Grecia Clásica: los sofistas, Sócrates, Platón, Aristóteles.....	39
3. Helenismo: estoicos, epicúreos y escépticos.....	59
4. Roma. Los juristas romanos. Cicerón. Otros pensadores romanos	67
III. EL PENSAMIENTO JURÍDICO MEDIEVAL	79
1. El Derecho cristiano. La Patrística.....	81
2. San Agustín (354-430).....	86
3. Glosadores y comentadores.....	92
4. Santo Tomás de Aquino (1225-1274).....	95
5. La Escolástica Franciscana. Ockham. Marsilio de Padua.....	104
IV. EL PENSAMIENTO JURÍDICO EN LA MODERNIDAD	119
1. El Renacimiento. Nicolás Maquiavelo. Erasmo de Rotterdam. Juan Luis Vives.....	121
2. La Universidad de Santiago de Compostela	139
3. La Escolástica española. Vitoria y Suárez	144
V. EL PENSAMIENTO JURÍDICO EN EL SIGLO XVII	175
1. El iusnaturalismo racionalista. Hugo Grocio (1583-1645)	178
2. Tomás Hobbes (1588-1679)	185
3. Samuel Puffendorf (1632-1694).....	195
4. John Locke (1632-1704).....	205

VI. EL PENSAMIENTO JURÍDICO EN EL SIGLO XVIII. LA ILUSTRACIÓN	223
1. El Iusnaturalismo ilustrado. Christian Thomasius (1655-1728)...	225
2. Charles Louis Montesquieu (1689-1755)	233
3. Jean Jacques Rousseau (1712-1778)	241
4. Inmanuel Kant (1724-1804).....	252
BIBLIOGRAFÍA	265

Vivimos en un mundo que cambia demasiado deprisa. Los acontecimientos que se produjeron ayer dejan inmediatamente de tener actualidad, para atender sólo a los que se están produciendo en este momento. Vivimos acelerados y nos estamos convirtiendo en seres poco reflexivos que actuamos casi por instinto.

Esa situación hace que cada vez demos menos importancia a la historia. No importa lo que sucedió en el pasado. Lo realmente relevante es lo que está aconteciendo ahora mismo. Esa forma de vida conduce a graves errores. El libro que ahora tienen en sus manos reivindica las humanidades. Quiere revalorizar al ser humano culto, conocedor de sus orígenes, sabedor de la historia del pensamiento. La historia explica el pasado para ayudarnos a comprender el presente y evitar que cometamos los mismos errores en el futuro.

Su conocimiento es por tanto vital para cualquier persona, para cualquier ser humano que desde las variadas perspectivas de sus circunstancias vitales quiera adquirir una base de conocimientos que le ayude a desarrollar su vida unido a las personas que antes que nosotros construyeron el pensamiento de la humanidad.

Somos parte de una cadena que no debemos romper. Somos los seres que constituirán los avances de la humanidad, pero poco podremos hacer si no conocemos nuestros orígenes.

Este libro ofrece modestamente retazos, conversaciones con la historia del pensamiento. Está redactado de forma clara y simple. No pretende ser un tratado del pensamiento jurídico ni histórico, sino, como su nombre indica, una aproximación a la historia, unas conversaciones con los distintos autores tratados, analizándolos a través de su obra, con la finalidad de acercarlos al público conocimiento. Espero y deseo que pasen tan buenos ratos leyéndolo como los he pasado yo escribiéndolo para ustedes.

Milagros Otero Parga nació en Santiago de Compostela en 1960. Es doctora en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela desde 1987. En la actualidad es catedrática de Filosofía del Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela. Fue Defensora del Pueblo de Galicia, Ombudsman (Valedora do Pobo) desde 2015 a 2019. Es autora de 18 libros y 145 artículos publicados 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, Quito y Montevideo, así como 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 la primera mujer académica numeraria de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación y la primera mujer decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela.

REUS
EDITORIAL

ISBN 978-84-290-2493-7

9 788429 024937