

FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA



Filosofía del Derecho

Bases para una concepción
onto-antropológica del Derecho

José de Faria Costa

Catedrático de Derecho Penal
Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad Lusófona de Lisboa

Traducción del portugués

Milagros Otero Parga
Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Santiago de Compostela

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).

Derecho y memoria, *António Colaço Martins Filho* (2021).

Historia de las ideas jurídicas en Occidente. Desde los albores hasta la actualidad, *Milagros Otero Parga* (2021).

Filosofía del Derecho. Bases para una concepción onto-antropológica del Derecho, *José de Faria Costa* (2022).

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Directora: MILAGROS OTERO PARGA

Catedrática de Filosofía del Derecho

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Bases para una concepción onto-antropológica del Derecho

José de Faria Costa

Catedrático de Derecho Penal

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Lusófona de Lisboa

Traducción y Estudio introductorio

Milagros Otero Parga

Catedrática de Filosofía del Derecho

Universidad de Santiago de Compostela

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2022

© Autor: José de Faria Costa
© Traducción y Estudio introductorio: 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. (2022)
ISBN: 978-84-290-2567-5
Depósito Legal: M-2430-2022
Diseño de portada: Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: *Ulzama Digital*

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.

ÍNDICE

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO BAJO LA MIRADA DEL DOCTOR DE FARIA COSTA, MILAGROS OTERO PARGA.....	7
CAPÍTULO 1 - LA INTERROGACIÓN SOBRE EL DERECHO.....	33
1. Lo que nos hace asumir la obediencia a la norma	33
2. El problema de la obediencia al Derecho.....	39
3. El problema de la obediencia a la ley.....	44
CAPÍTULO 2 - LA RESPUESTA A LA INTERROGACIÓN	49
4. El desenmarañar de la historia de las doctrinas que a lo largo de los siglos quisieron responder	49
5. Una posible respuesta de nuestro tiempo.....	56
CAPÍTULO 3 - EL DERECHO: SU SENTIDO Y SUS LÍMITES.....	61
6. El espacio libre de derecho.....	61
7. El pensamiento pensado	64
8. El pensamiento pensante.....	67
9. Cómo pensamos el derecho.....	68
10. El Derecho como categoría del pensamiento	71
CAPÍTULO 4 - LA FILOSOFÍA ANALÍTICA Y EL DERECHO	75
11. La lógica aristotélica	75
12. La lógica comprensiva.....	80
13. Los elementos: las normas, los principios, las reglas en sentido estricto y los axiomas	85
CAPÍTULO 5 - LA FUNDAMENTACIÓN ONTO-ANTROPOLÓGICA DEL DERECHO	91
14. La ontología regional.....	91
15. La dimensión temporal: la temporalidad	102

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO BAJO LA MIRADA DEL DOCTOR DE FARIA COSTA

1. INTRODUCCIÓN

Constituye para mí una satisfacción alumbrar estas palabras introductorias al libro *Filosofía del Derecho* del Dr. José Francisco de Faria Costa. Conozco al doctor De Faria desde hace ya muchos años, pero su faceta de filósofo del derecho me era más desconocida. Lo conocí hace más de una treintena de años en la Universidad de Coímbra donde ejercía como catedrático de Derecho Penal. Más tarde tuve diferentes relaciones con él en su condición de director de la prestigiosa revista de esa Facultad de Derecho además de como Decano de la mencionada Facultad.

No es extraña, en el mundo del derecho, la relación entre el derecho penal y la filosofía del derecho. Al revés, muchos e insignes filósofos del derecho fueron a la vez profesores especialistas en derecho penal, impartiendo al mismo tiempo ambas materias. Entre ellos cabe mencionar a S. Pufendorf (que se ocupó tanto de la pena como del derecho penal) o a Chr. Tomasio que sostuvo la abolición de los delitos de brujería y de la tortura.

Es más yo diría que este matrimonio entre el derecho penal y la filosofía del derecho, no sólo no es poco frecuente, sino que es además de conveniencia ya que un jurista formado en ambas disciplinas será capaz, a mi juicio, de mostrar una posición sobre el derecho en la que coincidan de forma mucho más natural la teoría y la práctica, el mundo del ser y el del deber ser, la realidad y la "idealidad"; en

suma la *physis* y el *nomos* de las que ya hablaban los autores clásicos y que hoy en día no han perdido vigor.

Los profesores tendemos, y lo digo con pesar, a vivir en el mundo de los libros, de las ideas, de las teorías y de las construcciones mentales, olvidando que la realidad muestra unos tintes diferentes que acercan lo jurídico a lo real vivido en la sociedad. Por eso debemos buscar la armonía, debemos abrir nuestra mente a la práctica, a la realidad, al mundo del ser real del derecho.

Un ser real que sin embargo no debe hacernos olvidar tampoco el deber ser y los ideales y valores que el derecho debe proteger, so pena de convertirse únicamente en una forma de resolver los problemas sociales, o incluso de acrecentarlos.

Teoría y praxis, realidad e “idealidad”, ser y deber ser, son el haz y en envés de la misma hoja; la cara y la cruz de la misma moneda. Y del mismo modo que los juristas teóricos adolecen, algunas veces, de ese baño de realidad necesario para mejor ayudar a la sociedad a conseguir una convivencia en paz y armonía, no es menos cierto que en ocasiones, los prácticos del derecho olvidan que para hacer y sobre todo para hacer bien las cosas, es preciso tener buenos fundamentos que guíen las decisiones. Y para resolver con justicia es necesario tener una buena formación jurídica en la que exista una parte importante de reflexión, de búsqueda y hasta de crítica. Porque de otro modo, es posible resolver conflictos, sin duda, pero esas resoluciones muchas veces tendrán pies de arena por no estar fundamentadas en argumentación, teoría o sistema alguno.

De modo que teoría y praxis son esenciales en un buen jurista pues son la combinación perfecta que proporciona las bases para una intelección amplia, multidisciplinar, tolerante y real del fenómeno jurídico.

Todos estos elementos acercan sin duda a cualquier especialista en derecho al rango de verdadero jurista que domina el arte de la jurisprudencia entendida, al más puro estilo romano clásico, y siguiendo a Ulpiano en el *Digesto* 1.1.1.10, como “*divinarum atque humanarum rerum notitia iusti atque iniusti sciencia*”.

El jurista así entendido no es solamente, aunque también, un técnico en derecho. Es, en realidad, un artista en derecho, una persona que maneja el derecho no como una ciencia matemática de resulta-

dos únicos y seguros, sino como una prudencia, una jurisprudencia, es decir una forma mucho más rica y completa de aproximarse a la realidad jurídica tratando no solamente de cumplirla, sino también de entenderla, criticarla si es preciso, y siempre mejorarla.

Un jurista de este tipo, un jurisprudente, no es simplemente un licenciado en derecho, sino una persona que realiza, que se instala en el derecho como forma de vida. Una persona que ha alcanzado madurez jurídica, la madurez jurídica que yo estimo necesaria para poder llamarse realmente jurista, y que excede con mucho el conocimiento del ordenamiento jurídico y la forma de aplicarlo dentro del engranaje jurídico.

Un verdadero jurista es mucho más que eso. Debe ser una persona culta, honrada, prudente, éticamente intachable, humanista y conocedora de las fortalezas y las miserias humanas.

Una persona, como ya dije, en la que los conocimientos teóricos se unan a los prácticos fortaleciéndose. Una persona, que tenga también capacidad de toma de decisiones y de ejercicio de la responsabilidad cuando sea preciso hacerlo.

Pues bien, todas estas condiciones se unen en el autor de este libro y eso hacen que su pensamiento sobre la filosofía del derecho resulte altamente interesante.

En efecto, como ya dije el doctor De Faria Costa es actualmente profesor de Derecho Penal en la Universidad Lusófona de Lisboa, misma en la que ocupa el puesto de decano de su facultad de Derecho. Trabajó igualmente en la Universidad e Coimbra, una de las más antiguas del mundo y desde luego de las más reconocidas. Dirigió también su revista durante años. Acredita una importante cantidad de discípulos que aprendieron derecho a su lado y ahora lo explican a su vez a otras muchas generaciones. Es decir, ha formado y sigue formando escuela.

Pero además de todo esto, se ha acercado al mundo de la praxis del derecho desempeñando un puesto, al que llegó por elección fundada sin duda en la *auctoritas* de la que disfruta. Me refiero al desempeño como *Provedor de Justiça*. Este puesto equivalente al *Defensor del Pueblo* de España no sólo proporciona un baño de realidad a quien lo desempeña, sino que, además, y fundamentalmente, lo acerca a la justicia, protegiendo a aquellas personas que más lo necesitan porque ya han

consumido, sin éxito, todos los medios que el ordenamiento jurídico pone a su servicio para la realización de la justicia. En realidad, el *Provedor de Justiça* da voz a quien no la tiene, acercándose de esa manera a una realidad que falla, por momentos al menos, y que, por lo tanto, precisa de la utilización de todas las artes que faciliten la eficacia del verdadero derecho, que no puede ser otro que aquel que asegure la realización de la justicia.

Estamos por tanto ante un libro escrito por un jurista, el Doctor De Faria que reúne sobradamente todos los requisitos que hemos establecido para ser un jurisconsulto. Por eso su trabajo resulta esclarecedor. Está escrito en forma de pequeñas perlas de conocimiento. Este estilo, permite una lectura amena y reflexiva del pensamiento del autor, que es sin duda interesante. Pero lo más importante, a mi juicio, es el contenido del pensamiento del filósofo-penalista o penalista-filósofo del derecho, que es lo que paso a recoger en las palabras que siguen.

2. EL DERECHO EN EL PENSAMIENTO DEL DOCTOR DE FARIA COSTA

En el mundo del derecho existen escuelas y corrientes varias a través de las cuales los juristas explican la realidad del fenómeno jurídico. Cada jurista, después de estudiarlas y meditar sobre ellas, se adhiere a una o varias de ellas o forma incluso su propio pensamiento de forma ecléctica, esto es, tomando partes de lo que otros ya han dicho, o creando incluso su nueva manera de enfocar el derecho.

En este procedimiento observamos dos realidades muy presentes, aunque raras veces advertidas por los analistas del sistema. En primer lugar, las corrientes o escuelas no suelen ser puras ni necesariamente coherentes. Es decir, todas las corrientes o formas de pensamiento presentan fallos, incorrecciones o incoherencias internas. ¿Por qué se produce eso? Pues precisamente por la segunda de las características a las que me refería antes. Porque las corrientes o escuelas son integradas y pensadas por seres humanos que como tales no tienen siempre un pensamiento cerrado que permita identificarlos sin fallo alguno.

Las escuelas, las corrientes y quienes las construyen o se adhieren a ellas, son obras de la naturaleza humana y por lo tanto falibles. Pero en realidad, lo que consideramos un fallo se convierte quizá en una

grandeza, en cuanto muestra el pensamiento jurídico como algo real, humano, en constante evolución y movimiento.

Eso sucede con el derecho que de nuevo se reafirma como el arte de la jurisprudencia huyendo de estereotipos más propios del siglo XIX que sólo le concedían valor intrínseco a un conocimiento, si resistía los embates del puro cientificismo, es decir, los de la verdad dura, fría, idéntica e irrefutable.

Sea como fuere, para conocer la forma de pensar el derecho de cada jurista, es preciso interrogarle sobre una serie de tópicos. Esos suelen ser el derecho, la justicia y la ley. Si conocemos qué piensa el autor estudiado sobre estos tres tópicos tendremos una visión muy aproximada, no sólo de la escuela o escuelas a las que adhiere su pensamiento, sino también, y, sobre todo, del tipo de jurista que es.

No pretendo, desde luego, someter al Dr. De Faria Costa, a ningún interrogatorio, aunque sólo fuese con carácter académico. Ni es este el momento, ni soy yo la persona adecuada para hacerlo, pero si quiero ofrecer a los lectores del libro que se relata a continuación, una visión inicial que les permita acercarse a su autor. Creo que esto es parte del encargo que recibe la persona que hace un estudio introductorio sobre un libro, y mucho más cuando previamente lo ha traducido. De esta manera, se pueden ofrecer los parámetros conceptuales en los que se mueve la obra de este penalista-filósofo de derecho portugués con lo que además de conocerlo facilitaremos a quienes quieran acercarse a su pensamiento, este intento.

Con esta intención me propongo analizar la visión que, sobre el derecho, ofrece el doctor portugués.

La primera observación con la que el doctor inicia su libro se refiere a la racionalidad humana. Él se centra en el ser humano afirmando que “la búsqueda del sentido (o de la razón) de las cosas, forma parte de nuestro modo de ser individual y colectivo más profundo” (párrafo 1.). Este modo de comenzar su libro es, a mi juicio muy significativo. Con él, se reivindica no sólo la naturaleza racional del ser humano sino su necesidad de pensar y razonar en todo momento.

Es muy significativo pienso, porque esa naturaleza racional es precisamente el punto de partida de la idea de derecho. El ser humano, que necesita vivir en sociedad, precisa de una organización y todo ello precisamente por su condición de ser racional. De persona que no

puede vivir sin más, realizando escasamente sus funciones vitales, sin otorgarles mayor trascendencia que la de garantizar su subsistencia. No es así.

Efectivamente «nosotros los seres humanos, vivimos en comunidad. Sólo podemos vivir en comunidad. Sólo somos en comunidad. La falta de completitud que nos caracteriza determina nuestra (co) existencia en una tela de relaciones constantemente tejida entre el “yo” y el “yo”, entre el “yo” y el “otro”» (párrafo 37.2.).

En esta realidad, y desde esta perspectiva humana “el derecho se presenta así, como el cemento agregador de cualquier comunidad de mujeres y hombres, imprescindible para la creación y manutención de su equilibrio social” (párrafo 37.3). El derecho es pues esencial dentro de la vida del ser humano en sociedad, porque sólo él garantiza un orden que tiende a la justicia y a la paz. Pues “aunque se muestre como dinámica, i. e. de geometría variable, por cuanto históricamente situada, la estructura normativa del derecho se perfila a través de un modo de ser en el que su segmento principal no puede dejar de ser visto como estabilizador de conflictos” (párrafo 39.3).

El ser humano está permanentemente ejercitando su capacidad de raciocinio. Lo hace incluso sin darse cuenta, y yo diría que casi sin poder evitarlo, porque pensar está dentro de su propia esencia, constituye parte de su propia naturaleza. El derecho surge, así, como una aplicación o una forma de conducir esta racionalidad hacia la organización de una vida más justa, más segura, y desde luego, más organizada.

Inmediatamente después (en 1.3.1) aparece uno de los *leitmotiv*, de este libro: “el derecho forma parte de lo real”. El derecho está desde este punto de vista, muy presente en el pensamiento de este autor, que lo entiende como una realidad. Una realidad que tiene que ser pensada, pero que afecta a la vida del ser humano no en cuanto pensamiento sino en cuanto actividad. El derecho es, una construcción, pero una construcción con una finalidad puramente real, que no se conforma con vivir en el mundo de las ideas, sino que se piensa para dar respuesta a los problemas reales, y en su solución cobra especial relevancia y significado.

Sería algo así como la intencionalidad en el castigo de un delito. La intencionalidad o la premeditación no pueden ser castigadas por

En este volumen José de Faria ofrece una muestra de los fundamentos que brindan una forma propia de pensar —en cuanto pensamiento pensado, pero también en tanto que pensamiento pensante, con todo lo que esto acarrea de frágil, de nuevo, e incluso de ruptura— a la filosofía del derecho a partir de un étimo onto-antropológico. En esta perspectiva es donde el derecho, en cuanto orden sumergido en la historia, se concibe como un enorme y genuino pedazo de lo “real construido” que pertenece a la galaxia de la razón práctica. No se trata simplemente de un (válido) deber-ser que es. En realidad, y sobre todo, se trata de “un válido es que debe ser”.

A lo largo del texto, el lector podrá encontrar reflexiones actuales e importantes, no sólo sobre el problema de la obediencia al derecho, con la búsqueda de una respuesta posible de nuestro tiempo, sino que también podrá indagar sobre aspectos más analíticos de la normatividad jurídica, especialmente en lo referente a la dimensión del derecho como categoría del pensamiento, realizado en el horizonte de una lógica comprensiva. Todo eso sin perder de vista la necesidad de analizar una vertiente crucial para la fundamentación antropológica del Derecho: su dimensión temporal, críticamente reflejada en la temporalidad de lo justo.