

# REFLEXIONES SOBRE LA CONCEPCIÓN Y EJERCICIO DEL DERECHO: NEOCONSTITUCIONALISMO Y CLAVES HERMENÉUTICAS \*

Rafael Vega Pasquín

*Universidad Pontificia Comillas de Madrid, ICADE*

**RESUMEN.** La tesis principal de este artículo se puede formular de un modo sencillo. El estudio inicialmente se dirige a responder dos cuestiones muy concretas: ¿está cambiando la concepción del derecho en nuestros días?, ¿los cambios que se producen son suficientes para poder hablar de una nueva concepción del derecho? Como se ve, se trata esencialmente de contrastar y analizar la operatividad de las principales concepciones clásicas del derecho. Pero se trata también de ir perfilando, aunque sea sobre la marcha, posibles soluciones que comprendan y se adapten mejor al problema en cuestión. Es decir, en función de las transformaciones y cambios operados en la realidad jurídica contemporánea, el autor de este artículo también intentará ofrecer y valerse de una concepción más adecuada o que mejor se corresponda con dicha realidad.

**Palabras clave:** Concepciones del derecho; hermenéutica jurídica; neoconstitucionalismo; analogía; lógica jurídica.

## Reflections on the Conception and Exercise of Law: Neoconstitutionalism and Hermeneutical Keys

**ABSTRACT.** The main thesis of this article can be formulated in a simple way. The study initially aimed to answer two concrete questions: is it changing the conception of law nowadays?, are the changes that take place sufficient to be able to speak about a new conception of law? Since one sees, it is a question of confirming and analyze essentially the operability of the main classic conceptions of law. But it treats itself also of being outlining, though it is as you go along, possible solutions that they understand and adapt better to the problem in question. That is to say, depending on the transformations and changes produced in the juridical contemporary reality, the author of this article also will try to offer and to use of a conception more suitable or that better corresponds with the above mentioned reality.

**Keywords:** Conceptions of law; juridical hermeneutics; neoconstitutionalism; analogy; juridical logic.

---

\* Fecha de recepción: 26 de junio de 2014. Fecha de aceptación: 14 de noviembre de 2014.

## 1. INTRODUCCIÓN

**S**on ya muchas las voces que señalan que, en el mundo de la política y el derecho, nos hallamos ante un verdadero cambio de ciclo o paradigma. Se insiste desde muy diferentes posiciones en que hemos llegado a un punto límite: unos hablan de profundas transformaciones en el edificio político-jurídico, otros de auténtica voladura de las concepciones tradicionales del derecho, pero aquí se recuerda la degeneración y corrupción de la actual democracia, y allí se hacen ver los peligros de un proceso de deconstitucionalización y, en fin, la gran mayoría concuerda cuando se afirma la grave crisis que padece el modelo político y jurídico de las llamadas sociedades avanzadas.

Éste sería el complicado panorama general en el que este estudio tendría que situarse e intentar avanzar. No obstante, proponer en este terreno alternativas o intentar formular algo nuevo es siempre muy arriesgado. En efecto, trabajar como se dice por refundar el Estado constitucional o, incluso, por intentar regenerar el modelo político puede llevar consigo, junto al atrevimiento y el exceso de optimismo, una fuerte dosis de ingenuidad. Por ello, es quizá importante y también se deben tener muy en cuenta desde la Teoría del derecho la disposición y el sentir social. Esto es, la sociedad considerada como la base material que conforma la comunidad política y que, por tanto, influye decisivamente en los cambios jurídicos que se puedan producir.

Desde este punto de vista es bien sabido que la sociedad actual se halla suficientemente desengañada de lo que podríamos llamar la palabrería y los falsos discursos. Se dice que estamos inmersos en sociedades hastiadas, confusas y decididamente opuestas a todas aquellas voces que, proponiendo cambiar muchas cosas, en realidad contribuyen firmemente a que todo siga igual. Vivimos instalados en un profundo escepticismo en el que no surtirán ningún efecto palabras bonitas o falsa retórica: hablar enfática y repetitivamente de profundos cambios, de drásticas reformulaciones, etc. De ahí, quizá, la mayor o menor importancia de lo que vaya a decirse en este trabajo. Pues, como bien se piensa y afirma, las meras teorizaciones sin arraigo en la realidad social —sin desarrollo práctico— están claramente destinadas a perderse en el rechazo o la indiferencia. Éste es el reto.

## 2. OBJETO Y MÉTODO

El presente artículo retoma de algún modo la clásica cuestión de las relaciones entre la razón y la fuerza, el viejo enfrentamiento entre un orden justo y los poderes arbitrarios. La novedad básicamente consiste en evaluar lo que podríamos llamar el impacto del movimiento neoconstitucionalista y de la filosofía hermenéutica en el Estado constitucional contemporáneo y, más específicamente, en el terreno del derecho. Esto es, en esa precisa coyuntura y procurando ir más allá de teorizaciones ensimismadas, este trabajo se ocupa de lo que se podría denominar la regeneración del derecho contemporáneo.

El objeto de este estudio, dicho muy brevemente, consiste en tratar de ordenar y, a la vez, participar en el debate en torno a la concepción y el ejercicio del derecho.

Rastrear los orígenes del debate; situar la reapertura de la discusión en el contexto contemporáneo; y procurar aportar enfoques y posibles contribuciones que enriquezcan la discusión. Se trataría de debatir en torno a las concepciones del derecho, ya sean clásicas o vanguardistas, con la intención de ordenar, distinguir y, en su caso, ir configurando concepciones más adaptadas y comprensivas de lo jurídico.

Por tanto, en lugar de definir tajantemente el derecho, empobrecer o reducirlo a una sola dimensión nuestra tarea, entonces, se dirige a encontrar y perfilar una concepción amplia e integradora de la realidad teórica y práctica del derecho. En cualquier caso, sólo será posible alcanzar dicho objetivo por medio de los métodos que oportuna y adecuadamente se orienten al cumplimiento de dicho fin. Señalaremos, pues, desde el principio, la metodología propia de este trabajo y sus fuentes principales.

Como es sabido, el método de exposición a través de largos rodeos es propio de uno de los maestros de la hermenéutica contemporánea: Paul RICOEUR<sup>1</sup>. La explicación y los motivos de dichos rodeos son muy sencillos, y en este caso pertinentes. Van dirigidos, en su esencia, a desenmarañar y resolver el llamado conflicto de las interpretaciones. Esto es, se trata de mostrar las diferencias entre dos modos de entender el objeto de la interpretación: por un lado, la interpretación como mero ejercicio de la sospecha y, por otro lado, la interpretación como recolección, manifestación o restauración de sentido. Frente a las interpretaciones críticas, destructoras o contraculturales (la Escuela de la Sospecha y sus principales maestros: MARX, NIETZSCHE y FREUD, son de sobra conocidos), Paul RICOEUR apuesta, no simplemente por todo lo contrario, sino por un discurso común, por una interpretación comprensiva o recolectora (del estructuralismo, del psicoanálisis, de la fenomenología, de la religión)<sup>2</sup>. ¿Qué significado tiene esto? Que la filosofía hermenéutica pretende asumir lo útil y valioso del pensamiento crítico, trata de cruzar las propuestas y aportaciones que provienen de diferentes enfoques y puntos de vista e, incluso, de culturas diversas. Se trata también de construir un discurso y no sólo de derribar, desmontar y deconstruir. Se trata de no dejar que la postmodernidad se instale definitivamente en el nihilismo y, en suma, de ir abriendo caminos que permitan al discurso una cierta restauración del sentido.

Así pues, en este estudio se desarrollará una metodología hermenéutica que nos debe servir de guía en las reflexiones en torno a la concepción y ejercicio del derecho,

---

<sup>1</sup> Como dice P. RICOEUR (1978: 297): «Pedimos a la filosofía dos cosas a la vez: arbitrar la guerra de las hermenéuticas e integrar todo el proceso de la interpretación en la reflexión filosófica. Es decir, estas dos cosas: sustituir una antítesis, que dejaba a las partes adversarias como extrínsecas entre sí, por una dialéctica en que cada una de ellas nos remita a la otra; simultáneamente y por medio de esta dialéctica, llevarnos de la reflexión abstracta a la reflexión concreta». También ARISTÓTELES, *Tópicos*, I, 101b 1-5; destacó la importancia de la dialéctica —al ser adecuada para examinar cualquier cosa— y, en este sentido, afirmó que la dialéctica abre camino a los principios de todos los métodos. El Estagirita trató de encontrar la capacidad de razonar acerca de las cosas que se dan como plausibles. Es decir, cosas discutibles al margen de las leyes de la naturaleza (donde las cosas se dan de una sola manera y, por tanto, la capacidad de razonar acerca de ellas ha de tener en cuenta la necesidad y no la plausibilidad). Por tanto, el objeto del razonamiento dialéctico ha de ser de un modo preciso una cuestión verdaderamente discutible. En efecto, no debemos perder el tiempo debatiendo cosas que son verdaderas o falsas, ARISTÓTELES, *Sobre las refutaciones sofísticas*, 183a 35-183b 1-10. Y por eso decía Aristóteles que, ante la falta de plena seguridad, SÓCRATES, centrado en los temas morales más controvertidos, preguntaba y no respondía. Ahora bien, frente a la humildad socrática, ARISTÓTELES encomienda a la dialéctica y a la crítica la tarea de razonar en estos temas; eso sí, huyendo de la argumentación sofística.

<sup>2</sup> P. RICOEUR (2003: 115 y ss.).

que nos ha de orientar en el llamado rodeo del análisis<sup>3</sup>. Rodeo hermenéutico que no sólo ha ir envolviendo y dando razón del derecho, sino que también se ha de concretar y recaer específicamente en este artículo. Pongamos en práctica lo dicho. El método hermenéutico básicamente distingue dos momentos principales que deben retroalimentarse y que desarrollaremos posteriormente de un modo más preciso en el terreno jurídico: el de la hermenéutica elaborativa y el de la hermenéutica aplicativa. Por un lado, la hermenéutica elaborativa conduce del fin a la forma y, por otro lado, la hermenéutica aplicativa orienta el traslado de la forma al fin. Sólo de este modo, sin romper la relación entre la forma y el fin, es posible defender una cierta coherencia y unidad de sentido en los dos momentos hermenéuticos.

Partiendo de estos presupuestos, afirmamos que sólo así conseguiremos mantener la consistencia lógica en la delicada y frágil relación que ha de haber entre una fase de elaboración formal y otra fase de aplicación y cumplimiento de los fines. Por consiguiente, y por lo que aquí interesa, en un primer momento hermenéutico será la propia investigación (el fin) la que nos impulse y conduzca a la forma, estructura y composición concreta de este artículo. Y, en un segundo momento hermenéutico, habrá de ser la propia ordenación, formalización y comprensión de lo estudiado (la forma) la que nos guíe en las posibles aportaciones, desarrollos y conclusiones que den fin al presente estudio.

### 3. UN NUEVO ENFOQUE DEL DEBATE

Como hemos dicho, este estudio se dirige a analizar la compleja realidad teórica y práctica del derecho contemporáneo: cómo hemos de concebir y operar en el ámbito jurídico. O dicho de otro modo, cómo se ha de concebir lo jurídico en el Estado constitucional del siglo XXI; y, en consecuencia, qué transformaciones y cambios han sido y son necesarios para comprender y operar con mayor eficacia en el complejo y ambiguo mundo del derecho. Por consiguiente, dos puntos, aunque sea brevemente, merecen ahora ser destacados y comentados: uno, la formación de la llamada estructura político-jurídica (pues nos permite poner en perspectiva histórica los problemas que vamos a tratar); y dos, el influjo del movimiento neoconstitucionalista (que nos sitúa en el centro de las controversias y discusiones contemporáneas).

Punto uno: en efecto, es preciso tener en cuenta que el debate sobre la concepción del derecho se deriva de un contexto más amplio<sup>4</sup>. No se puede olvidar que el derecho aparece y se desarrolla siempre en una comunidad política. La cuestión central, a grandes rasgos, se puede formular de la siguiente manera: ¿cómo articular, fortalecer y desarrollar una estructura político-jurídica justa? De este modo, se comprueba que el problema de la convivencia y el orden en una comunidad humana presenta en-

<sup>3</sup> Junto a Paul RICOEUR y en la misma dirección, entre otros: el filósofo suizo A. DE MURALT (1985; 1993), el filósofo del derecho J. C. MUINELO (2003; 2011; 2013); también M. BASTIT (1990); M. BEUCHOT (2003); J. M. ESPINOSA (2011) y R. VEGA (2011; 2013).

<sup>4</sup> Como dice J. F. LYOTARD (1989: 11), más allá de la incredulidad propia de la condición postmoderna —dado el hundimiento de la metafísica y el generalizado desprecio hacia dicho saber—, la cuestión abierta en nuestras sociedades es esta: ¿es practicable una legitimación del lazo social en el escenario en el que se desarrolla la postmodernidad?, ¿es posible una sociedad justa en este nuevo contexto?

trelazados, entre otros, aspectos sociales, políticos, éticos y jurídicos. Ahora bien, en nuestra investigación interesa comprender específicamente el significado y razón de ser del ordenamiento jurídico del Estado, es decir, el importante papel del derecho en el modo de conformar la estructura político-jurídica. Así pues —y partiremos de este presupuesto—, quizás se pueda contribuir a la construcción de una estructura político-jurídica justa si logramos aportar más luz en torno a la adecuada concepción teórica y el consiguiente ejercicio práctico del derecho.

Manuel ATIENZA se refiere a dicho problema de la siguiente manera: en vez de aludir a la génesis y formación de una estructura político-jurídica justa —como hacemos en este artículo— prefiere otra terminología y habla del origen de la democracia y la justicia en relación con la teoría de la argumentación jurídica. «Es interesante además advertir que ese enfoque pragmático de la argumentación está, en la cultura griega, vinculado a la democracia y al derecho». En efecto, nos ocupamos hoy de poner al día nuestra concepción del derecho, de analizarla, criticarla y, en su caso, reformularla; pero, para ATIENZA, también es importante tener en cuenta los orígenes y destacar cómo han contribuido la retórica y la dialéctica a recuperar y renovar la tradición clásica. En este sentido, ATIENZA cita los nombres de PERELMAN y GADAMER, «...y, en fin, tampoco puede extrañar que el auge que hoy se ve de los estudios pragmáticos de la argumentación tenga lugar en un contexto cultural en el que el Estado constitucional de derecho y la democracia deliberativa parecen haber alcanzado el estatus de ideales regulativos que deben guiar la realidad jurídica y política de nuestras sociedades»<sup>5</sup>.

Por nuestra parte, aquí simplemente diremos que la relación entre fuerza y razón, tal y como se planteó en Europa en los orígenes del Estado moderno<sup>6</sup> (con la primacía de la fuerza o del poder, en el Estado absolutista), se ha invertido en nuestros días, al menos teóricamente (con la primacía de la razón sobre la fuerza: sea apoyada en la noción del Estado Social y de derecho, sea derivada de los valores implícitos en los derechos fundamentales de la persona o derechos humanos). No decimos, pues, nada nuevo cuando afirmamos que el derecho en las llamadas sociedades avanzadas se apoya en unos principios y valores comúnmente aceptados, y generalmente recogidos en los textos constitucionales. Esto es, el empleo de la fuerza pública se haya sometido a un ejercicio jurídicamente controlado y racional. De este modo, el Estado constitucional contemporáneo parece pues, el escenario adecuado para la aparición, expresión y formulación de un nuevo enfoque del derecho. Es decir, para el desarrollo y aplicación en dicho escenario de una concepción del derecho esencialmente guiada por el orden de las razones y la idea de lo justo<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> M. ATIENZA (2006: 249 y 250).

<sup>6</sup> En este sentido, entre otros muchos, P. ANDERSON (1974), P. HAZARD (1961) o J. ISRAEL (2010).

<sup>7</sup> Aunque, obviamente y por el contrario, la democracia constitucional también ha sido y puede ser el escenario de la frustración de estos intentos de regeneración de las instituciones políticas y jurídicas. La indudable fragilidad de un sistema de libertades implica que, si no se trabaja conjuntamente en la dirección adecuada, será fácil tropezar o equivocar el rumbo; y nos encontraremos con injustas y crueles desigualdades, con el creciente desarrollo de la corrupción, la indignación y crispación social... Es imposible, y sería absurdo, ocultar estos problemas. Sin duda, hemos de contar siempre con las permanentes y renovadas dificultades que en nuestra época postmoderna provocan unos poderes cada vez más sutiles y perversos. Sin embargo y pese a todo, estos poderes y fuerzas disgregadoras no suponen un obstáculo definitivo e insalvable, ni siquiera constituyen (desde el punto de vista de la historia de las relaciones entre la razón y la fuerza) una importante novedad. En este sentido, L. FERRAJOLI (2011: 107) y R. VEGA (2014).

Y punto dos: resulta indiscutible e ineludible constatar, de otra parte, la renovación de los análisis y discursos sobre la política y el derecho tras la irrupción del neoconstitucionalismo en el pensamiento jurídico. Pues bien, lo que aquí nos interesa del movimiento neoconstitucionalista es que, de algún modo, nos obliga a replantearnos el significado de las concepciones tradicionales del derecho. Nos obliga a considerar el alcance y vigencia de estas concepciones<sup>8</sup>. Cabe entender, entonces, el debate nuevamente abierto por el neoconstitucionalismo como una oportunidad para el avance y la reformulación del derecho contemporáneo. Es decir, en este contexto es oportuno reconsiderar la naturaleza de lo jurídico; en este contexto parece evidente que resulta necesario y es pertinente renovar las reflexiones sobre el derecho, su fundamento y sus fines<sup>9</sup>.

Todo ello nos lleva inevitablemente a enfrentarnos con la pregunta esencial acerca de la esencia y sentido del derecho. Por tanto, es el mismo desarrollo de la disputa el que nos conduce al centro de nuestro estudio sobre las concepciones del derecho. Y esto permitirá plantear, seguidamente, la discusión principal en torno a la concepción más comprensiva posible de los problemas jurídicos. Recapitemos pues. Ya hemos señalado las profundas transformaciones operadas en la estructura político-jurídica en la que vivimos y el potente influjo del movimiento neoconstitucionalista en las tradicionales concepciones del derecho. Queda, pues, centrar el estudio y derivar ahora nuestra atención hacia los nuevos modos de enfocar y reformular el problema.

Para ello la filosofía hermenéutica ha de servirnos de guía. Y así, en líneas generales, la hermenéutica jurídica concibe el derecho como una relación justa, es decir, como

---

<sup>8</sup> Debemos aclarar que llamamos concepciones clásicas o tradicionales del derecho a las formuladas por los iusnaturalismos, positivismos y realismos o sociologismos jurídicos. No cabe discutir las grandes aportaciones de estas escuelas en la historia del pensamiento jurídico. Ahora bien, la grandeza de estas concepciones clásicas se suele enlazar con ciertas limitaciones. Y así, los iusnaturalismos han sabido mostrar la relevancia capital de la dimensión final o valorativa del derecho; pero también hemos aprendido que si se reduce el derecho a unos fines o valores predeterminados, se cae en una inaceptable moralización del derecho. Por su parte, los positivismos jurídicos han contribuido a profundizar en el análisis y comprensión de la dimensión formal o normativa del derecho; pero la experiencia histórica nos ha enseñado que si limitamos el derecho a los exclusivos márgenes de la forma normativa o la ley codificada, no se tardará en incurrir en los graves errores de los llamados formalismos jurídicos. Y finalmente, los realismos o sociologismos jurídicos nos han recordado la importancia y valor fáctico de la dimensión material o social del derecho; pero hoy también sabemos que si se concibe el derecho como mero hecho social o como permanente adaptación a las variables demandas de la masa social, no podremos escapar del inevitable relativismo ligado a todo materialismo sociológico. En este sentido, L. PRIETO SANCHÍS (2003: 117) señala que el Estado constitucional de derecho contemporáneo parece reclamar una nueva teoría del derecho; con todo lo que significa una nueva explicación alejada de los esquemas del llamado positivismo teórico.

<sup>9</sup> No obstante, la aparición e influjo del movimiento neoconstitucionalista lleva a los autores a considerarlo de muy diversas maneras: en opinión de ATIENZA (2006: 44 y 54), el positivismo jurídico ha agotado su ciclo histórico y, para este autor, no cabe duda de que se está gestando una nueva concepción del derecho. M. CARBONELL (2007: 9) se pregunta si realmente hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo o si, simplemente, se trata de una llamativa etiqueta vacía. En cambio, para L. FERRAJOLI (2007: 71 y también en 1999: 15) no hay duda de que estamos ante un verdadero cambio de paradigma político y jurídico; un cambio ante el que no se ha tomado todavía suficiente conciencia. Desde presupuestos ilustrados y liberales, L. PRIETO SANCHÍS (2003: 15) entiende de un modo más sencillo el (neo)constitucionalismo como una forma de limitación al poder. Por su parte, G. ZAGREBELSKY (2008: 34) se muestra contundente: «...si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho».

lo que establece, ajusta o pone en relación la forma y el fin de lo jurídico. Es preciso analizar concretamente esto. El fin del derecho (la determinación de lo justo general y particular) constituye la base informada, esto es, el fin ha de estar recogido en una concreta forma jurídica (ya sea la ley o la sentencia). Y, a su vez, la forma del derecho (Legislación y Jurisprudencia), conformada por el fin, ha de expresar y facilitar el efectivo cumplimiento de lo justo general y particular<sup>10</sup>. Y se podría decir, además, que no sólo la lógica y el peso de las razones exige en el campo de la Legislación este doble recorrido interpretativo (de la forma al fin y del fin a la forma), sino que surge y aparece hoy, como una firme reclamación ciudadana teñida de indignación, el necesario compromiso y la obligación de los juristas de abandonar y rechazar definitivamente los habituales reduccionismos jurídicos. Esto es, ya sea la unívoca imposición de unas leyes por vías más o menos elitistas o autoritarias (forma sin fin, o sin un fin común); ya sea el equívoco tejer y destejer legislaciones que cambian en función de intereses meramente partidistas (fin sin forma, o sin forma estable y definida). En el campo jurisprudencial, este recorrido interpretativo también nos permitiría alejarnos de los nocivos reduccionismos: ya sean las rutinarias y burocratizadas decisiones de una magistratura univocista (forma que olvidó el fin de administrar justicia), ya sea la arbitraria equivocidad a la que puede conducir el fenómeno de los llamados jueces-estrella (fin al margen de una forma común y objetivada)<sup>11</sup>.

Ciertamente, podemos observar cómo en el momento inductivo o elaborativo los modelos hermenéuticos dan primacía al fin (los principios), y en el momento propiamente interpretativo o aplicativo conceden preferencia a la forma (las reglas). Esto es así, pero sólo en cierto modo. Por tanto, hemos de matizar que, desde el punto de vista de la hermenéutica jurídica, estos dos momentos no se pueden entender como una polaridad de fuerzas enfrentadas (que daría lugar a que unos afirmen, por un lado, un «derecho de principios»<sup>12</sup> frente a otros que defiendan, por otro lado, un «derecho de

<sup>10</sup> La pregunta que planea sobre este tema es ¿qué espacio ha de ocupar la dimensión valorativa en el derecho? J. J. MORESO (2013: 177) defiende lo que llama la tesis de la incorporación de la moralidad en el derecho. Es decir, considera que —sin abandonar la primacía de la dimensión normativa— la incorporación de la moral, los valores y los fines al derecho puede ser vista como el proceso que levanta progresivamente el velo de la opacidad de las reglas. Para P. COMANDUCCI (2009: 86 y 100), la constitucionalización del derecho supone la existencia de una Constitución invasiva que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Y sin embargo, la teoría del derecho neoconstitucionalista, según este autor, a fin de cuentas no sería más que el positivismo jurídico de nuestros días.

<sup>11</sup> En este sentido, R. ALEXI (1989: 30) afirma: «A partir del hecho de que la Jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones, sería un error deducir que, en la medida en que éstas son necesarias, hay un campo libre para las convicciones morales subjetivas del o de los aplicadores del derecho. Tal conclusión sólo sería necesaria si no existiera en absoluto ninguna posibilidad de objetivar estas valoraciones». Por su parte, M. J. RODRÍGUEZ PUERTO (2011: 34 y ss.) ofrece una excelente presentación de lo que llama la etapa inicial de la Hermenéutica jurídica (principalmente Josef ESSER y Arthur KAUFMANN). M. J. RODRÍGUEZ PUERTO (2011: 113) no tiene dudas cuando afirma que la práctica jurídica está destinada a seguir el cauce de una frónesis de corte aristotélico. Y según el propio J. ESSER (1956: 27): «La unidad del “sistema”, en vista del necesario antagonismo de diversos factores y principios, no radica en un *corpus iuris* previamente dado, sino que cada vez se instaura de nuevo en el acto de interpretación. Por consiguiente, los principios del derecho tampoco son elementos estáticos de una construcción escolástica cerrada, sino *topoi*, puntos de vista discrecionales en la estimación jurisprudencial, base autorizada y legal de la argumentación».

<sup>12</sup> Y así, frente al anterior predominio de un «derecho de reglas» en la Europa continental (movimiento codificador, Estado Legislativo de derecho...); en sentido diametralmente opuesto, J. ESSER (1956: 381) defiende un «derecho de principios». «En la vida jurídica hay algo que es más importante que el moderno arte legislativo: la ininterrumpida tradición en el empleo por parte de los juristas de los principios comunes del derecho,

reglas»<sup>13</sup>. Es por ello que la metodología hermenéutica distingue dos momentos dentro de una única relación. Esta concepción unitaria se basa en la inescindible unidad de los aspectos formales y finales que constituyen la relación justa. No cabe, pues, aplicar sin más reglas jurídicas que no se ajusten a los casos concretos, que no resuelvan sino que atasquen los problemas jurídicos particulares. Y tampoco nos podemos conformar con formular, a partir de ciertos principios, concepciones del derecho sin base material, sin auténtico apoyo en la base social ciudadana. He aquí la verdadera importancia de la hermenéutica jurídica. En este punto encontramos su relevante papel: los dos momentos hermenéuticos (de inducción y de interpretación) están destinados a evitar que sigamos incurriendo en el terreno del derecho en los consabidos formalismos o idealismos jurídicos<sup>14</sup>.

#### 4. CLAVES PARA REORDENAR EL DEBATE

Buscamos una concepción del derecho amplia y abarcadora. Pero, ¿a qué llamamos una concepción comprensiva del derecho? Muy brevemente, diríamos que dicha concepción implica y ha de ordenar, al menos, cuatro dimensiones del derecho; que las cuatro dimensiones se pueden englobar en dos modos principales de lo jurídico; y que, finalmente, la unidad y coherencia del derecho quedarían garantizadas cuando se relacionaran recíprocamente sus dos modos principales (formal y final)<sup>15</sup>.

Se puede seguir fácilmente esta línea argumentativa tomando como referencia la muy conocida y divulgada teoría tridimensional del derecho de Miguel REALE. A sus famosas tres dimensiones del derecho (fáctica, normativa y valorativa) añadimos una dimensión eficiente o agente que ponga en marcha (en acto o ejercicio) la mera teorización<sup>16</sup>. Por tanto, una concepción comprensiva del derecho articula, como decíamos, cuatro dimensiones: una dimensión fáctica o material (las relaciones y los litigios de los

---

que a salvo de los intereses del día y de la ley política de los detentores del poder y de su ideología, mantienen erecto el prototipo del respeto y responsabilidad sociales que define una época y un círculo de cultura».

<sup>13</sup> Para R. DWORKIN (1992: 164 y 287) el derecho no es más que un concepto interpretativo, que depende fundamentalmente de la interpretación constructiva de los jueces (apoyada en los principios de justicia, equidad y debido proceso). En dirección opuesta, P. COMANDUCCI (2011: 95 y ss.) se declara contrario a un neoconstitucionalismo principialista; aunque nada tendría que oponer e incluso admitiría un neoconstitucionalismo normativo o neopositivista.

<sup>14</sup> Como muy bien dice J. M. ESPINOSA ARES (2011: 114 y 118), desde KANT numerosos juristas han creído que la idea de lo jurídico —al igual que la verdad científica— no se inducía de la cosa o concreta relación jurídica, sino que se ha de deducir de la conciencia. La conciencia del sujeto individual que, de este modo, construirá su moral y su derecho. «No es la naturaleza, no es el ser, no es la relación ontológica el fondo de legitimación que soporta la construcción de la ley o su institucionalización política. La razón de la norma no trae causa del ser. La norma sólo se deduce del orden de posibilidad que representa la libertad del sujeto. [...] La propuesta moderna, de la que Kant es, posiblemente su representante más conspicuo, define el derecho idealmente, deductivamente, a través de la premisa de la libertad subjetiva absoluta». Por su parte, ya H.-G. GADAMER (1999: 383 y ss.) puso de manifiesto la actualidad hermenéutica de ARISTÓTELES. No cabe duda, pues, que la filosofía hermenéutica, más que el criticismo kantiano, entronca mejor con la tradición aristotélica.

<sup>15</sup> Sigo en este punto, con algunos matices, los planteamientos de J. C. MUINELO (2011). Se trata, ciertamente, de una concepción del derecho muy amplia, genérica y flexible. Dicha concepción pretende ser integradora e inclusiva y, en todo caso, se presenta como una concepción abierta y capaz de un diálogo fructífero con todo tipo de planteamientos: ya sean más clásicos o tradicionales, ya sean más vanguardistas, analíticos, fenomenológicos o hermenéuticos.

<sup>16</sup> M. REALE (1997).



ciudadanos, en tanto que materia social); una dimensión normativa o formal (la Legislación y la Jurisprudencia, en tanto que textos jurídicos formalizados); una dimensión agente o eficiente (el Parlamento y los Tribunales, en tanto que principales centros de actuación de los operadores jurídicos); y, por último, una dimensión valorativa o final (lo justo general y lo justo particular, en tanto que fin propio exigido a los legisladores y a los jueces por el marco constitucional).

A su vez, presentamos lo jurídico como la unidad de forma y fin. Esto es, constatamos en la realidad jurídica dos relevantes modalidades del derecho: el modo formal y el modo final. Por tanto, desde este enfoque comprensivo se podrá decir que el derecho es tanto el establecimiento formal de las disposiciones normativas (ya que la forma ha de dar razón de la materia), como su puesta en ejercicio en pos de un fin concreto (dado que para el cumplimiento de los fines se requieren inexcusablemente unos agentes o instituciones concretas y determinadas que los lleven a cabo). El modo final —o los aspectos prácticos del derecho— se integra con el ejercicio encaminado a la determinación de la cosa justa: unas leyes en interés de la ciudadanía y unas sentencias oportunamente ajustadas a cada caso particular. En consecuencia, la tesis que aquí se sostiene es, en realidad, muy sencilla: si conseguimos distinguir (sin separar) las cuatro dimensiones del derecho, lograremos dotar al ámbito jurídico de una cierta unidad. Unidad, rigor lógico y sentido en la teoría y la práctica del derecho. En definitiva, una unidad analógica, como veremos, que nos ha de permitir eludir las diferentes concepciones reductoras del derecho<sup>17</sup>.

Sobre la base de la unidad analógica del derecho, Paul RICOEUR nos revela ciertas claves que, creo, es oportuno recordar y reactivar. El pensador francés trató de conciliar los diversos modos de pensar, operar e interpretar en el mundo del derecho (interpretaciones tradicionales, postmodernas, críticas, etc.). Tal vez, la intención última de su obra era llevar a cabo —asumiendo todos los ángulos y enfoques posibles— una interpretación de la cultura en general (no sólo del derecho). Aunque, como es obvio, lo que aquí más nos interesa son las aplicaciones y derivaciones de la filosofía hermenéutica al mundo del derecho. Nos interesa especialmente la idea de armonizar y conjugar oportunamente los aspectos sociales, morales, normativos y políticos que confluyen en el ámbito jurídico. Compartimos, entonces, con RICOEUR el interés por perfilar y hacer aparecer una concepción lo más comprensiva posible del derecho.

RICOEUR ofreció, a mi juicio, una de las principales claves para centrar bien el debate: «La cuestión más importante es saber si es preciso atenerse a una concepción puramente antinómica de la polaridad interpretación/argumentación»<sup>18</sup>. O dicho de otro modo, si es preciso mantener en el terreno del derecho la preponderancia y hege-

---

<sup>17</sup> Es fundamental en el mundo del derecho poder escapar, combatir y rechazar todo tipo de reduccionismo jurídico. Las concepciones empobrecedoras del derecho han lastrado decisivamente el desarrollo de las sociedades humanas hacia instituciones políticas y jurídicas más justas. Resulta pues, muy necesario que, en primer lugar, los propios juristas sean capaces de detectar y desvelar la muy diversa reaparición y permanente multiplicación de los modos reductores de lo jurídico: los sociologismos y realismos jurídicos radicales (reducción del derecho a la dimensión material); los formalismos y legalismos (dimensión formal); los autoritarismos y voluntarismos (dimensión agente); y, en fin, por citar sólo los más conocidos, los moralismos y teologismos jurídicos (dimensión final).

<sup>18</sup> P. RICOEUR (1999: 157). La apuesta de RICOEUR es clara: en el pensamiento jurídico es necesario el paso de una concepción estrictamente deontológica, a su reinterpretación en términos de sabiduría práctica.

monía del «argumentar»; frente al recelo o rechazo del «interpretar» con una amplia y potente hermenéutica jurídica. En definitiva, ¿por qué consideramos que la argumentación a partir de reglas puede englobar todo lo relativo al ejercicio del derecho? ¿Por qué no sabemos encajar la interpretación a partir de principios como parte del proceso discursivo que ayuda a la determinación de la cosa justa?

Concretemos un poco más la posición de RICOEUR. Como sabemos, el juicio zanja la cuestión, decide y concluye la discusión jurídica. Pero el proceso es —dicho con la terminología de HABERMAS— un segmento de la actividad comunicativa de una sociedad; un intercambio de argumentos y diferentes puntos de vista. «Antes de constreñir, —dice RICOEUR— la sentencia apunta a dictar derecho, es decir, a situar las partes en su justa posición»<sup>19</sup>. Obviamente, RICOEUR también defiende el carácter discursivo y argumentativo del ámbito jurídico, pero rechaza con firmeza todo enfoque del derecho que incurra en aquella polarización: argumentación/interpretación. No se pueden separar los aspectos formales y finales del derecho. Y en este sentido, no cabe defender una argumentación jurídica a partir de reglas formales completamente opuesta y enfrentada a una interpretación del derecho en base a principios que orientan la práctica jurídica. Por tanto, la lógica analógica, que desarrollan los operadores jurídicos en función de los postulados hermenéuticos, ha de garantizar la unidad de forma y fin en el derecho. No cabría, entonces, plantear la argumentación y la interpretación jurídicas como actividades separadas o antagónicas<sup>20</sup>.

Y es aquí, con la explícita referencia de RICOEUR a la prudencia y a la equidad en tanto que virtudes mediadoras entre la interpretación y la argumentación jurídicas, donde aparece otra de las claves que contribuyen decisivamente a reordenar el debate. Por un lado —de un modo muy general que luego matizaremos—, propone el filósofo francés activar el juego de la prudencia en la estela de la *phronesis* de los trágicos griegos y de la ética aristotélica. Y por otro lado, también propone, junto al incuestionable peso de las reglas en el derecho, restituir a la equidad la fuerza que en un principio ARISTÓTELES le había atribuido<sup>21</sup>.

En resumen, hemos de distinguir la forma y el fin del derecho sin separarlos. El carácter discursivo o procedimental del derecho ha de estar siempre orientado y condicionado —éste es el matiz importante— a la consecución de su fin propio: la elaboración de buenas leyes en los Parlamentos y la adecuada resolución de los casos concretos en la Administración de Justicia. De este modo, la idea de justicia de la que habla RICOEUR, cabría concluir, constituye el ineludible momento reflexivo que nutre

<sup>19</sup> P. RICOEUR (1993: 54).

<sup>20</sup> El vaivén dialéctico en el derecho es un mal no atajado, pero suficientemente conocido. Por ejemplo, para su operatividad jurídica, dice R. GUASTINI (2008: 79), todo principio exige concretarse, esto es, debe ser transformado en una regla. Por el contrario, R. DWORKIN (1984: 101) propone desembarazarnos del modelo de las normas o «derecho de reglas». Y así, de los excesos formalistas de un positivismo jurídico unívoco —como ha señalado M. ATIENZA (2006) con las críticas de PERELMAN, VIEHWEG y TOULMIN, y posteriormente de la llamada teoría estándar de la argumentación jurídica— pasamos al exceso de equívocidad y desgobierno entre los jueces como denuncian, entre otros, A. NIETO (2004) o el propio R. GUASTINI (2008: 42). Ha sido, quizá, M. BASTIT (1990) quien mejor ha sabido rastrear los orígenes y describir los excesos de un derecho unívoco, equívoco y dialéctico.

<sup>21</sup> P. RICOEUR (2008: 15 y 16). También P. AUBENQUE (1999: 43) recuerda en su reconocido estudio que la tradición moral de Occidente no ha sabido retener la definición aristotélica de la prudencia.

e impulsa a la argumentación e interpretación jurídicas para un ejercicio del derecho bien fundamentado<sup>22</sup>.

## 5. ¿HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DERECHO?

Por todo lo anterior, cabe presentar y defender una concepción del derecho que lo entiende y ejerce como la unidad de forma y fin. El derecho se traduce en una aplicación de la idea de justicia (fin del derecho), así como se cifra, tras un proceso argumentativo, en el establecimiento de unas disposiciones normativas (forma jurídica). Pero el derecho ¿es esencialmente forma?, ¿o es efectivamente el logro de un fin? Por un lado, cabe sostener que el carácter argumentativo del derecho deba enlazarse con los aspectos formales, con la argumentación reglada, con la dimensión normativa del derecho. De este modo, el proceso discursivo (en el Parlamento o en los Tribunales) ha de concluir en una síntesis formal (bien sea la forma de la ley o la de la sentencia). Pero, por otro lado, también se puede defender que es la idea de justicia la que pone en juego los relevantes aspectos finales del derecho y, por ello, reclama y da entrada a una ponderada interpretación, a una innegable dimensión valorativa. Ahora bien, ambos enfoques son válidos si, en lugar de entenderse de modo excluyente, somos capaces de complementarlos. Desde un enfoque hermenéutico, estos dos polos no deben funcionar nunca por separado; el razonamiento jurídico, precisamente a través de la lógica analógica, ha de encontrar y mostrar el camino para articular la forma y el fin coherentemente.

Es importante retener, por tanto, que bajo estos presupuestos interpretación y argumentación no chocan dialécticamente, sino que constituyen una nueva manifestación del círculo hermenéutico. ¿Por qué? Porque, por un lado (y vamos de la forma al fin): Legislación y Jurisprudencia, y más concretamente los actos de los legisladores y jueces, han de ir encaminados al ejercicio de lo justo general y particular. Nos estamos refiriendo al ejercicio práctico del derecho a través del correcto funcionamiento del Parlamento y los Tribunales. Aquí lo importante es la determinación de la cosa justa, esto es, una hermenéutica aplicativa guiada por la idea de justicia. Y, por otro lado (y vamos del fin a la forma): lo justo general y particular se han de expresar en específicas disposiciones o textos jurídicos (leyes y sentencias). En este sentido, se podría decir que el conocimiento y desarrollo teórico del derecho es posible gracias a que los continuos actos legislativos y judiciales (que han de cumplir el fin del derecho) van conformando la estructura o modo formal; a que dichos actos han de concluir en textos jurídicos específicos. Aquí —si queremos cerrar el círculo— lo decisivo es la ela-

---

<sup>22</sup> Para P. RICOEUR (1993: 36), en definitiva, el concepto de justicia, «constituye la idea reguladora que preside esta práctica compleja que pone en juego conflictos típicos, procedimientos codificados, una confrontación reglada de argumentos, y finalmente, el pronunciamiento de una sentencia». En este sentido, se puede considerar acertada la intuición de J. ESSER (1956: 73), «El papel de la lógica jurídica no podría tener la importancia constitutiva que de hecho posee, si no fuera un reflejo de últimas valoraciones y decisiones de justicia. Y esto no sólo en base a conceptos “guarnecidos” de ideas de valor, sino por el continuo paralelismo en que discurren el pensamiento finalista y la fórmula lógica, la cual expone lo jurídicamente adecuado presentándolo simplificada como una necesidad mental. Tal necesidad sólo es, pues, derivativa, condicionada por el fin».

boración y establecimiento de las formas jurídicas adecuadas (leyes y sentencias justas), esto es, una hermenéutica elaborativa conducida por el oportuno proceso discursivo<sup>23</sup>.

José Carlos MUINELO va un poco más allá y nos da una nueva clave: «El derecho al implicar una relación entre cosas no puede comprenderse conforme a un único sentido abstraído de los demás (pues no existe un criterio que permita dar más sentido a la consideración normativa del derecho que a la consideración sociológica o a la axiológica). [...] El ser del derecho se articula lógicamente, pero no por una definición, estricta, sino por una lógica que implica varios sentidos entrelazados entre sí, la analogía»<sup>24</sup>. Para MUINELO, el derecho implica una relación a la que se pueden atribuir varios sentidos. Una definición unívoca es absurda en tanto que siempre se mostrará incapaz de abarcar la realidad jurídica con todas sus implicaciones. Sin embargo, esto no quiere decir que el derecho, por el contrario, opere esencialmente bajo una lógica equívoca. El ser del derecho, dice MUINELO, se articula coherentemente a través de una lógica analógica. A la unidad del derecho se accede, entonces, por medio de una lógica que implica, ordena y distingue una variedad de sentidos.

Cabe pues, concebir el derecho como la unidad analógica de sus modos formal y final. Según el planteamiento de MUINELO, la forma constituye la quiddidad del derecho y el fin representa el ejercicio; que, desde este concreto enfoque, se relacionan recíprocamente. El derecho como relación recíproca no debe reificarse —de nuevo se ha de insistir para evitar los reduccionismos— en la sola forma o en el solo fin. Bajo estos presupuestos las distintas dimensiones de la cultura jurídica se han de completar e intentar integrarlas en el discurso jurídico con una lógica común y comprensiva. «A la pregunta qué es el derecho o lo justo en general, esto es a la pregunta sobre las sustancia o quiddidad del mismo, se había respondido de muchas maneras pero siempre atendiendo a estas dos causas principales, la forma y el fin, dejando en principio a un lado el carácter actual que vincula en todo caso, recíproca y totalmente, ambas causas»<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Para M. J. RODRÍGUEZ PUERTO (2011: 4), la preocupación por la concreción en el derecho es uno de los principales empeños de la hermenéutica jurídica.

<sup>24</sup> J. C. MUINELO (2005: 473), «La naturaleza compleja del término “derecho”. Un intento de estructuración de los diferentes planos del discurso jurídico», en *Persona y Derecho*, 52. Como decía C. S. NINO (1997: 11), la pregunta «¿qué es el derecho?» es la que mayor escozor y desorientación provoca entre los juristas. Por su parte, P. RICOEUR (1978: 50) señaló que «Aristóteles fue el primero en discernir perfectamente que el discurso filosófico no se sitúa bajo la alternativa lógica de lo unívoco y lo equívoco, porque el ser no es un “género”; sin embargo, el ser se dice pero “se dice de múltiples modos”». Paralelamente, entonces, el ser del derecho no se puede decir o encerrar en una sola definición, sino que se dice de muchas maneras; se dice, o se debe articular, a través de una lógica analógica. Por eso, afirma J. C. MUINELO (2011: 78 y 80) que la igualdad proporcional es un concepto nuclear de lo jurídico, dado que el derecho es una noción homónima o plurívoca. Y en este sentido, la igualdad así entendida constituye la matriz común que articula todo el discurso de las principales nociones jurídicas.

<sup>25</sup> J. C. MUINELO (2011: 159 y 160). La lógica analógica es la principal herramienta metodológica que permite dotar de unidad al derecho. Por tanto, la lógica analógica propuesta por MUINELO no equivale ni a una mera dialéctica inmanente (que bascularía entre un «derecho de reglas» y un «derecho de principios»), ni a una dialéctica trascendente (que cerraría el discurso entre reglas y principios con la formalización de una Constitución, entendida como tercer elemento extrínseco contenedor a priori de toda solución jurídica). «La Constitución sustantiva o principialista —dice L. PRIETO— suministra razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias, y esto vale tanto para el legislador como para el juez». L. PRIETO SANCHÍS (2007: 219) ve muy bien los peligros en este caso de volver a caer en los reduccionismos jurídicos; transformados ahora en una lucha dialéctica entre los formalismos jurídicos de «los señores de la ley» frente a los sociologismos jurídicos de un incontroldado protagonismo judicial.

Para MUINELO, la unidad de las causas formal y final del derecho se alcanza, pues, al poner en acto una determinada lógica. Una lógica jurídica que ha de vincular analógicamente la forma teórica (concepción del derecho) con el fin práctico (ejercicio). Dicha lógica o razonamiento de los juristas ha de ser capaz de establecer y garantizar la unión entre las diversas concepciones teóricas del derecho (lo jurídico en potencia) y su efectivo ejercicio práctico (lo jurídico en acto)<sup>26</sup>. En definitiva, la lógica analógica constituye y se presenta como un firme apoyo para la actual configuración y desarrollo del razonamiento jurídico. Un potente recurso con el que encarar en el mundo contemporáneo, de un modo unitario y comprensivo, la cambiante multiplicidad de los problemas que surgen y son propios del ámbito jurídico.

## 6. LA UNIDAD DE LO JURÍDICO

Estamos proponiendo —en función de lo dicho anteriormente— un cierto tipo de unidad. Ahora bien, no una unidad del derecho entendida como mera yuxtaposición de reglas. No como el conjunto jerarquizado de normas jurídicas que aparecen en función de los diferentes tipos de gobierno y constituyen el esqueleto formal de un determinado Ordenamiento Jurídico. ZAGREBELSKY lo dice así: «Cualquier ordenamiento jurídico, por el hecho de ser tal y no una mera suma de reglas, decisiones y medidas dispersas y ocasionales, debe expresar una coherencia intrínseca; es decir, debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios»<sup>27</sup>. En suma, no es suficiente con una simple unidad numérica, una estructura normativa teórica. Nos hace falta pues, se hace necesaria, una unidad analógica. Un derecho basado en la analogía, por tanto, ha de demostrar su capacidad para expresar la precisa relación entre sus aspectos teóricos y prácticos.

Veamos esto. Dentro de la dimensión agente (las instituciones jurídicas encargadas de elaborar la forma del derecho), ZAGREBELSKY distingue con claridad lo relativo a la Legislación (legisladores y Parlamentos) y lo relativo a la Jurisprudencia (jueces y Tribunales); y, por tanto, cuándo son importantes los votos y cuándo lo son los principios. En los Tribunales, dice este autor, debe prevalecer el principio deliberativo y, en cambio, en los Parlamentos puede dominar sin graves inconvenientes el espíritu de parte. Es de suma importancia diferenciar, entonces, aquellas cuestiones legislativas

---

<sup>26</sup> «Si analíticamente —dice J. C. MUINELO (2011: 166)— se ha podido distinguir el modo final de lo jurídico en tanto que acto o bien justo y el modo formal de lo jurídico en tanto que quiddidad expresada en la ley, este análisis no deja de estar como en potencia por relación al ejercicio concreto de lo jurídico, el cual informado por la equidad, permite ajustar rectamente los diversos modos de lo jurídico en una unidad en acto aplicativo». Dicho de otra manera, la distinción analítica entre los modos jurídicos formal y final (unidad lógica) se ha de convertir en ejercicio concreto del derecho, en una unidad en acto aplicativo (unidad de ejercicio). Después de tratar en su *Metafísica* acerca de la sustancia (libros VII y VIII) y el acto (libro IX), ARISTÓTELES (2000) se ocupa de la unidad en el libro X, especialmente en *Metafísica*, 1053b y ss. Y, como bien dice P. AUBENQUE (1999: 8), no se puede disociar la teoría ética de la prudencia de las doctrinas metafísicas de ARISTÓTELES.

<sup>27</sup> G. ZAGREBELSKY (2008: 30 y 31). La idea central es pues, que los juristas seamos capaces de ordenar y distinguir en el ámbito de lo jurídico. Esto es, ordenar (o tratar de dar un enfoque global y comprensivo al complejo mundo del derecho) y distinguir (relacionándolos adecuadamente) los diferentes aspectos jurídicos entrelazados. Ordenar y distinguir, en definitiva, en el seno de un derecho que permanentemente reclame y proporcione una unidad lógica y de ejercicio.

que forman parte de lo que se vota, de aquellas otras cuestiones sobre lo que no se vota... porque es *res publica*. Esto es, porque son cosas de todos, porque son cuestiones capitales sobre las que ya se ha votado; porque, en suma, componen lo que poseen en común unos ciudadanos que de otro modo no constituirían una comunidad política<sup>28</sup>.

El principio deliberativo, según este autor, presenta el inconveniente de la discrecionalidad. Sin embargo, distingue una discrecionalidad impuesta por la voluntad de los poderes, de una discrecionalidad que llama «republicana»; donde la lógica analógica está llamada a cumplir y desempeñar un papel de gran relevancia. «La actitud deliberativa no elimina de hecho la discrecionalidad en el juzgar sobre derecho constitucional. Pero cambia su naturaleza y fines: la discrecionalidad como expresión de la voluntad que se impone, propia de los órganos políticos, es una cosa distinta a la discrecionalidad “republicana”, dirigida al consenso sobre la constitución. Y esto constituye el dato que distingue los dos ámbitos»<sup>29</sup>. De este modo, ZAGREBELSKY apunta ya a la necesidad correctora de la analogía en el derecho. La fuerte relación entre la dimensión agente y final ha de impedir la corrupción y que las instituciones jurídicas se desvíen de los fines establecidos por la comunidad. En definitiva, una lógica jurídica basada en la analogía; dado que parece que esta lógica es capaz de ordenar las distintas dimensiones jurídicas, así como determinar y controlar las causas que explican la ductilidad del derecho contemporáneo.

Resulta muy llamativo y destacable que, pese al clima de deterioro y crisis de las principales instituciones políticas y jurídicas italianas, Gustavo ZAGREBELSKY todavía confíe en la importante tarea del derecho y en el trabajo responsable de los juristas. El autor italiano considera que los juristas, aún en esas condiciones, han de ser capaces de practicar un derecho con justicia (unidad de ejercicio) y, por tanto, también pueden y deben expresar un razonamiento jurídico objetivo (unidad lógica). Pese a un cierto desdén hacia los que el autor italiano llama «los ocasionales señores de la ley» (aquellos que prefieren imponer lógicas equívocas e intereses particulares); cabe rescatar y potenciar lo común en el derecho: lo que une sus cuatro dimensiones. Cabe reservar y acotar un campo en el que construir civilizadamente dicha unidad lógica y de ejercicio: lo que une a los textos jurídicos (forma) con el pueblo (materia); lo que une a los fines pretendidos por dicho pueblo y textos (fines) con la labor de las instituciones (agentes). Es posible —según la amplia experiencia de este autor— el ejercicio de la lógica analógica en el derecho. Y por ello, afirma que en nuestras actuales sociedades se ha vuelto imprescindible una convergencia general sobre algunos aspectos básicos que afectan a la convivencia ciudadana<sup>30</sup>.

Avancemos un poco más en la dirección que propone ZAGREBELSKY. Hemos dicho que la lógica analógica ha de dar cuenta de la unidad de lo jurídico articulando recíprocamente el modo formal y el modo final del derecho. Se plantean inmediatamente dos cuestiones capitales: ¿cómo unir la ley a lo justo general, en tanto que constituye su fin propio?, ¿cómo dar razón y forma al texto de la sentencia, en tanto que ha de

<sup>28</sup> G. ZAGREBELSKY (2007: 101 y 102).

<sup>29</sup> G. ZAGREBELSKY (2007: 102).

<sup>30</sup> «He aquí, entonces, la oportunidad de cifrar dicha unidad en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio», G. ZAGREBELSKY (2008: 40).

cumplir su finalidad de determinar lo justo particular?<sup>31</sup> La unidad de forma y fin en el derecho —hemos de decir ahora— se puede explicar y se ha de ejercer a partir de los concretos actos legislativos y judiciales. ¿Por qué? Porque dichos actos nos dan razón común de los dos modos principales del derecho: en primer lugar, en tanto que los actos legislativos y judiciales concluyen en la ley y la sentencia respectivamente (el modo formal del derecho); y en segundo lugar, en tanto que, al mismo tiempo, dichos actos se dirigen a la determinación de la cosa justa (el modo final).

Hablamos, entonces, de una unidad analógica en el derecho en la medida en que quepa hablar de una ley o una sentencia justa, esto es, en la medida en que podamos dar, a la vez, razón formal (el texto) y razón final (el bien de la comunidad) del acto legislativo y judicial. De aquí se deduce que la unidad del derecho apoyada en la lógica analógica implica una unidad lógica o formal (de razones materiales y formales) y una unidad de ejercicio o final (de razones eficientes y finales). Los aspectos teóricos y prácticos del derecho no se pueden o no se deben presentar y considerar disociados, han de responder a una realidad jurídica común. El saber y el obrar jurídicos, la concepción y el ejercicio, han de funcionar recíprocamente.

Por consiguiente, así como la Legislación ha de dar razón de las relaciones y comportamientos de la materia social que ordena y sobre la que recaen dichas leyes, la Jurisprudencia ha de dar razón de los litigios y conflictos jurídicos de los ciudadanos (dimensión material). Y de modo análogo, así como lo justo general que se alcanza con una buena ley, dará razón de la responsabilidad de los legisladores que así obran; lo justo particular (dimensión final), determinado en una sentencia bien fundamentada (dimensión formal) ha de dar buenas razones —a través de la lógica analógica— del compromiso y buen hacer de los jueces honestos (dimensión agente).

## 7. CONCLUSIONES

a) Destacábamos al principio de este trabajo la inutilidad de toda teorización política o jurídica que no conecte con la realidad social, que no ponga el suficiente énfasis en su actualización o puesta en ejercicio. El problema de armonizar la teorización y el ejercicio del derecho es, en efecto, una ardua y discutida cuestión. El origen del problema surge a partir de la pregunta clásica: ¿qué es el derecho? Sin embargo, y limitando considerable y prudentemente la discusión, he querido retomar el debate en un determinado punto, en el preciso punto en el que se produce la irrupción del movimiento neoconstitucionalista en el terreno jurídico. Muy importante ha sido también en este estudio introducir, en el análisis de la cultura jurídica, una dimensión agente o causa eficiente a las tradicionales dimensiones normativa, fáctica y valorativa del derecho.

b) El principal problema al que se ha enfrentado este estudio, dado que busca una concepción comprensiva del derecho, es el de los reduccionismos jurídicos. Dicho problema, se puede decir, ha existido, existe y existirá siempre, dadas las infinitas formas de empobrecer parcelando la rica heterogeneidad del derecho. El recurso fácil que pretende definir y fijar la complejidad de lo jurídico consiste en reducir el dere-

---

<sup>31</sup> Debemos recordar que hacemos analíticamente la distinción entre el modo formal y el modo final del derecho manteniendo su relación analógica, esto es, sin separar el carácter unitario de ambos modos.

cho a una sola de sus diferentes dimensiones. De este modo, en todo tiempo y lugar las concepciones reductoras del derecho se reproducen y multiplican al infinito. Por todo ello, en este trabajo hemos apostado —contra todo tipo de reduccionismo jurídico— por una concepción comprensiva e integradora. Una concepción del derecho, en suma, que apoyándose en una lógica analógica se ocupa conjuntamente del saber y el obrar jurídicos y, por consiguiente, es capaz de mantener la recíproca relación de los aspectos teóricos y prácticos del derecho.

c) Sin perjuicio de futuras reflexiones, este artículo gira básicamente sobre ciertos temas: buscar y operar con una lógica jurídica que relacione la concepción y el ejercicio del derecho; dotar de unidad a las diferentes modalidades de lo jurídico; perfilar una concepción englobadora de la heterogeneidad jurídica. Se podría decir, entonces, que el uso de las nociones analógicas al afrontar estos temas nos ha conducido a una concepción del derecho de base aristotélica y desarrollo hermenéutico. En cualquier caso y sea como fuere, ha sido la lógica analógica la llave que ha facilitado concebir y ejercer un derecho no reductor sino integrador de sus diferentes dimensiones.

Y como la analogía implica una unidad lógica y una unidad de ejercicio, nos hemos apoyado principalmente en los actos legislativos y judiciales con el propósito de mostrar más claramente su funcionamiento. Por un lado, los actos legislativos y judiciales, en tanto que concluyen básicamente en la ley y la sentencia, han de explicar la unidad lógica de materia y forma jurídicas. Una forma jurídica (la Legislación y la Jurisprudencia) que dé cuenta de las relaciones y litigios de los ciudadanos que componen la base material de todo derecho. Y, por otro lado, los actos legislativos y judiciales, en tanto que se dirigen a la determinación de la cosa justa, reclaman la unidad de ejercicio entre unos agentes responsables y unos fines democrática y constitucionalmente determinados. Por tanto, la unidad analógica de forma y fin en el derecho —hemos podido finalmente concluir— puede y ha de ser expresada en leyes y sentencias justas. Y para ello, los legisladores en el Parlamento han de buscar y establecer lo justo general; los jueces en los Tribunales han de precisar lo justo particular.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXYS, R., 1989: *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. de M. ATIENZA e I. ESPEJO, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ANDERSON, P., 1974: *Lineages of the Absolutist State*. Hay traducción de Santos Juliá, *El Estado absolutista*, Madrid: Siglo XXI, 1994.
- ARISTÓTELES, 1994-1995: *Tratados de lógica (Órganon) I y II*. Trad. al castellano de M. CANDEL, Madrid: Gredos.
- (2000): *Metafísica*. Trad. de T. CALVO, Madrid: Gredos.
- ATIENZA, M., 2006: *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.
- AUBENQUE, P., 1963: *La prudence chez Aristote*, Paris: PUF. Trad. de M.<sup>a</sup> J. TORRES, *La prudencia en Aristóteles*, Barcelona: Crítica, 1999.
- BASTIT, M., 1990: *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suárez*, Paris: Presses Universitaires de France. Hay traducción al castellano, *El nacimiento de la ley moderna. El pensamiento de la ley de Santo Tomás a Suárez*, Buenos Aires: EDUCA, 2005.
- BEUCHOT, M., 2003: *Hermenéutica analógica y del umbral*, Salamanca: Editorial San Esteban.



- COMANDUCCI, P., 2009: «Constitucionalización y neoconstitucionalismo», en P. COMANDUCCI *et al.*, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- 2011: «“Constitucionalismo”: problemas de definición y tipología», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34.
- DWORKIN, R., 1977: *Taking Rights Seriously*, London, Gerald Duckworth & Co. Ltd. Trad. M. GUASTAVINO, *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984.
- 1986: *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press. Trad. C. FERRARI, *El imperio de la justicia*, Barcelona: Gedisa, 1992.
- ESPINOSA ARES, J. M., 2011: «El idealismo jurídico kantiano. Una crítica de la crítica», en *RDU-NED 8 (Revista de Derecho UNED)*, Madrid.
- FERRAJOLI, L., 1999: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta.
- 2011: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid: Trotta.
- GADAMER, H.-G., 1999: *Verdad y método I*, Salamanca: Sígueme.
- GUASTINI, R., 2007: *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*. Trad. M. CARBONELL y P. SALAZAR, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid: Trotta, 2008.
- HAZARD, P., 1961: *La crise de la conscience européenne (1680-1715)*, Paris: Arthème Fayard. Trad. J. MARÍAS, *La crisis de la conciencia europea*, Madrid: Alianza, 1988.
- ISRAEL, J., 2010: *A revolution of the mind. Radical Enlightenment and the intellectual origins of modern democracy*, Princeton University Press.
- LYOTARD, J. F., 1989: *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*, Paris: Les Editions de Minuit. Trad. M. A. RATO, *La condición postmoderna*, Madrid: Cátedra, 1989.
- MORESO, J. J., 2013: «Ethica more iuridico incorporata: Luigi Ferrajoli», en *Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Época*, t. XXIX.
- MUINELO, J. C., 2003: «La institución procesal: implicaciones hermenéuticas a propósito de la consideración interpretativa y argumentativa en la aplicación del derecho», en *Doxa*, núm. 26.
- 2005: «La naturaleza compleja del término “derecho”. Un intento de estructuración de los diferentes planos del discurso jurídico», en *Persona y Derecho*, núm. 52.
- 2011: *La invención del derecho en Aristóteles*, Madrid: Dykinson.
- 2013: «La unidad analógica del término derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Época*, t. XXIX.
- MURALT, A. DE, 1985: *Comment dire l'être? L'invention du discours métaphysique chez Aristote*, Paris, Vrin.
- 1993: *L'enjeu de la philosophie médiévale*, Leiden: E. J. Brill. Trad. de J. C. MUINELO y J. A. GÓMEZ, *La apuesta de la filosofía medieval. Estudios tomistas, escotistas, ockhamistas y gregorianos*, Madrid: Marcial Pons, 2008.
- NIETO, A., 2004: *El desgobierno judicial*, Madrid: Trotta.
- PRIETO SANCHÍS, L., 2003: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.
- 2007: «El constitucionalismo de los derechos», en M. CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta.
- REALE, M., 1997: *Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho*, Madrid: Tecnos.
- RICOEUR, P., 1965: *De l'interprétation: essai sur Freud*, Paris: Editions du Seuil. Hay trad. al castellano, *Freud: una interpretación de la cultura*, Madrid: Siglo XXI, 1978.
- 1969: *Le conflit des interprétations: essais d'herméneutique*, Paris: Editions du Seuil. Trad. A. FALCÓN, *El conflicto de las interpretaciones*, Buenos Aires: FCE, 2003.

- 1993: *Amor y justicia*. Trad. T. D. MORATALLA, Madrid: Caparrós Editores.
- 1995: *Le juste*, Paris: Esprit. Trad. A. D. MORATALLA, *Lo justo*, Madrid: Caparrós, 1999.
- 2001: *Le juste 2*, Paris: Esprit. Trad. T. D. MORATALLA y A. D. MORATALLA, *Lo justo 2: estudios, lecturas y ejercicios de ética aplicada*, Madrid: Trotta, 2008.
- RODRÍGUEZ PUERTO, M. J., 2011: *Interpretación, derecho, ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica*, Granada: Comares.
- SERNA, P. (dir.), 2005: *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Granada: Comares.
- VEGA, R., 2011: «Hermenéutica y ley analógica. La concepción del derecho de Michel Bastit», en *Revista ICADE* 82.
- 2013: «Consideraciones en torno a la unidad de la filosofía del derecho de Spinoza», en *Persona y derecho*, núm. 68/1.
- 2014: «Sobre derecho y moral: virtudes, corrupción y regeneración en el mundo jurídico», en *Revista Portuguesa de Filosofía*, vol. 70 (facs. 2-3), Braga.
- VVAA (ed. de M. CARBONELL, 2007): *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid: Trotta.
- ZAGREBELSKY, G., 2007: «Jueces constitucionales», en M. CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta.
- 1992: *Il Diritto mitte. Legge diritto giustizia*, Torino: Giulio Einaudi. Trad. M. GASCÓN, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, 2008.