

EL GIRO HERMENÉUTICO ACEPTADO DESDE LA TEORÍA
ESTRUCTURANTE DEL DERECHO

LUIS Q. VILLACORTA MANCEBO (*)

(*) Universidad de Cantabria.

Resumen: La Hermenéutica ha desarrollado consecuencias teóricas de alcance acerca del conocimiento social, evitando con ello los errores de la autocomprensión metódica de las ciencias del espíritu elaborada durante el siglo XIX. Para la hermenéutica de la facticidad, el contexto objetivo del caso sometido a análisis cobra auténtica relevancia, y la acción de comprender es considerada un saber práctico, un saber actuante. Considerada desde esta perspectiva, la Ciencia del Derecho adopta la forma de reflexión sobre la producción jurídica, y con ello enlaza la concepción sostenida por la *Teoría Estructurante del Derecho*, para la cual, la hermenéutica filosófica adquiere el valor «de ejemplar desde el punto de vista de la “aplicación” y de una “precomprensión” que abarca al propio intérprete». Considerada, pues, a modo de «*teoría de la producción del derecho*», apuesta por el reencontro de Derecho y Realidad: el Derecho como realidad práctica. Así, más allá de la mera «determinación» normativa por la vía de un silogismo subsuntivo, la labor de práctica social propia del trabajador del derecho se entiende creativa, abandonándose la diferenciación entre Norma y aplicación de la Norma, y reconociendo lo inevitable de una complementación jurídica productiva llevada a cabo a través del acto reflexivo de generación jurídica. En este quehacer, en lugar de «aplicar Derecho», la actividad del jurista persigue «extraer el Derecho» en su sentido original y radical, tarea llevada a cabo a través de una concreción progresiva de la Norma adaptada al problema. La Norma jurídica, por tanto, es entendida como «producto», y la resolución de cada caso requiere una nueva producción normativa hasta su entrega como Norma de decisión.

Abstract: «The hermeneutic turn accepted from the structuring theory of Law».

Hermeneutics has developed far-reaching theoretical consequences about social knowledge, henceforth avoiding the mistakes of the methodical self-understanding of the sciences of the spirit devised during the 10

century. For the hermeneutics of facticity, the objective context of the case submitted to analysis becomes truly relevant and the action of understanding is deemed as a practical knowledge, which is an acting knowledge.

Thus considering the Science of the Law from this perspective, it acquires the form of reflection on the juridical production; then there is a close connection between it and the conception supported by the Structuring Theory of Law, for which the philosophical hermeneutics embraces a value that is «exemplary from the point of view of both “the application” and a “pre-understanding”» that attains the interpreter himself. As a result of considering it as the theory of the legal production it is committed to the definitive re-encounter between Law and Reality; The Law as a practical reality. Thus, instead of being limited to the mere task of normative «determination» by means of a substantive syllogism, the work of social practice characteristic of the law practitioners is understood as comprising a creative process, hence leaving the differentiation between the Norm and the application of the Norm and recognising the inevitability of a productive juridical completion carried out through the act of reflection of juridical creation. Since to the Structuring Theory the juridical Norm does not represent the object of the result of the interpretation, the activity achieved by the jurist in the course of his work is intended to «extract the Law» in its original and essential meaning instead of «apply the Law”. This task is accomplished by a progressive realization of the Norm adapted to the problem. The juridical Norm is consequently understood as a «product» and the resolution of each case requires a new production of norms until it is submitted as a decision Norm.

I

Dada su condición científica de instancia categóricamente crítica ante la inautenticidad del objetivismo y el científicismo, así como respecto de construcciones abstractas provenientes del iusnaturalismo racionalista y del razonamiento de la Ilustración, en las que en última instancia también halla fundamento el pensamiento jurídico positivista, la Hermenéutica ha podido desarrollar consecuencias teóricas de importante alcance acerca del conocimiento social. En efecto, decididamente consciente el sujeto de su real incapacidad para acceder a la totalidad comprensiva de la riqueza de pensamiento acumulado que emerge ante su conciencia, desempeña el círculo hermenéutico la función de albergar «una positiva posibilidad de conocer en la forma más original» (*M. Heidegger*), y en él está siempre

presente la tensión fundamental entre la tradición y la actualidad del comprender, merced al *continuum* histórico entre lo que la «cosa» ha sido y lo que es actualmente. Y ello es natural, toda vez que caracterizada la Hermenéutica por *Friedrich Schleiermacher* como el «arte de evitar malentendidos» (1), se nos hace inevitable reconocer que la motivación del presente exige siempre repensar y replantearnos —«pensar con lo pensado»— de manera constante la tradición vital recibida, aunque solo sea por el hecho de que transmitir cómo ha sido la Historia forma parte del propio ser de la misma. Ciertamente, la verdadera experiencia hermenéutica es nítidamente liberadora, porque modifica nuestra percepción inicial de las cosas como había intuido el *Hegel* de la *Fenomenología del Espíritu* y, en este mismo sentido, ha podido afirmarse que «pensar la tradición no es solo reconstruirla, sino continuarla progresivamente» (2). De acuerdo, pues, con lo propuesto por la Hermenéutica, lo que realmente interesa desde el inicio es penetrar en el círculo hermenéutico de la comprensión —que llega incluso a adquirir un *status* ontológico-existencial— del modo más adecuado, al objeto de afianzar de tal manera la cuestión que se ha de comprender que ello permita percatarnos adecuadamente de las presunciones constitutivas del entender, además de aclarar su estructura; por tanto, sin ceder el paso con docilidad a lo que no son curiosamente sino falsas presunciones apriorísticas.

Situados en estos términos, del círculo hermenéutico de la comprensión entendido como horizonte de expectativas —*Erwartungshorizont*— y principio motriz del acontecer dialógico responsable, no hay escapatoria posible —al margen del eventual paso crítico, prácticamente siempre éste necesario (3)—, ni siquiera en el comentario de textos jurídicos, ya que éstos han de ser también comprendi-

(1) Puede verse *Friedrich SCHLEIERMACHER, Hermeneutik und Kritik*, edición e introducción de Manfred Frank, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977.

(2) Hans-Georg GADAMER, *El pensamiento contemporáneo*, Salamanca, 1985. Para el autor, la idea de «Horizonte», en realidad, «evoca la experiencia viva que todos conocemos»; y, según propone, la «mirada» ha de estar siempre «dirigida hacia el infinito de la lejanía, y este infinito retrocede ante nosotros con cada esfuerzo, por grande que sea, y con cada paso, por grande que sea, se abren siempre otros nuevos horizontes».

(3) No obstante, algunas dificultades respecto del carácter de instancia crítica que es posible reconocer a la razón hermenéutica, han sido muy bien expuestas por Paul RICOEUR, *Del Texto a la acción*, FCE, México, 2001.

dos e interpretados: «se comprende para»; puesto que la *hermenéutica de la facticidad* invertirá la relación teológica «tradicional» entre interpretación y comprensión, adentrándonos así en esa especie de aventura tan fascinante como arriesgada en la que ha de realizarse la comprensión (4). Y siempre, claro está, a los efectos de un momento aplicativo-decisorio, porque, lejos de aceptar un saber establecido y firme, cada caso implica una nueva pregunta que por sí misma enriquece la respuesta y se articula como un posterior estadio en el diálogo permanente, en la actividad intelectual continuada, a la búsqueda del sentido requerido (5). Aun cuando proponga, más bien, la indisociabilidad de ambos momentos —en realidad de los tres, como terminamos de decir, al incluirse la aplicación—, habida cuenta que la interpretación no es en realidad un medio encaminado a lograr la comprensión sino que se introduce «por sí misma en el contenido de lo que se comprende»; dicho de otro modo, se incardina en ese contexto documental e historiográfico de donde fluye, en sentido propio, constitutivo del despliegue de posibilidades contenidas en el entender, nos aclarará *H. G. Gadamer* (6).

Según considera el autor precitado, los errores de la autocomprensión metódica de las ciencias del espíritu elaborada en el siglo XIX por el neokantismo y el historicismo, residen en el recurso artificial a los conceptos modernos de «ciencia» y de «método» —así como a su pertinente modo de conocimiento—, originariamente surgidos por imitación de las pretensiones metódicas de las ciencias naturales, pero superficialmente elaborados por las ciencias sociales al margen de interpretaciones históricas y obviando las distintas «finalidades» planteadas en ambos tipos de conocimientos (7). Un principio fundamental de la Hermenéutica, nos aclara, estriba en la pertenencia del «intérprete» al contexto de sentido que intenta no ya demostrar sino comprender en su carácter de «forma originaria de realización

(4) Hans-Georg GADAMER, *Vernunft im Zeitalter Wissenschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1976.

(5) Esto es, la interrogación como paso primero que permite establecer la dualidad especulativa e iniciar la estructura dialéctica.

(6) Siguiendo en este punto, claro está, la estela de Martin HEIDEGGER.

(7) Con absoluto «descuido de la situación histórica en la cual las diversas disciplinas se han desarrollado», mantendrá Chaïm PERELMAN, *The idea of justice and the problem of argument*, Routledge & Kegan Paul, London, 1970.

del estar ahí», por cuanto no existe para las diversas clases de Hermenéutica «un saber puro, separado del ser». Por ello mismo, de hecho, el saber hermenéutico va a conformarse como un saber sobre el hacer, sobre el actuar (*H. G. Gadamer*), lo cual obliga al jurista a pensar la idea de objetividad de un modo distinto al correspondiente a las ciencias de la naturaleza, y a incorporar inevitablemente en su quehacer elementos valorativos así como razonamientos individuales (*L. Triolo*). El problema radica en que al haberse pretendido sujetar a las ciencias del espíritu como si de naturaleza exterior se tratara, aplicando inconscientemente a las mismas los modelos de las ciencias naturales, se hacía abstracción de la vida social y su carácter inacabado: el inagotable drama de la vida y de la historia, inaprehensible a no ser por la razón histórica y la lingüística dialógica superadora de angostados fetichismos axiomático-conceptuales trasunto de ficticias e hipotéticas voluntades «puestas» y sin necesidad de actualización alguna de las mismas, según insistentemente se declara. De todas formas, en los últimos tiempos ha sido una de las principales preocupaciones de *K. O. Appel* la de aclarar la diferencia de interés cognitivo existente entre las ciencias físico-naturales y las ciencias del espíritu; aunque reconozca la presencia dentro del espectro de las ciencias sociales de determinadas ámbitos científicos muy próximos a las ciencias naturales y a la tecnología, cual es el caso de las ciencias del conocimiento, en las que se viene empleando con aportación de algunos resultados de interés el método estadístico nomológico.

En este sentido, frente a la idea de un fenómeno externo, propiamente extraño a la identidad y al mundo vital, como propugnaran los fenomenólogos, participa por el contrario el Derecho de esa cualidad cultural y social, dada su dependencia de la vida y de sus vicisitudes. Por consiguiente, a modo de prevención, quisiéramos alertar frente al prurito positivista de considerar «ciencias» tan solo a las que están en condiciones de presentar las credenciales positivas. Forma de proceder que conduce a la de muchos juristas y su pretensión de salvar el carácter científico del propio quehacer intelectual sea aproximándolo al específico del matemático, ya al desenvuelto por el naturalista; las solas «ciencias» para *A. Comte* y sus seguidores. Las pujantes ciencias naturales se conciben por *G. Galilei* y *R. Descartes* como construcciones mentales que, con ayuda de la lógica y de la sistemá-

tica, tratan de explicar los fenómenos en su ámbito surgidos. Y, por el ejemplo de aquéllas, el iusnaturalismo racionalista reduce a su *ratio* la realidad jurídica, esto es, la reduce a la «Norma racional» y al encadenamiento deductivista, *more geométrico*, de principios, corolarios y escolios (8). Sin duda, discurrendo en semejantes términos de fascinación deductivo-idealista ante lo que no son cosa distinta de los consabidos y aludidos «hechizamientos conceptuales» acerca del saber «sobre el Derecho» operantes cual estatuas (9), estaremos olvidando que al ocupar el conocimiento jurídico un ámbito de la realidad más alto que el de la naturaleza, se ha dado en ocasiones a tal área una denominación distinta de la de «ciencia», esto es, por elevación un título o rótulo aún más alto, lo que le lleva a *M. Kriele* a utilizar el término «doctrina artística» —*Kunstlehre*— para evaluar la teoría jurídica de los métodos; y ya previamente, entre otras calificaciones, hallamos la definición clásica: *Jus est ars boni et aequi* de la mano de *Celso*, en tanto en Grecia se alude al orden o «*tâxis*» de la «*polis*» como arte —*technè*—.

Uno de los afanes principales de la hermenéutica de la facticidad apunta con nitidez al objetivo de evitar el error de legitimar filosóficamente la condición y validez de las ciencias del espíritu, en el que se precipitan desde la concepción del «método» propuesta por el historicismo y el psicologismo de *W. Dilthey*, hasta las aportaciones de otros clásicos lastradas aún de igual modo que las del anterior por la idea de cientificidad entendida en ese sentido cartesiano de lo real «tal como yo lo pienso», como es el caso de las debidas a dos influentes integrantes de la denominada *Südwestdeutsche Schule* —de

(8) Un paso definitivo se produce en esta dirección en la Ciencia jurídica cuando a vueltas de su distinción «Derecho objetivo» y «Derecho subjetivo», denomina Samuel PUFFENDORF con el término de «Norma», no a la conducta o a la vida caracterizadas por el valor justicia, sino al «ejemplar» o a la ley. Y posiblemente el mejor reflejo de tal tendencia unitarista del método científico propuesta desde el ámbito jurídico, es el monumental esfuerzo llevado a cabo por Christian WOLF mediante la publicación, entre 1740 y 1749, de los ocho volúmenes de su *lus naturae methodo scientifica pertractatum*, por demás, impregnada de postulados filosófico-jurídicos de carácter benevolente. En efecto, a partir de los postulados de Gottfried-Wilhelm LEIBNIZ encaminados a la finalidad de elaborar una *Jurisprudentia more geométrico demonstrata*, se publicaría la obra precitada asumiendo la traslación a la Ciencia jurídica del método matemático, y proyectando así la elaboración estrictamente lógico-sistemática de los normas en el marco de un sistema jurídico jerárquico-deductivo.

(9) Sin embargo, ¡muy alejadas de las de *Dédalo* en su modo actuante, claro es!

clara adscripción neokantiana— caso de *W. Dilthey* y *H. Rickert*. De esta forma, el recurso a la idea de método propia de la ciencia natural moderna es sustituido por el concepto de «formación» elaborado desde la tradición humanista, una vez producida la ruptura con la identificación postulada por el primer *M. Heidegger* del humanismo como metafísica. A tal efecto, se emplea el concepto humanista de formación —advirtiendo que en él reside una fuente no reconocida por las ciencias del espíritu del siglo XIX—, mediante el cual se considera posible encontrar una concepción compatible con la noción de comprensión. De conformidad con este planteamiento, el concepto de formación —*Bildung*—, en un sentido general y comunitario de apertura a perspectivas más universales(10), termina por sustituir a la noción metódica de «Ciencia» en la fundamentación filosófica de las ciencias del espíritu, conectando a tal objeto con la antigua tradición retórica interrumpida por la reflexión metódica realizada durante los siglos XVIII y XIX por las modernas concepciones, a través de la influencia decisiva, primero de los representantes de la filosofía de la ilustración alemana y, más tarde, de la filosofía neokantiana; intento rehabilitador que, como bien se sabe, ya había pretendido fundamentalmente el genial *G. B. Vico* en el siglo XVIII frente a los seguidores del mecanicismo propuesto por *R. Descartes*.

Cada singular interpretación remite, pues, para la moderna Hermenéutica, a unos horizontes de comprensión — fusión de horizontes (*Horizontverschmelzung*) «controlada» tanto en sentido diacrónico como sincrónico(11)— más allá del cuerpo de un texto lingüístico, a

(10) Es lo que expresa Hans-Georg GADAMER con el término «ganar horizonte» —*Horizont gewinnen*—, en *Verdad y Método. Fundamentos de hermenéutica filosófica*, Salamanca, 1977, que significa «aprender a ver más allá de lo cercano y de lo muy cercano, no desatenderlo, sino precisamente verlo mejor integrándolo en un todo más grande y en patrones más correctos».

(11) La «fusión de horizontes del presente con el pasado», reconoce Hans-Georg GADAMER, es «la tarea de las ciencias del espíritu», y «tiene lugar constantemente en el dominio de la tradición, pues en ella lo viejo y la nuevo crecen siempre juntos hacia una validez llena de vida, sin que ni lo uno ni lo otro lleguen a destacarse explícitamente por sí mismos». Por su parte, Charles TAYLOR expresa —y en la crítica de sus matizaciones no podemos ahora detenernos— que, en este ámbito, es el de la exclusividad el único ideal factible, pues si bien «la perspectiva gadameriana nos permite la idea de un punto omega, por así decirlo, cuando todos los tiempos y culturas de la humanidad hayan sido capaces de intercambiar y llegar a un horizonte no distorsionador para todos ellos», pues considera que «incluso esto

una «apariencia» estable en el tiempo, a la continuidad de una historicidad del entendimiento, en definitiva, al conocimiento acumulado de una cultura evolucionada históricamente —bien que alejado de todo historicismo reductor, para expresarlo con *G. Vattimo*—; sin embargo, asumido necesariamente tal conocimiento en perspectiva crítica y reinterpretado proyectivamente. El hecho de que la interpretación se encuentre anclada en un entendimiento previo común, significa que el arte del trabajo con textos vaya vinculado a fondos existenciales de conocimientos y de experiencias vitales, tal como se manifiestan, por ejemplo, en los conceptos de formación cultural, *sensus communis*, capacidad de discernimiento y estética. En todo caso, la aludida vinculación ha de interpretarse en sentido distinto a cualquier conato de conservadurismo, aunque solo sea por la también existencia del actuante histórico y de la conciencia de época, o dimensión no histórica de la historia, que se eleva sobre el tiempo; y que frente a los intentos infructuosos del historicismo de trasladarse al «espíritu de la época» se cuida de primar en exclusiva la retrospectiva, porque siempre está presente en cualquier acontecimiento histórico la continuidad y el cambio. De acuerdo con ello, nos dirá *H. G. Gadamer*, «el caso de la hermenéutica jurídica no es un caso especial, sino que está capacitado para devolver a la hermenéutica histórica todo el alcance de sus problemas», y en ella encontramos el modelo «de relación entre pasado y presente que estábamos buscando. Cuando el juez intenta adecuar la ley transmitida a las necesidades del presente, tiene claramente la intención de resolver una tarea práctica. Lo que en modo alguno quiere decir que su interpretación de la ley sea una traducción arbitraria. También, en su caso comprender e interpretar significa conocer y reconocer un sentido vigente. El juez intentará responder a la idea jurídica de la ley mediándola con el presente», porque «la distancia es la única que permite una expresión completa del verdadero sentido que hay en las cosas». Por tanto, a través de esta dependencia cognitiva de las cosas mismas, se pone de relieve el rasgo esencial de la intrínseca finitud del conocimiento. En todo caso, la inevitable actividad de vincular la interpretación a una «precomprensión», no se traduce en la irreflexiva defensa de carácter acrítico y ahistórico de lo conven-

sería universal sólo *de facto*», *Argumentos filosóficos: Ensayos sobre el Conocimiento, El Lenguaje y la modernidad*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 205.

cional sino en la orientación del quehacer hacia una configuración continuada — libre — de las diversas relaciones enmarcadas en las tradiciones (*R. J. Schweizer*), en el sentido hegeliano de autoridad. Para expresarlo en los términos conocidos del ya clásico enunciado gadameriano: «siempre se comprende de otro modo cuando es que realmente se comprende». En consecuencia, y por así decirlo, siguiendo la opinión de *B. Jeand'Heur*, la hermenéutica de la facticidad es producto de un pensamiento postontológico que comienza después de un debilitamiento infinito del Ser, apareciendo cristalinamente ahí, desde la perspectiva de nuestro interés, la razón por la cual, desde luego, el contexto objetivo del caso concreto sometido a análisis cobra auténtica relevancia. Pero también, en no inferior medida, la vinculación a la historicidad de la «interpretación» jurídica adquiere un significado que sobrepasa con mucho la autoconciencia del positivismo metódico — «positivismo del tratamiento de las normas» — y su recurso insostenible al arrogante «método jurídico», al que ya se creyera arrinconado *usus modernus Pandectarum*, por añadidura, carente de toda conciencia crítica e incapaz de ofrecer respuesta sobre el sentido y contenido de las relaciones existenciales, mutables e inestables por su propia naturaleza (12).

II

Desde la Hermenéutica, se viene entendiendo que la interpretación constituye el traslado de un «sentido» de un contexto a otro (13), y la tarea investigadora propiamente dicha pasa a un cuestionamiento objetivo que, desde siempre, ha sido uno de sus determinantes (*W. Krawietz*). En forma más concreta, a partir de la renuncia al horizonte propio de un sistema jurídico cerrado, el aludido proceso de descontextualización y recontextualización en el que la comprensión

(12) En la dirección arriba criticada, por todos Hans Kelsen, al entender corresponde a la Ciencia jurídica la explicación empírica del Derecho «tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo», *Reihne Rechtslehre*, Leipzig, 1934; ahora en *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, 1995.

(13) Por «sentido» entiende la Hermenéutica con Martin Heidegger el «armazón existencial formal del “estado abierto” inherente al comprender (...) aquello en lo que se apoya la comprensibilidad de algo», *Sein und Zeit*, 19.^a ed., Niemeyer, Tübingen, 2006.

se desarrolla, sigue un planteamiento circular: cada comprensión, cada acto de interpretación, supone necesariamente un «sentido» del conjunto ya explorado, debido al hecho de que hermenéuticamente se concibe la pertenencia a una tradición — actuante a modo de «verificación» — como instancia ineliminable de todo proceso de comprensión y de interpretación, en esa inevitable relación entre pasado y presente que la interpretación jurídica representa de modo paradigmático: «el que comprende no elige arbitrariamente un punto de mira, sino que su lugar le está dado con anterioridad» (*H. G. Gadamer*). La actividad investigadora que pretenda entender el significado actual de una determinada institución o cuál es el haz de facultades integrantes de un derecho, debe comprender, desde luego, qué son y han sido los mismos en un momento histórico determinado, o tener al menos una idea acerca de cómo se han desarrollado, y saber en qué consisten y han consistido, e incluso «atisbar» en qué consistirán en el futuro —el carácter prospectivo como cualidad existencial del *Dasein* propuesto por la hermenéutica moderna—. Evidentemente, ninguno de los sentidos previos advertidos deberá ser calificado de justo y verdadero, ni procede su rechazo por entenderse absurdo o falso, sino que ha de ser comprendido al modo hegeliano más allá de la verdad y del error, esto es, como fases históricamente necesarias en el desarrollo de una verdad enunciativa y apelativa: el espacio-tiempo plural de un aquí y ahora factibles, se relaciona de modo vivo y libre con los pasados posibles e inagotables hasta llegar a configurar una imagen total como punto de partida de aprehensión global para concluir en un punto de llegada que es también global, en los términos de totalidad que ya *Hegel* e incluso *Montesquieu* habían propugnado.

Para la hermenéutica de la facticidad, a tenor de lo apuntado, la interpretación se sitúa en un contexto histórico-social, y a través de esta dependencia histórico-concreta de la Sociedad y de unos hechos reales, la tarea hermenéutica se va asentando en terreno firme. Por ello, la interpretación jurídica en su consideración de hecho o de verdad al margen del tiempo, tal como viene siendo considerada por el historicismo y el psicologismo, va a tornarse inexistente desde planteamientos hermenéuticos. Así, a partir de la aceptación de un ámbito contextual de la naturaleza del descrito líneas arriba, la consistente reflexión de *J. Esser* plantea los problemas de la interpreta-

ción jurídica centrándolos en la cuestión de la temporalidad y finitud de todo entendimiento, aspecto que el análisis hermenéutico coloca en un lugar central, en cuanto su concepto de «situación» es estructuralmente abierto, con lo que se le ofrece a la «existencia» y a la experiencia personal del aplicador del Derecho un sinnúmero de posibilidades. En este sentido, las informaciones que el intérprete necesita para resolver el problema no se pueden extraer de un modo definitivo, a través de operaciones puramente lógicas, ni de la ley general ni de un canon más o menos abstracto de reglas de interpretación. Desde una perspectiva nueva —más bien rehabilitada de lo clásico—, será entonces preciso realizar la operación intelectual a través del movimiento apelativo integrado por un conjunto de preguntas y respuestas que orientan nuestra manera de pensar, constitutivas, en buena medida, de toda una serie de argumentaciones, explicaciones, afirmaciones y negaciones, *lógoi* y *tópoi*: el giro ontológico hacia el lenguaje de claro propósito heurístico postulado por *M. Heidegger*, y empleado luego por *H. G. Gadamer* así como con sensible precaución por *F. Müller*, en calidad de *medium* sí, de la conciencia reflexiva. Pero incluso más allá de lo apuntado, el lenguaje pasa a ser entendido como un acontecer constitutivo de carácter trascendental —y no ya en términos de estructura— de nuestra propia concepción del mundo. Desde planteamientos concordantes, prosigue *J. Esser*, la adopción de decisiones jurídicas dependerá de su contexto temporal y objetivo, del recurso a la denominada lógica objetiva, a la naturaleza de la cosa y a las condiciones de resolución innegables de la tarea respectiva de ordenación dentro de su contexto.

Un proceso tal de comprensión jurídica viene necesariamente obligado a orientarse por el resultado, por la experiencia práctica y por la capacidad de consenso de una solución, que será siempre el consenso específico requerido y posible en cada caso, por tanto, histórico concreto en su respectividad (14). En modo alguno puede entenderse el producto de un conocimiento jurídico tipificador deducido de un sistema regido por la nota de la inalterabilidad, porque más bien se estará ante la tarea de lograr una convicción jurídica

(14) Ya sabían los retóricos clásicos, al menos desde el *Menón*, que no es la idea de permanencia del gusto de la recta opinión, pues pronto tal característica procura escaparse del hombre.

basada en el caso concreto, y del recurso a una racionalidad evidente pero limitada. Por demás, la interpretación, el entendimiento previo —precomprensión— y la decisión, están vinculados indisolublemente, pues conforme nos ha aclarado pertinentemente la Hermenéutica, constituye un hecho inevitable que el entender cuente siempre, como punto de partida, con una concepción previa sobre aquello que va a ser entendido. Por consiguiente, la precomprensión del aplicador del Derecho en su función de elemento comunicable del proceso interpretativo no puede tener carácter homogéneo ni arbitrario, en cuanto viene constituida por procesos de aprendizaje de diversa naturaleza y distintas experiencias individuales insertas lógicamente e inevitablemente en la vida misma; ni significa operar *a priori* con una clave metodológica segura y definitiva —solo eventualmente considerable ésta en las ciencias sociales desde el estado subjetivo de la pura contemplación metafísica (*H. G. Gadamer*)—, pero sí orienta hacia el resultado o hacia su efecto satisfactorio para la maduración del Derecho.

El texto legal, más que interesar al intérprete como testimonio autónomo y abstracto de una opinión firme, lo va a hacer en su condición de enunciado y modelo referencial de instrucciones inteligentes de cara a las preguntas que en atención a su compromiso con la búsqueda de la verdad deberá realizar el jurista para la resolución del caso, respecto del que solo puede decidir en la medida que se implica él mismo en la reflexión. A partir de la situación pragmática de partida, el jurista vendrá obligado a trabajar en forma de diálogo permanente y abierto con otros y con «lo otro», esto es, aceptando en su plenitud la idea de la comprensión «mutua». En el bien entendido sentido del carácter «moral» de la misma, porque entenderse unos con otros significa «entender al otro» y vivir con el otro, afrontando esa convivencia en un marco creador —para expresarlo en términos aristotélicos—, pero admitiendo *a priori* la más que probable disensión de ese otro en su respectividad hacia la cosa. Dicho de otra forma, se ha de asumir que resulta obligado en todos los supuestos «llegar al conocimiento de que lo otro siempre está ahí», y la mejor prueba de esta afirmación «es que lo contrario irrumpe de pronto y sin mediación» (15), por lo que en la estructura dialógica del discurs-

(15) Hans-Georg GADAMER, *El inicio de la sabiduría*, Paidós, Barcelona, 2001, p. 54.

so comprensivo orientado a la búsqueda de la verdad cada interviniente deja en parte de ser él mismo, al asumir una especie de desprendimiento interno a partir del cual accede a la capacidad de ser también otro (16). Ahora bien, de acuerdo con lo dicho más arriba, la actividad de todo intérprete se desarrolla respecto de áreas culturales u horizontes de expectativas en los que él mismo se inserta, en lugar de agotarse en las demandas individuales de quien está personal y directamente implicado en la decisión a asumir (*R. Guastini*). No obstante, es preciso distinguir entre la función a desarrollar en sentido propio por la precomprensión, queremos con ello decir, su correcto empleo como punto de partida de la comprensión, de aquellos otros supuestos en los que pretende utilizarse como «medida y punto de referencia» para concretar el contenido de la Norma, transformándose de este modo de instrumento hermenéutico en auténtica fuente del contenido de las normas.

El conjunto de la interpretación del mundo en cierto entorno —*Umwelt*—, junto con el lenguaje, condicionan el *Vorverständnis*, sostendrá *B. Jeand'Heur* siguiendo a *F. Müller*. Así las cosas, la aplicación del Derecho exige una precomprensión que depende de quien realiza la tarea de «aplicar», según se acaba de reconocer, pero superadora de su individualidad, pues no puede ser puramente subjetiva, estando llamada a reflejar sobre todo la atmósfera a la que se dirige, objetivándola en la medida de lo posible, con el fin de hacer accesible y convincente la decisión —o al menos aceptable— como formulación de derecho objetivo. Expresado en otros términos, la concretización jurídica viene obligada a cumplir unas normas razonables y objetivamente comprensibles de un orden justo, operando con infraestructuras que no están ancladas exclusivamente en el «Derecho», las cuales, a modo de premisa, deben existir cual horizonte de expectativas y de entendimiento en función sea del momento histórico bien de las condiciones sociales: como entendimiento previo selectivo. El factor decisivo en lugar de estar conformado por el cuidado sistemático y la vinculación a las reglas de interpretación conforme a los postulados de la concepción formal seguida por el positivismo metódico, se alzarán a través de la expectativa concreta

(16) Hans-Georg GADAMER, «Frühromantik, Hermeneutik und Dekonstruktivismus (1987)», ahora en *Gesammelte Werke*, vol. 10, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995.

de sentido con la que la «aplicación» —decisión— se acerca a los casos y textos a comprender e interpretar. Por consiguiente, una vez arrumbado el primado de la lógica, y desde la valoración de los hechos, la interpretación procede de forma selectiva, esto es, trabaja con un entendimiento previo selectivo, incluso a la hora de analizar el fondo de modelos de regulación y de normativas existentes. Los principios sobre la base de los cuales la Ciencia jurídica realiza esta labor selectiva, son principios de justicia y de trabajo que, a su vez, no pueden desprenderse del derecho positivo. Verdaderamente, la retorización del Derecho, lejos de la pretensión de eliminar la normatividad como a veces se le imputa, persigue por el contrario suavizar las tendencias dogmatizantes (*Th. Viehweg*) de la deducción silogística, al percatarse de la necesidad de encontrar las premisas mayores de la inducción a partir de la «experiencia jurídica», recorriendo en todas las direcciones —fuera de los esquemas deductivistas— la materia de los lugares —*topoi*— de los que se arrancan los argumentos. Con todo, es evidente la insuficiencia de relacionar objetividad con subjetividad, por su propia naturaleza desde luego interdependientes, puesto que si bien es ello condición necesaria, la realidad aparece no como un simple dato sino, ante todo, como un problema que incita al conocimiento, al estudio de la misma: es necesario no solo captar la realidad sino asimismo aquello que participa de esa realidad, comprendiendo perfectamente la dicotomía y la relación entre ambos planos —explica *B. Jeand'Heur*— en términos platónicos. Tópicos que, comprendidos hermenéuticamente, desempeñan una función superior al de meros «índices de lo que hay que averiguar sobre el tema propuesto» *Th. Viehweg*. Porque, conforme a los términos categóricamente expresados por el precitado autor, en el marco de la perspectiva retórica contemporánea, los *topoi* se «vuelven comprensibles en la dimensión pragmática del lenguaje», e inesperadamente en tanto «fórmulas de búsqueda pragmáticas y situacionales, abren un juego creativo controlable».

Pues bien, en el contexto de la *Teoría estructurante del Derecho* elaborada por *F. Müller*, y entendido el Derecho como Ciencia normativa práctica aplicada, se observa una propuesta en buena medida comparable a la de *J. Esser* respecto del punto de arranque, conformado por la problemática del círculo hermenéutico orientada hacia una teoría de la «concretización» vinculada a la práctica, pero adhe-

rida ahora en nuestro autor a las construcciones del Derecho constitucional, y documentado sus reflexiones sobre todo a partir de la jurisprudencia constitucional. La disciplina de Derecho constitucional se muestra particularmente fecunda y apropiada para los ensayos de la metódica estructurante, ya en consonancia a la naturaleza particular y especialmente dialógica de este Derecho fundamental (17), sea debido a la circunstancia de constituir un ámbito jurídico dentro de cuyo seno cotidianamente surgen problemas nuevos e insospechados frente a los que la metodología jurídica clásica de la subsunción silogística propia del positivismo metódico evidencia con más claridad su incapacidad para la resolución (18), o bien por la trascendencia y complejidad de las decisiones que con arreglo a su normativa se adoptan, en fin, porque en su ámbito la cohesión entre los textos está inferiormente trabajada en comparación con el tratamiento que es propio a los sectores infraconstitucionales (*F. Müller*). De cualquier forma, a juicio de *F. Müller*, su metódica es susceptible de operar a modo método en cualquier ámbito de trabajo con normas jurídicas, al haberse elaborado en orden a la conformación de una teoría general para la producción controlada de normas como método. Y tal como admite su creador, toda vez que el objetivo a alcanzar está presidido por la pretensión de garantizar un control racional de la decisión, la metódica estructurante sirve tanto para el Derecho infraconstitucional como para el Derecho constitucional, disciplina esta última en la que al resultar efectivamente más difícil de realizar la concretización

(17) La Constitución, como sistema normativo abierto y dinámico, escribe Jose-Joaquim GOMES CANOTLHO, presenta «una estructura dialógica», lo que, considera, se traduce en la «disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”», *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 1145.

(18) Impecable de nuevo Friedrich MÜLLER en su rechazo de los planteamientos de Ernst FORSTHOFF, por demás, reveladores de la teoría constitucional que animaba a este segundo: «El más rudo ataque a esas tendencias que en la actual concepción de los métodos del Derecho constitucional hacen de categorías como “valor”, “orden de valores” o “sistema de valores”, categorías propias de la operación jurídica de concretar, se ha desencadenado desde una posición que, frente al método “de las ciencias del espíritu”, como ha dado en apellidarlo, aboga por la vuelta a las “reglas tradicionales de la hermenéutica jurídica” según la mente de Savigny (FORSTHOFF). La ciencia del Derecho “se aniquilaría a sí misma” si no mantuviera incondicionalmente “que la interpretación de la ley consiste en hallar la subsunción acertada, entendida como conclusión silogística” (FORSTHOFF)», *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 221-223.

racional, la desarrollada en ella tendrá «valor ejemplar»; e igualmente va a resultar válida para el Derecho no escrito que se compone asimismo de programa y ámbito de la Norma.

Indudablemente, la conjunción de la «apertura» estructural con la finalidad normativa de servir de fundamento a la Comunidad y al orden jurídico total, hacen comprensibles las dificultades redobladas y específicas surgidas al establecer y concretar las normas integrantes del Derecho constitucional (19). En sentido propio, aparenta ser el Derecho constitucional el lugar privilegiado y cualificado del encuentro entre «Derecho» y «Realidad», lo que lleva más tarde, sin embargo, a adoptar ante él distintas perspectivas; nos referiremos brevemente a las extremas.

Desde una posición exclusivamente racionalista, la supraconformación que aparece en la *Norma normarum* puede invitar al aumento de la distancia entre Derecho y Realidad. Por el contrario, si observamos la cuestión desde la orilla de la Realidad o, más propiamente, desde la perspectiva de la conciliación entre Realidad y Derecho, se vislumbra el Derecho constitucional particularmente menesteroso, por cuanto evidencia ser el área jurídica más dependiente de la Realidad, dada esa mezcla siempre constitutiva y propia —aquí más intensa— de la materia jurídica, de forma con materia, de ley con razón. La contradicción latente entre estas dos perspectivas podría tal vez salvarse señalando que la segunda relaciona un movimiento ascensional de la Sociedad hacia el Estado, mientras la primera se corresponde al movimiento de descenso a la Sociedad. A través del recurso al criticismo —*Kritizismus*— kantiano, los neokantianos de la *Marburger Schule* apelan en síntesis a una razón general legisladora absoluta —como bien se demuestra en las aportaciones de *H. Cohen*—, por llevar a cabo la reducción de la razón práctica a razón pura, pero libre ésta de toda materia, de toda «cosa en sí»: la Norma será exclusivamente la expresión de una categoría lógico-trascendental, vale decir, insita en la estructura mental del sujeto cognoscente al que parece suponerse, por tanto, una inteligencia infinita. A partir de estas premisas, para el positivismo metódico,

(19) Friedrich MÜLLER, *Métodos de trabajo...*, op. cit., p. 257.

recuerda *F. Müller*, Derecho y realidad, Norma y segmento de realidad normada coexisten en sí mismos, se yuxtaponen sin anudar una relación mutua, se contraponen recíprocamente con el rigorismo de la distinción neokantiana entre ser y deber ser, no necesitan el uno del otro, y sólo llegan a encontrarse en virtud de la subsunción. Prosiguiendo esta línea de pensamiento, el paradigma del dualismo puro, mejor expresado, de la separación absoluta, de la absorción y anulación de la realidad por la Norma — por la forma —, se articula por los también neokantianos de la *Wiener Schule* (20). De hecho, en la radical formulación propia del nominalismo jurídico al que irremediablemente avoca la construcción de *H. Kelsen*, al seguirse las huellas reduccionistas de la Ciencia a puro conocimiento (21) — a puro pensamiento con el idealismo extremo de *H. Cohen* (22) —, y

(20) El discutido abandono más adelante del neokantismo por Hans Kelsen es cifrado por determinados autores, caso de Stanley PAULSON, en el inicio de los años sesenta del pasado siglo, «Toward a periodization of the Pure Theory of Law», en *Hans Kelsen Legal Theory*, ed. de Letizia GIANFORMAGGIO, Giappichelli, Torino, 1990.

(21) La influencia evidenciada sobre la metodología kelseniana por la crítica kantiana de la razón pura, se pone de relieve, por ejemplo, en la frase de Hans Kelsen: «la identidad del objeto de conocimiento no está garantizada más que por la identidad del proceso cognoscitivo, es decir, por la identidad de dirección, de los caminos del conocimiento»; si bien, el propio autor siempre sostuvo que Kant no había logrado aplicar el rigor y la objetividad propias de la Crítica de la Razón Pura a las ciencias jurídicas y morales.

(22) Hans Kelsen reconoció en diversos momentos la deuda intelectual contraída con *Hermann Cohen* y, en concreto, la fundamentación metódica de la teoría de la identidad del Estado con el Derecho se halla decisivamente influida por los postulados del filósofo de *Marburg*, tal como se evidencia en el «Prólogo» a la segunda edición de su *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911, 2.^a ed. 1923): «A encontrar el punto de vista epistemológico decisivo, sin el cual no habríamos podido llegar a enfocar certeramente los conceptos de Estado y Derecho, nos ayudó la interpretación que Cohen da a la doctrina de Kant, principalmente en su *Ethik des reinen Willens (Ética de la Voluntad Pura)*. Una crítica de mi obra, publicada en 1912 en los *Kant-Sudien* y en que se reconocía esta obra nuestra como un plausible esfuerzo por aplicar a la ciencia del Derecho el método trascendental, llamó nuestra atención hacia el marcado paralelismo existente entre nuestro concepto de la voluntad jurídica y los planteamientos de Cohen, que hasta entonces no había tenido yo la ocasión de conocer. A partir de ahora, y como una consecuencia consciente y clara del enfoque epistemológico de Cohen, según el cual es la dirección del conocimiento la que determina el objeto del conocimiento, de tal modo que éste es creado partiendo de un origen lógico, empezamos a darnos cuenta de que el Estado, en cuanto objeto del conocimiento jurídico, no puede ser otra cosa que Derecho, ya que el conocer o concebir jurídicamente no significa nunca sino el concebir algo como Derecho»; o, en fin, en la página XXVII, añadirá: «El decisivo punto de vista epistemológico para la correcta construcción de los conceptos de Derecho y Estado lo adquirí a través de la interpretación de Kant por parte de Cohen».

proclamar en lógica consecuencia la soberanía de la razón y la soberanía del orden jurídico, la «*vorausgesetzte Grundnorm*» o Norma fundamental hipotética, origen lógico y fundamento objetivo de validez de la Constitución positiva —*Verfassung* (23)—, reposa en el seno de la pura razón —única fuente de verdad—, mientras la Constitución positiva parece acercarse a la realidad únicamente para fijar de quiénes y mediante qué procedimientos han de emanar las normas de carácter general, en definitiva, estableciendo el sistema de producción jurídica. Su adscripción neokantiana le conduce a reconocer en favor de la razón —instrumental— no solo el poder de legisladora de la realidad sino también la facultad de crearla (24),

A su vez, cuando escribe en 1922 su *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, era evidente la decidida influencia del criticismo neokantiano, como lo prueba la cita frecuente de las obras, entre otros, de Hermann Cohen y Ernst Cassirer principalmente. Una de sus citas de autoridad es precisamente la transcripción de un párrafo de la obra *Ethik des reinen Willens*, una de las más clásicas de Hermann Cohen, reconociendo que se trata del antecedente conceptual de la teoría de la identidad de Estado y Derecho: «La teoría del Estado es necesariamente teoría del Derecho político. El método de la teoría del Estado se halla en la ciencia jurídica. Aun cuando para constituir el concepto de la ciencia política deben cooperar otras ciencias, el fundamento metódico está formado indiscutiblemente por la ciencia del Derecho. El concepto y el método de la ciencia del Estado está condicionado preferentemente por la ciencia del Derecho».

De indudable interés para rastrear los orígenes kantianos de la filosofía jurídica kelseniana, además de otros aspectos de la obra del insigne maestro de Viena, sigue siendo la obra de Luis LEGAZ LACAMBRA, *Kelsen: estudio crítico de la Teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, Bosch, Barcelona, 1933. Y, por supuesto, estimamos de lectura altamente conveniente el libro de Gamschei-Abraham WIELIKOWSKI, *Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie*, Beck, München, 1914, en el que pone de relieve de forma muy vistosa la contradicción kelseniana de hacer depender de la voluntad del Estado el fundamento lógico del método jurídico, siendo así que el propio Estado es considerado una mera construcción jurídica.

(23) Cuya función, respecto de un orden coercitivo con carácter general eficaz, reconocerá el mismo Hans Kelsen, es la de «permitir que se considere a este orden coercitivo como objetivamente válido», *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, p. 70. Y, en términos de Norberto BOBBIO, «el “cierre” del sistema a través de la *Grundnorm* no resulta, por así decir, más que un cierre de comodidad». Más reciente es penetrante la descripción de las aporías a las que conduce la doctrina kelseniana realizada por Lucia TRIOLO, *La norma ignota. Metateoría e teoría del diritto in Kelsen*, Giappichelli, Torino, 1994.

(24) Históricamente, la separación entre Norma y Realidad anunciada en la Baja Edad Media, se había consumado con la Reforma luterana y el Renacimiento, junto con la definitiva recepción del Derecho romano justinianeo, y singularmente con el movimiento nominalista. Con la filosofía de Guillermo de Ockham entronca Martin LUTERO, siendo él quien arroja a una con la razón los mundos de la gracia y de la naturaleza, y enuncia su «*Sola Scriptura*». Y la realidad jurídica se desvanecerá definitivamente cuando Thomas HOBBS

con radical exclusión del principio de causalidad como criterio ordenador de un Derecho que admite cualquier contenido material (25), y siempre al servicio de las fuerzas sociales dominantes (26). Además, Derecho y Estado terminan siendo conceptos sinónimos en la construcción jurídica kelseniana, e incluso expresamente nos dirá que «El Derecho —el Derecho positivo (no la justicia)— es precisamente ese orden coactivo que es el Estado» (27). De cualquier modo, tal como acertadamente precisa el propio *F. Müller*, el positivismo kelseniano es un positivismo «desnaturalizado» por así expresarlo. En el plano pragmático su esencia concuerda ciertamente con la de un positivismo lógico, pero en el plano ideológico estamos realmente ante un decisionismo, por lo que aludiremos a continuación con toda brevedad a ello. Según bien observa, a diferencia por ejemplo, de los casos de *C. F. von Gerber* y *P. Laband*, renuncia a envolver el derecho positivo en conceptos jurídicos superiores, rechazando el anclaje que se había realizado de esta manera en la génesis del proceso de aplicación de las teorías positivistas al Derecho Constitucional: toda institución jurídica, resultaba necesario, era relacionada con un concepto superior y más general (*P. Laband*). Como puede apreciarse, la coherencia positivista definitiva llega con *H. Kelsen*, porque el positivismo previo comparado con el de éste, no es perfectamente coherente, quiere decirse, estrictamente positivista, sino tributario de una situación política y social determinada, lo que era perfectamente explicable a partir de la función que el Derecho y su tratamiento metodológico debían cumplir a efectos de la situación político-social correspondiente.

la disuelva, según el uso de los nominales, en el entrechoque de derechos subjetivos: del derecho de todos y cada uno a todas las cosas —*ius omnium in Omnia*—; y cuando con Immanuel KANT se torne pura creación de la libertad.

(25) Operada la plena desnaturalización del pensamiento por la doctrina kelseniana, recordará Karl LARENZ, todo cabe en el contenido del Derecho: la fuerza y el arbitrio pierden su carácter antitético, y ambos son igualmente susceptibles de constituir integrar el contenido normativo.

(26) No ha existido hasta ahora acuerdo acerca del grado de consciencia del propio Hans KELSEN acerca de si su metodología pura era o no era la expresión y el instrumento de una toma de posición política de contenido perfectamente determinado, al modo como lo fuera al servicio de la política antiliberal en los casos del positivismo constructivista del último tercio del siglo XIX desarrollado por Paul LABAND y Carl-Friedrich VON GERBER.

(27) Hans KELSEN, «The Pure Theory of Law», en *Law Quarterly Review*, vol. 50, 1934, p. 535.

Desde las previas premisas consideradas, el modelo de interpretación desarrollado a partir de los postulados del positivismo metódico, atrapado en las premisas de la filosofía de la conciencia, ha venido sosteniendo la idea de un control de la correcta aplicación normativa a través de cánones metodológicos desarrollados en el ámbito interno del «sistema». Y para esta «hilefórmica» pretendida teoría jurídica de la objetividad irreflexiblemente anclada en prejuicios antropomórficos (*E. Betti*), el sistema jurídico, la ley y la teoría de la interpretación, se estiman capaces de garantizar la aplicación jurídica correcta, coincidente con la reejecución —*Nachvollzug*— de una ideal voluntad normativa previa e inalterada, averiguada a través de un proceso automático de conclusión silogística liberado de interferencias lingüísticas, históricas, sociales y políticas; en definitiva, carente de «espíritu» e imaginación y completamente vuelto de espaldas a la noción de «sentido» (*F. Müller*). Como puede observarse e incluso manifiesta explícitamente el positivismo metódico, apuesta éste por un canon metodológico estable a fin de disciplinar la ambigüedad del lenguaje jurídico, arrancando para ello de la premisa neokantiana de la abstracta separación entre ser —*Sein*— y deber ser —*Sollen*— (28), entre Norma cual expresión de este último y aplicación de la Norma, entre causalidad e imputación, entre conocimiento y voluntad; entre creación jurídica e interpretación jurídica.

De este modo, situado el positivismo en el escalón inferior parejo al del «método positivo» en general, se atiene con carácter exclusivo a un mundo de normas que son para él su material de hechos, de experiencia (29). Sin embargo, con semejante forma de proce-

(28) Como ya lo hubiera hecho Rudolf STAMMLER en su propósito de producir la ruptura frente a la hegemonía del método histórico-sociológico, establece también Hans Kelsen, aunque por otra vía, el dualismo como fundamento de su sistema jurídico, y en ambos casos teniendo como referente último la distinción kantiana alojada en su *Crítica de la Razón Pura*, entre el *mundus sensibilis* y el *mundus intelligibilis*.

(29) Reclamamos por todos en apoyo de esta dirección la autoridad de Theodor VIEHWEG, quien se interroga: «¿qué significa con respecto al positivismo filosófico el positivismo jurídico», y prosigue, «se vincula, pues, con aquella posición positivista que tan ejemplarmente fue representada por Comte y que se manifestó en un entusiasmo rápidamente difundido por el llamado positivismo especializado. El jurista alemán Bergbohm —quien a finales del siglo XIX abogó decididamente por el positivismo jurídico— sostenía en su conocido libro *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* del año 1892, que el positivismo filosófico no tenía nada que ver con el positivismo jurídico. Pero, desde una distancia temporal ma-

der, la ofuscada epistemología positivista prosigue sin vislumbrar la inexistencia de puros hechos, mostrando su inconsciencia frente a la constatación de que ni aun en el ámbito de las ciencias de la naturaleza es accesible el «objeto en sí» (30), y negándose a aceptar que nunca ha sido capaz de mantener en la práctica el postulado de verificación de la «mimismidad» —ni demostrar, en su caso, el de falseabilidad—. En similar sentido, el ingenuo seguidor de la metáfora engañosa propia del «método jurídico», dada su condición de mero «observador natural» y detector de «identidades formales», se queda sin advertir la experiencia histórica de que no existen puras normas, previas normas en sí mismas desligadas de la realidad social, y acepta acríticamente la «creación» autónoma de un legislador que, moviéndose en la esfera de aquélla, sigue sin saberlo en la investigación de lo justo, por sagacidad o por torpeza, los «vestigia» o las «huellas de racionalidad» que ese mundo más alto ha impreso en la Norma. En resumidas cuentas, construyendo sintéticamente *a priori*, a partir de su sistema de «logificación unitaria» (*P. Lerche*), una achatada «metajurisprudencia» conceptual «universalmente» válida —pretendidamente— para la comprensión, situada al margen de juicios existenciales y valorativos; o quizá mejor expresado, brindando a duras penas el «resultado» de una «mala metafísica» sin espacios para el pensamiento y desligada del contexto mismo, lo que no posibilita ni impulsa cualquier tipo de formación ni de transformación, concluirá *F. Müller*. En todo caso, la fuerza de la lógica

yor, vemos las cosas de manera algo diferente. Es ciertamente correcto que el positivismo filosófico —cuyos matices en su país originario, Francia, se extienden desde el positivismo cientificista-empirista hasta el positivismo metafísico-espiritualista— no puede ser sin más equiparado al positivismo jurídico que, a su vez, se presenta también, con matices diferentes. Pero, puede constatarse que la actitud cientificista-positivista —que se encuentra en la base y con la que, por así decirlo, se comenzó— es la misma. Tiene un carácter primordialmente epistemológico. Al postular el espíritu positivo en la ciencia, se exige también que ésta esté libre de toda metafísica. Y aquí es designado como metafísico todo aquello que no puede satisfacer un concepto de experiencia estrecho y establecido al efecto. La cuestión apunta, pues, a saber qué es lo que ha de excluirse de una ciencia a fin de que esté libre de metafísica en el sentido indicado, es decir, a fin de volverla positiva», *Tópica y Filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1991, pp. 54-55. Y, asimismo, puede verse Friedrich MÜLLER, «Positivism», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 78, 2009, pp. 101 y ss.

(30) Perspectiva aún defendida actualmente por determinados juristas como es el caso de Christophe GRZEGORCZYK, «Le positivisme comme méthodologie juridique», en *Le positivisme juridique*, ed. de Christophe GRZEGORCZYK, Françoise MICHAUT y Michel TROPER, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1992.

deductivista, fascinada por el «aparente» perfeccionismo técnico e impulsada por la fe ingenua en su correspondencia con una ontología, con un *cosmos* ordenado o sistema unitario y autónomo dotado de perfecta racionalidad inmanente, de cuyo ámbito perfectamente delimitado se extrapolan argumentos así como posibilidades de conclusión acerca de lo jurídicamente válido a través de la deducción silogística de juicios «objetivos» extraídos de la realidad meramente formal propia de un texto, en el mejor de los casos, sirve más bien para «presentar», en lugar de para «establecer», la corrección de las decisiones jurídicas.

Y similar grado de insatisfacción nos ofrece la teoría del discurso y su disolución final del círculo hermenéutico, ya que si bien parece aceptarse la convulsión sufrida por un punto de vista firme del observador a manos del círculo aludido, se colma de inmediato epistemológicamente la laguna generada por medio del procedimiento de fundamentación que trae causa del discurso práctico «racional». Esto supuesto, la pretensión de corrección vinculada por principio a la interpretación del Derecho, pretende cumplirse mediante el procedimiento argumentativo desarrollado de conformidad con las «reglas del discurso práctico racional», intersubjetivamente considerado accesible y, por consiguiente, objetivamente verificable —comprobabilidad—. La vacuidad de semejante planteamiento se observa en cuanto pretende —o logra, en realidad— un mero intercambio o sustitución de carácter insuficiente, al colocar en la posición ocupada por el cuerpo legal jurídico-positivo el cuerpo legal ideal de la razón práctica conformado a través de un juicio abstracto elaborado a partir de contenidos intrínsecos expresados en los enunciados del lenguaje y reflejo de las ideas de la filosofía moral analítica, dado que resulta imposible restablecer la pretensión de objetividad del sistema jurídico-positivo mediante unas normas de profundas raíces antropológicas de «pragmática universal» situadas entre los sujetos (*B. Jeand'Heur*). Expresado de otro modo, el concepto de sistema no se puede sustituir por un concepto relacional: por la intersubjetividad, advierte *O. Weinberger*, aunque lo haga de manera «interesada», teniendo en cuenta su adscripción al positivismo institucional.

En dirección completamente divergente, la *Teoría estructurante del Derecho* anuncia esa distancia nítida respecto del positivismo

metódico, y el reencuentro de Derecho y Realidad en el Derecho constitucional: el Derecho como realidad práctica, construida con los materiales del conocimiento y de la acción humanos. Los criterios metodológicos básicos propuestos van a guardar significativa similitud con los de *J. Esser*. En lugar de importar métodos provenientes de otros ámbitos de investigación, sea de las ciencias de la naturaleza sea de las ciencias del espíritu, reivindica la autonomía de la Ciencia del Derecho como «Ciencia de la decisión»; decisión mediante la que se forma, se formula la Norma. Todo ello, naturalmente, en clara contraposición a la algorítmica Ciencia jurídica desarrollada por el positivismo metódico, cuya exclusiva función queda reducida a la pura descripción del contenido —o en el mejor de los casos en su profundización— de normas «previas» basándose en el método de la idealización y de la *mimesis* por «imitación», llevando a cabo para ello una completa abstracción de la realidad concreta objeto de regulación y con renuncia a la realización jurídico-social que postula la concretización (*G. Struck*). Sin embargo, para la teoría que consideramos, y del mismo modo a cómo sucede en *Th. Adorno*, el método más que depender del ideal metodológico lo hace de la «cosa». El método no es, pues, indiferente al objeto concreto de investigación, y según recuerda *R. Christensen*, en las ciencias sociales el método manejado por el cultivador respectivo reacciona sobre su objeto cuando no lo forja por entero: al modo de lo que acontece con el alma platónica, el sujeto y el objeto se funden en ese diálogo jurídico generador de normas. Para la *Teoría estructurante*, en virtud de lo dicho, *la Norma jurídica no constituye el objeto de la interpretación sino el resultado de la misma*. Por eso se ha podido decir que, frente a la lógica formal de la «aplicación», la *Teoría estructurante* reúne en su lógica material la dialéctica con la retórica y la tópica (*G. Struck*). Partiendo de *L. Wittgenstein*, autor que puso de relieve cómo las palabras y oraciones adquirirían significados —usos— específicos en el contexto de su aplicación —el juego del lenguaje que sin embargo es incapaz de regular la totalidad de los juegos permitidos por el propio lenguaje(31)—, de un lado, se ataca la idea de la *lex ante casum*, esto es, la suposición de que la significación objetiva de la Norma jurídica nos viene dada a través de un acto de voluntad antes

(31) Ludwig WITGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, UNAM, México, 1988.

del enfrentamiento con el caso a resolver tal como defiende el positivismo metódico, en cuanto considera que semejante perspectiva constituye una ingenua visión reducida. Adicionalmente, se reprocha al positivismo metódico su desarrollo de espaldas a las estructuras objetivas y, en consecuencia, la exclusión en el proceso de interpretación seguido de las implicaciones objetivas de las normas jurídicas y de sus ámbitos de regulación. Ambos planteamientos van a resultar inaceptables desde la *Teoría estructurante*, elaborada a partir del rechazo categórico del equívoco debido a una comprensión «pretérita» del Derecho —propia del idealismo especulativo— donde éste era entendido como un ser que reposa en sí, como una estructura estática dada de significados que solo debe ser relacionada *ex post facto* con las relaciones de la realidad histórica.

Para la *Teoría estructurante del Derecho* objetivamente considerada a modo de «teoría de la producción del derecho», la razón de los significados jurídicos reside en el uso práctico, no en una Norma —«que debe ser»— desligada de la realidad —«que es»— (*B. Jeand'Heur*). La labor de práctica social propia de los juristas —la labor de los tribunales— se entiende creativa, de manera que no se pueda considerar reducida a una «determinación» normativa por la vía de un silogismo de subsunción, pues, con tal forma de proceder, admite *K. Larenz*, «se oculta la participación decisiva del enjuiciamiento»; advertencia realizada desde una toma de posición por el autor en la que se admite ya la existencia de una inevitable relación dialéctica fundamental entre Norma jurídica y decisión jurídica, así como la incorporación del componente axiológico en la interpretación, pero sin poner en tela de juicio aún la dicotomía positivista: interpretación/aplicación como existentes separados. La diferenciación entre Norma y aplicación de la Norma se relativiza, o más bien se abandona, en el sentido de reconocer la inevitabilidad y la necesidad de una complementación jurídica productiva llevada a cabo a través del acto reflexivo de generación jurídica. En sentido propio, considera, no cabe la distinción entre «interpretación» y «aplicación» de la Norma, pues ésta habla cada vez de modo diverso desde su historicidad, pero «como ella misma» —y nunca «la» misma— en el correspondiente supuesto concreto que es el encargado de forzar al trabajador del Derecho a pensar; en efecto, al comprender en cada ocasión, aclarará *H. G. Gadamer*, «se comprende de

un modo diferente», y ya hemos dicho que interpretar presupone siempre comprender para decidir. En realidad, más que tratarse de «aplicar el Derecho», para la *Teoría estructurante*, la actividad desenvuelta por el jurista persigue «extraer el Derecho» en su sentido más original y radical para cada caso a partir de la indeterminación de las «estructuras» iniciales, susceptibles ya por sí mismas de diversas formas de utilización (*D. Busse*). Tarea analítico-productiva llevada a cabo a través de una concreción progresiva de la Norma adaptada, claro está, al problema concreto que es preciso resolver, y no por medio de la exclusiva interpretación de textos de normas —«*Normkonkretisierung statt Normtextauslegung*»—; trabajo que compete de forma desigual e institucional en la realidad cotidiana a los diversos «sujetos investidos de funciones jurídicas».

Teniendo en cuenta que la *Teoría estructurante* pretende esclarecer este momento de la autodeterminación del trabajo jurídico por medio de un modelo «normativo determinado por el asunto respectivo», en el transcurso del proceso estructurante la Norma jurídica se va diseñando como modelo de ordenamiento determinado por la materialidad —*sachlich zusammengehören*— del asunto a resolver y en conexión con él, desde la consideración de los principios jurídicos fundamentales permanentemente actualizados a modo de horizonte referencial. Lejos de toda autoconciencia lógico-sistemática de naturaleza apriorística y abstracta, de lo que se trata, en definitiva, es de racionalizar la praxis, desde la experiencia y plena toma de conciencia a partir de la misma acerca de «lo que hay», lo que la experiencia nos presenta: el ir a las cosas mismas —en el sentido de los casos, claro está—, camino propuesto por *E. Husserl* y tomado realmente en serio en el modo de desenvolverse la obra de *M. Heidegger*. Tarea racionalizadora entendida como «actividad productiva» normativamente orientada, como determinación y justicia de carácter objetivo, a la búsqueda de una racionalidad susceptible de comprobarse y disciplinarse en ese contexto de «fusión de horizontes» —*Horizontweschmelzung*— donde cada «obrar» constantemente se actualiza (32), pero que renuncia de antemano a una plena realización. La racionalidad máxima significa para la *Teoría estructuran-*

(32) Al efecto, puede verse Hans-Robert JAUSS, *Pour une esthétique de la réception*, Gallimard, Paris, 1976.

te que el resultado de la concretización ha de ser comprensible en cada uno de los momentos constitutivos de ese proceso, ofreciendo verosimilitud en el concretar y no convicción con la forzosidad y verificabilidad mostrada por las ciencias naturales —la verificabilidad como meta de las ciencias sociales puede sólo alcanzarse por aproximación, siendo muy optimistas, a juicio de *B. Jeand'Heur*—; en tanto por honestidad metódica óptima se comprende evitar las totalizaciones, las evaluaciones globales y los saberes incontrovertibles. Se puede caer en la tentación de sentirse frustrado por esta inevitable cierta dosis de relatividad, pero si bien la metodología de las ciencias sociales no tiene por función satisfacer las necesidades de certidumbres objetivistas, y tampoco nos es dado el abandono de tales ciencias a un escéptico decisionismo, sí resulta forzoso admitir que únicamente pueden alcanzar la objetividad que les otorguen nuevas experiencias creadoras o la prueba del uso a través de un proceso social-comunicativo (33). Brillantemente, *F. Müller* nos lo documenta: «No puede exigirse la objetividad jurídica como un concepto ideal “absoluto”, pero sí demandarse con ella *racionalidad* revisable y discutible en la aplicación del Derecho y justicia material de ésta o, lo que es lo mismo, que las prescripciones jurídicas *estén impresas con realidad o lleven la impronta de los hechos reales* y se incluyan en la operación de concretar los elementos reales o materiales de la normatividad» (34). Así las cosas, la perspectiva en la que el operador jurídico está obligado a colocarse, ha de ser expresiva de lo que *F. Müller* denomina la necesidad de una ética científica y práctica a través del combate a favor del Estado social y democrático de derecho, permeado por la garantía plena de una ordenación jurídica representada por los Derechos Fundamentales en su consideración de «orden materialmente lleno de sentido» que, de conformidad con lo sostenido por *K. Hesse*, debe «regir en todos los ámbitos del Derecho», en el que el poder se encuentra «elaborado y actualizado en y por el lenguaje», como obligación impuesta por el derecho positivo a toda investigación efectiva y productiva guiada por el interés de la «decisión». En modo alguno persigue, por tanto, alcanzar la objetividad plena, a diferencia de lo preconizado desde las viejas utopías de

(33) Hans-Georg GADAMER, *Le problème de la conscience historique*, Public. Universitaires, Louvain, 1963, p. 36.

(34) Friedrich MÜLLER, *Métodos de trabajo...*, *op. cit.*, p. 253.

la ciencia o de la técnica. Los factores irracionales que acompañan a toda decisión presentan el carácter de inevitables, pero no por ello se han de dejar de desvelar; de lo contrario, estaríamos negando parte de la evidencia respecto de cómo se adoptan las decisiones jurídicas, perdiendo la oportunidad de ofrecer un control real sobre éstas y posibilidades de ganar en racionalidad en el transcurso del proceso de concreción/realización de la Norma.

Su resuelta aproximación al ámbito material de la realidad, respecto de la que se reconoce forma asimismo parte de la Norma, y la convicción de que el criterio último del razonamiento jurídico es ético y no lógico, vincula a la *Teoría estructurante del Derecho* con el estilo de razonamiento jurídico retórico-dialéctico que consigue llegar a una solución de justicia material —*Sachgerechtigkeit*—, y razonable, desde la observación de todos los componentes del problema: «velar por la racionalidad de la *deliberación práctica* y de la *decisión* justa en la vida cotidiana» nos dirá. Ciertamente, la retórica —material— no equivale a la apertura de una válvula de escape para cualquier decisión jurídica: «No cualquier decisión es susceptible de una fundamentación convincente» (*Th. Viehweg*), y el autor tiene perfectamente en cuenta que la realidad Derecho, el saber y el hacer reflejos del Derecho, están «normados» por la justicia —un precepto categórico— y la prudencia —que lo es hipotético—. En todo caso, dentro del ámbito constitucional, el descubrimiento inductivo del Derecho a través de premisas de carácter tópico, viene obligado a hacerse sin sobrepasar el texto de la Norma —*Normtext*—. Debido a ello, va ser imposible decidir en contra de la letra «clara» de una prescripción, por la razón de que entonces se evidencia la falta de ofrecimiento de punto de apoyo alguno para aportar una solución «razonable» al problema, que es el encargado de señalar en cada caso el grado de topicalización estructural necesario, con el texto actuado como «preforma que obra dentro del programa de la Norma» a modo de impulso y límite último de posibilidades. No obstante, al seguir más propiamente el modelo de directriz que el de proposición, se siente liberada la *Teoría estructurante* de la atadura que atenaza a la hermenéutica fenomenológica frente los textos, porque sí admite la plena libertad del trabajador del Derecho a lo largo del proceso estructurante, con el límite último reseñado y la justicia como horizonte; e igualmente queda descartada la pretensión de *E. Betti*, para

quien, desde la aceptación de la autonomía del texto, la actividad hermenéutica persigue recuperar el sentido original del mismo.

La colección de puntos de vista y su posterior comprensión (*T Viehweg*), se orienta al problema en un marco cultural amplio, en contraste con el más estrecho de la teoría sistemática, pero han de eliminarse los *topoi* ajenos al asunto. Y al apuntar a las relaciones de la realidad, tiene que aspirar a la validez universal de la decisión —*Eigengesetzlichkeit*— (*F. Müller*) encaminada al logro del equilibrio más adecuado en el contexto circunstancial de la misma; legalidad propia del concreto sector de realidad —*Sachgesetzlichkeit*—. Si bien observamos, la *Teoría estructurante* más propiamente que la relación incluyente entre los pensamientos problemático y sistemático, reivindica la complementariedad entre la relación a la Norma y la relación al problema de la concretización del Derecho. El entendimiento previo, por su parte, se basa en una institución pública, el lenguaje, y se orienta por un objetivo ordenador supraindividual —por la finalidad— de lo justo y lo razonable (*F. Müller*). Pero sólo por medio de los «intérpretes» o «trabajadores» del Derecho adviene la precomprensión, y es también por ellos por dónde pasa la corriente de la tradición, por ser los portadores del cuerpo social, ya que ellos mismos están siempre enmarcados en el contexto vital de la acción (*V. Frosini*). Tan solo para el positivismo legalista, en consecuencia, cabe imaginar la Norma constitucional y la ordinaria, la creación y limitación, la mediatez e inmediatez, estabilización y cambio, sin referencia a la acción de los trabajadores del Derecho, esto es, como derecho objetivo producto de una mente abstracta y deducido por el «aplicador» a través del sistema axiomático-deductivo de la logística, siendo así que, como recuerda *G. Struck*, en la mayor parte de las ocasiones el proceso interno de decisión seguido por el aplicador de Derecho no se estructura en forma estrictamente lógica (35).

(35) Uno de los más ardorosos defensores de la aplicación de la lógica formal en el ámbito jurídico, como es el caso de Chaïm PERELMAN, acepta que el proceso de argumentación jurídica requiere, junto al criterio lógico, un criterio material de validez, con lo que se distancia de las propuesta, por todos, de un Ulrich KLUG, para quien la lógica jurídico-formal es una parte de la lógica formal simbólica, al tiempo que la única aplicable en el ámbito jurídico, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979.

Expresado lo anterior, y de acuerdo a lo postulado por la *Teoría estructurante del Derecho* «sistemáticamente postpositivista», de entrada, es esencial entender su ajeneidad a toda pretensión de sustituir el modelo de ordenamiento algorítmicamente obtenido de la ley general por una mera concreción productiva de la Norma jurídica orientada por el caso concreto. Por ello, así como la precomprensión y la selección del método de *J. Esser* en lugar de girar alrededor de la creación jurídica libre en el sentido de una arbitrariedad —casuística— de la equidad, lo hacen en torno al aseguramiento del ajuste a la normativa —«normativamente vinculado»— y de la repetibilidad de decisiones jurídicas, la metódica estructurante también busca procedimientos «relativamente» estables, pero siempre abiertos y creativos para el trabajo jurídico. A esta estabilidad pretende llegar la *Teoría estructurante* por medio de una reflexión acerca de la génesis del Derecho, guiada por el sentido proveniente de un análisis «de la estructura de la Norma jurídica concebida como Norma de decisión». Porque, según decididamente se mantiene, la «interpretación» no consiste en la reconstrucción objetiva de una idea inmanente —legalidad inmanente— aprehendida en un texto jurídico —«lingüístico»—, sino que significa necesariamente un enriquecimiento determinado —en diversa medida— por unos hechos, y guiado por ciertas expectativas. *Ante casum* aún no existe algo distinto de la Norma como juicio hipotético logificado, como voluntad vacía de realidad y carente todavía de normatividad (36), sostiene *F. Müller*; fe en una preconstituida *lex ante casum* que, por el contrario, reúne en un mismo error a positivistas y antipositivistas, asimismo nos recuerda.

Para la *Teoría estructurante del Derecho*, la teoría de la Norma jurídica y la metodología jurídica se conciben necesaria y concretamente vinculadas, a modo de paradigma, porque no parte de un concepto estático y previo de Norma en los términos aceptados plenamente por el positivismo metódico, tal como venimos reiterando. La teoría de la Norma tiene por objeto el actuar jurídico no el sistema jurídico, y es explicada a partir de la originaria referencia de «Nor-

(36) Curiosamente Hans Kelsen, máximo exponente del positivismo, en sus objeciones a la *Crítica de la Razón Práctica* kantiana, consideraba irracional todo lo que tuviera que ver con la voluntad y la acción.

ma» y «Realidad» distinguidas solo metódicamente, mas con una «estructura de la Norma» que recoge los resultados obtenidos en la investigación de tales relaciones y la proveniente de la «reflexión de esos actos por medio de la metodología, la dogmática y la teoría del Derecho —y de la Constitución—». En estas coordenadas, la metódica jurídica —la constitucional— debe ser fundamentada por medio de una teoría del Derecho: pero no por una teoría «sobre» el Derecho que es sino a partir de una teoría «del» Derecho que dice ser a largo del proceso estructurante, por una teoría de la Norma jurídica en los términos referidos de producción dinámica de la misma. Circularidad que comporta aquí una insoslayable referencia o intencionalidad de tres elementos que se van recíprocamente influenciando: las «normas», los «hechos» y el «intérprete»; superadora de la circularidad «gadamerina», eso sí, de carácter productivo asimismo ésta última y enmarcada, como hemos insistido, en la experiencia de la tradición, pero cuya propuesta de movimiento conduce desde el intérprete al texto y de éste al intérprete. Sin embargo, no procede la *Teoría estructurante* de modo unilateralmente progresivo o mecánico, sino preciso y alternativo —*wechselseitige Präzisierung*—, y recíproco —*auf Gegenseitigkeit*—: el programa normativo opera volviéndose al estado de las cosas y éste retornando al primero, con un ritmo de lanzadera prendido por el anhelo de la racionalidad posible, dirigido a contrapesar las denominadas pérdidas de certeza (*G. Haverkate*); procedimiento estructurador que, conforme es susceptible de apreciar sin excesivas dificultades, mucho dista asimismo del denominado «culto de la decisión concreta» (37) practicado por el realismo jurídico norteamericano. En fin, por buscar una coincidencia más con *H. G. Gadamer*, ambos autores van a concordar respecto de otro aspecto como es el de la circularidad de la comprensión, en lo tocante al movimiento de ir del todo a la parte y de la parte al todo, aunque de nuevo adopte la *Teoría estructurante* superiores cautelas en la consideración de esta temática.

La Norma jurídica es entendida como «producto» —«la productividad del acontecer»—, y dado que la resolución de cada caso

(37) En la célebre y temprana expresión de Roscoe POUND, «How Far Are We Attaining a New Measure of Values in Twentieth-century Juristic Thought?», en *West Virginia Law Quarterly*, vol. 42, 1936, p. 89.

requiere una nueva producción —temporabilidad de la normatividad—, «la interpretación» va desplazando permanentemente el sentido de lo normativo: «lo general, bajo lo cual se subsume algo especial, continuará, precisamente por eso, determinándose *motu proprio*»; el juego creativo jugando al infinito al que alude *H. G. Gadamer*. De esta suerte, a diferencia de lo presupuesto por el positivismo metódico, la interpretación y la aplicación no se autonomizan en el proceso de producción del Derecho: liberación de la «maraña de la jerarquía». Si antes podía hablarse ingenuamente de un *interpretes*, mediador entre la *mens legislatoris* o la *mens legis* y la realidad del caso, según la hermenéutica del caso, no hay lugar a hablar de una «interpretación» y una «aplicación» del Derecho como ejecución ulterior de algo ya realizado, de la reconstrucción de una hipotética voluntad del legislador o de la Ley llevada a cabo a través de actos de mediación del intérprete; al margen de que en las ciencias sociales entendamos equivocada la separación entre las dos vías desde las que es susceptible encararse con su estudio: la subjetiva y la objetiva, dado que lo subjetivo no cobra realidad de sentido sino por referencia a un mundo de ideas objetivas. Téngase presente que la Hermenéutica es facticidad, es vida, es existencia, es concreción: y comprender es siempre también aplicar; esto es, la acción de comprender no queda reducida a un saber teórico-abstracto, es un saber práctico, un saber actuante. Debido a ello, la *Teoría estructurante del Derecho* merece para sí misma la consideración de «decididamente impura», y ello desde la perspectiva de todas aquellas polarizaciones que tradicionalmente impregnan el trabajo jurídico, a saber: «norma y caso», «realidad y norma», «ser y deber ser», «elementos cognitivos y elementos volitivos».

III

Por lo referido a la localización de eventuales fuentes de partida que ayuden a una mejor comprensión de la *Teoría estructurante del Derecho*, son difíciles de precisar en la obra de su fundador, habida cuenta de la incuestionable originalidad del autor y el fuerte «viraje» jurídico que ha supuesto su pensamiento. De cualquier modo, a nuestro entender, sí podemos encontrar algunas, más o menos proseguidas y readactadas.

Hemos aludido en cierto momento a su punto de arranque en determinadas cuestiones del segundo *L. Wigenstein*, y si *H. G. Gadamer* tiene la bien ganada consideración de ser uno de los iniciadores fundamentales de la hermenéutica filosófica contemporánea, parece evidente que algún entronque debe existir entre ambos. Superficialmente, aparentan bastante olvidados formalmente el uno del otro en sus respectivas obras, aunque sigamos creyendo que no es así, porque la perspectiva hermenéutica de análisis y fundamento de su construcción, como venimos sosteniendo, al margen de las peculiaridades materiales, es palpable en la obra de *F. Müller*. La «concepción estructurante de los métodos», afirmará el autor, no es una concepción jurídica que se limite meramente a trasponer «a la Ciencia del Derecho una hermenéutica filosófica, aun cuando bien se entienda que aquélla tiene para con ésta oficio de ejemplar desde el punto de vista de la “aplicación” y de una “precomprensión” que abarca al propio intérprete». Eso sí, la coincidencia es mucho más clara por lo que hace al desplazamiento de la pregunta acerca de la «verdad» hacia su carácter pragmático en el contexto de las ciencias sociales.

En lo que ahora interesa de renacimiento de la filosofía práctica, detrás de *H. G. Gadamer* están, adicionalmente, la crítica ontológica fundamental de la Ciencia y la fenomenología de la existencia —la experiencia del Ser descubierta detrás de la metafísica— provenientes de *M. Heidegger* —al margen de los consabidos «cortes» y de los «giros» propios y específicos de cada uno— (38); los planteamientos desarrollados por el idealismo trascendental del último *E. Husserl* acerca de la técnica de descripción fenomenológica en su reorientación hacia el mundo de la vida, sobre todo una vez que rompe con la Escuela neokantiana de *Marburg* y con el rechazo por ésta de la vida histórico-social; en fin, tiene en cuenta, es evidente, a un *G. W. F. Hegel* liberado de su filosofía de la historia y superador de la estrechez del idealismo subjetivo (39), esencialmente para la

(38) Para el distanciamiento del último Martin Heidegger de la cuestión metafísica, remitimos a Gianni VATTIMO, *Más allá de la interpretación*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1995, pp. 39 y ss.

(39) Expresado con el mismo Hans-Georg GADAMER: «Todo saber procede de una determinación histórica, que podemos llamar con Hegel “sustancia” porque soporta toda

elaboración del concepto de experiencia, Y, desde luego, atenderá siempre como telón de fondo al pensamiento clásico, lo que se evidencia asimismo más tarde en la *Teoría estructurante* merced a ese encuentro que procura al modo aristotélico entre la Norma «en toda su entereza» y «la plena serie de causas» (40), además de considerar permanentemente las profundas enseñanzas platónicas sobre la retórica junto con la crítica a los enredados a los que se llega por los vericuetos de la verosimilitud, o al tener siempre presente la idea socrática acerca de la necesidad de superar la dualidad eleática entre ciencia y opinión (41), en fin, se ve asimismo en su concepto de dialéctica en cuanto arte del diálogo y de la investigación —aunque su discurso sea esencialmente retórico—.

Pero, volviendo al engarce con la filosofía práctica, la hermenéutica fenomenológica de *M. Heidegger* representa, es sabido, una violenta reacción frente a las construcciones formalistas neokantianas: la verdad ya no está acotada científicamente por medio de procedimientos de control obtenidos a través de la metódica procedimental conducente a una pretendida objetividad controlada que toma cuerpo de forma teórico-constatativa en una larga cadena de silogismos. El filósofo de *Freiburg* acuña la categoría de «sentido» dentro del

opinión y comportamiento subjetivo y, en consecuencia, prefigura y limita toda posibilidad de comprender una tradición en su alteridad histórica. A partir de aquí, la tarea hermenéutica puede caracterizarse como sigue: tiene que rehacer el camino de la Fenomenología del Espíritu hegeliana, en tanto que en toda subjetividad se muestra la sustancialidad que la determina», *Verdad y Método...*, *op. cit.*, p. 372.

Asimismo, es evidente que comparte planteamientos hegelianos en el momento concreto en que supera la dicotomía sujeto/objeto, o en la rehabilitación de la dialéctica antigua, para alejarse de aquellos planteamientos hegelianos tocante a los conceptos de totalidad y terminación asumidos sin embargo por la reflexión hegeliana.

(40) Y de igual modo a cómo acontece con Martin HEIDEGGER y Hans-Georg GADAMER, asume la idea de «sabiduría práctica» —*phronesis*— proveniente de ARISTÓTELES, central en los tres autores para la elaboración de la estructura dialógica de la comprensión.

(41) Es evidente que para Friedrich MÜLLER la esencia de la actividad investigadora evoca la idea de la *anámnesis*, pues lejos de apropiarse de saberes firmemente establecidos, se proyecta como actividad continuada que crea dialécticamente su objeto. De otra parte, también me ha comentado asimismo en diversas ocasiones su detenida lectura por indicación de Erik Wolf, y naturalmente en griego, de la trilogía: el *Eufrión*, el *Laques* y el *Menón*. Y, evidentemente, todo el que relea tales diálogos (aunque sea en castellano, cual es mi caso), podrá comprobar su impronta en la obra del maestro germano.

ámbito «altísimo» del «comprender» y del «interpretar», siendo los propios entes o el ser los que tienen «sentido» proyectados sobre un fondo de significaciones culturales. El «sentido», principalmente en el *M. Heidegger* tardío, una vez libre del planteamiento de la cuestión metafísica, deja de ser una peculiaridad que esté adherida a los entes o situada detrás de ellos, o flotando en un «reino intermedio». Se vuelve un «existenciario» fundamental del «ser ahí» —*Dasein*—, en «estado abierto», que comprende y luego interpreta, puesto que el existente humano además de un «existente en sí» es al mismo tiempo un «poder ser», y el entendimiento participa de esta determinación existencial. Efectivamente, el comprender emerge como «la forma originaria de realización del estar ahí», porque para la «proyección» —*Entwurf*— del *Dasein*, «encontrarse y comprender caracteriza en su condición de existenciaríos el estado abierto original del “ser en el mundo”». Pues bien, en sintonía con este planteamiento, en *H. G. Gadamer* la comprensión no es algo distinto del «modo de ser del propio *Dasein*», lo que le conduce a sostener el primado del conocimiento acerca de la experiencia de la verdad que sobrepasa el ámbito sometido al control de la «metodología científica» —la comprensión o el esfuerzo por comprender— sobre la aislada interpretación ahistórica aferrada al esclarecimiento de lo puesto, la verdad —histórica— como acontecimiento —*Ereignis*— y como destino —*Geschick*— sobre el método. Además, ante la determinación ontológica de las ciencias del espíritu, como se ha dicho hace unas líneas, propugna el desplazamiento de la pregunta por la «verdad» hacia su naturaleza pragmática. Y, paradójicamente, el gran teórico de la metodología jurídica como técnica de los procesos reflexivos que conducen a la decisión práctica, orientados por los textos de las normas o por las normas, prima a lo largo del proceso estructurante la construcción del Derecho por los encargados de funciones jurídicas: «es una tarea para éstos y un rendimiento que se les exige». Trabajo a desarrollar por medio de un diálogo interminable desarrollado a través de procedimientos metodológica y rigurosamente orientados, «razonados», reconociendo como únicamente científico «lo que hay». No obstante, admite el discurrir histórico del «sentido», circunscrito siempre a horizontes culturales que se han de asumir —porque solo por esta vía podemos comprendernos a nosotros mismos— y reinterpretar proyectivamente, frente a la propuesta «extremadamente simplista» de descubrimiento cognitivo o redescubrimiento metódicamente acota-

do de un Derecho previamente existente —comprobación— «encerrado como tal deber ser a cadena perpetúa» en un texto lingüístico. En todo caso, aunque respete la historicidad de la comprensión, *F. Müller* muestra aún más sensibilidad al objeto de trascender el horizonte de la propia tradición —algo a lo que tampoco *H. G. Gadamer* se niega, al menos con explicitud categórica(42)—, adoptando una distancia crítica frente a ella cuando lo requiera la «verdad»(43).

Del mismo modo que *H. G. Gadamer* pretende abordar la problemática de la comprensión en toda su extensión y complejidad, la tarea de extracción del Derecho propuesta por *F. Müller*, aunque relativiza en cierto modo la trascendencia de la precomprensión, persigue tener en cuenta en su máxima amplitud de dimensiones y sentido el proceso de creación normativa: el Derecho finalmente producido tiene la consideración de «acontecimiento» en cuya génesis el trabajador del Derecho participa, por cuanto plenamente vinculado e interesado en el proceso antedicho. A su vez, cabe insistir en que el problema del entendimiento previo potencialmente abierto ocupa un lugar central en toda corriente hermenéutica, de ahí que se determine siempre el significado del concepto de «precomprensión», fundamental por ejemplo en la obra de *H. G. Gadamer*, aunque *F. Müller* adopte significativas precauciones en relación al mismo según terminamos de señalar, pero siempre desde su consideración en cuanto previa condición ontológica insuprimible e imprescindible de ese «trabajar jurídico» encaminado al hallazgo una «genuina comprensión creativa», por medio de la puesta a prueba constante y reiterada de los propios prejuicios. El concepto de entendimiento previo de la Hermenéutica como condición de conocimiento positivo enlaza con la idea del «estar proyectado» elaborada por *M. Heidegger*, y es un entendimiento previo vinculado a la historicidad, situado social-

(42) Pues bien sabemos su aceptación de la compatibilidad entre la historia efectual de toda comprensión jurídica y la propia comprensión crítica de ésta.

(43) Explica Salvador GÓMEZ DE ARTECHE Y CATALINA que el círculo hermenéutico tiene en Friedrich Müller una acogida cautelosa, que la precomprensión no es un tema central en el pensamiento del autor, o que no legitima la intersubjetividad, aspectos en los que puede estarse básicamente de acuerdo, a nuestro modo de ver. Mucho más discutible es su afirmación de que no rige en la *Teoría estructurante* «la fusión de horizontes», al margen, de nuevo, de las precauciones con las que sí entendemos se acoge, «Introducción» a *Métodos de trabajo...*, *op. cit.*, p. 73.

mente y a merced de la historia: «el significado hermenéutico de la distancia en el tiempo». Desde el rechazo del subjetivismo, son sin embargo nuestros propios prejuicios los que actúan inevitablemente como lanzaderas o estructuras de anticipación hacia lo que debe ser entendido. Conocimiento previo, sin el cual la interpretación resulta ser inexistente, y que ha de buscarse en una expectativa histórica del sentido y/o en un prejuicio que presuponga o asegure el sentido compartido por todos los participantes del diálogo y los lectores, quienes acceden a la comprensión crítica solo cuando llegan a adquirir plena consciencia de la historicidad —la historia de los efectos— del movimiento que se produce entre ellos y los textos (*D. Busse*): «el auténtico entendimiento de lo general propiamente dicho que significa para nosotros el texto dado».

En consecuencia, la interpretación se halla vinculada para la Hermenéutica a fondos existenciales de conocimiento objetivo, al discutir histórico del sentido probado —«eventualización del sentido»—, y tiene en la comprensión su condición positiva, así como el punto de llegada del proceso mismo. Pero para la *Teoría estructurante*, aun reconociendo su productividad, la concreción jurídica no es concebida como invención sino como extracción que ha de procurarse desde todas las perspectivas. *F. Müller* va más allá de la idea propia de la Hermenéutica de enriquecer el sentido de los «preceptos jurídicos», enriquecimiento que él propone ha de estar determinado asimismo por los hechos, por la realidad. Al igual que sucede con el concepto en *J. Esser*, la precomprensión no viene exclusivamente dada a través de las experiencias profesionales acumuladas por juristas y mucho menos del pensamiento de operadores jurídicos —principalmente jueces individuales—. Conforme a lo apuntado, el entendimiento previo, que es un aspecto fundamental y orientador —admitido sea que toda interpretación tiene que haber entendido previamente de algún modo aquello que ha de ser interpretado y sostenerse sobre esta precomprensión—, se toma también de la propia realidad y, expresado más exactamente, del lenguaje y de los fondos existenciales de conocimiento que el lenguaje encierra implícitamente.

De otra parte, si *H. G. Gadamer* se refiere a una «ponderación justa del conjunto», de la que todo jurista es capaz únicamente tras haberse puesto a «analizar con detenimiento la concreción global

de la situación», en ese caso, la corrección de la concreción jurídica de la Norma quedará asegurada debido al hecho de que el entendimiento previo del intérprete funciona como interfaz de enlace con la unidad y la continuidad del contexto de las tradiciones culturales que sin coacción explícita alguna han generado aquiescencia social. Después de todo, son éstas las encargadas de transmitir aquellos legítimos prejuicios que, a su vez, encuentran en tales tradiciones la propia verificación como hipotética posibilidad, en apertura hacia nuevos ámbitos aún poco explorados o sencillamente inexplorados y al hallazgo de la transformación de tal posibilidad en realidad. Por eso, las propias experiencias van incuestionablemente entretejidas, desde el principio, en una red tupida de tradiciones, y el intérprete individual ya ha sido, desde siempre, parte de las «autoridades competentes» en estos casos: «La verdad es que la historia no nos pertenece a nosotros, sino que nosotros pertenecemos a la historia» (*H. G Gadamer*). En tal sentido, para la *Teoría estructurante del Derecho*, el concepto de concretización no designa un esquema moderno o enriquecido de descubrimiento del Derecho tal como pretende *M. Kriele*, quien sucumbe a este malentendido fundamental respecto del sentido de la teoría considerada. Se refiere, por el contrario, a un modelo construido sobre el fundamento de una concepción de conjunto de nuevo tipo.

Tomada desde esta perspectiva, la Ciencia del Derecho se sitúa en un plano distinto al adoptar la forma de reflexión sobre la producción jurídica, y no presentándose en forma de Ciencia de la justificación en el sentido de limitarse a legitimar la explicación de un texto, con independencia de que profundice más o menos en esa tarea: concretizar la Norma jurídica no significa que ésta existiera previamente a la aparición del caso concreto y a su solución. Tal planteamiento, sin embargo, es acriticamente aceptado por el pensamiento positivista y neopositivista, y del mismo modo sin apercibirse demasiado de ello por muy diversas corrientes antipositivistas. Puede aceptarse sin demasiados reparos que las corrientes antipositivistas se distinguen del positivismo legalista clásico por el hecho de que reclaman la necesidad de una intervención activa del jurista, pero el error fundamental que considera la Norma jurídica ya existente antes del caso concreto, la creencia en una *lex ante casum*, muestra un punto de partida común hacia el hallazgo de soluciones tautológicas

y estériles, detectable en las tendencias positivistas y antipositivistas (F. Müller). De esta suerte, comprender la Norma de manera directa y viva, así como proceder desde ahí a la pertinente decisión, requiere forzosamente de su convalidación «en las cosas mismas», a fin de ganar comprensión en la realidad social —e incluso en ocasiones en la propia naturaleza—, con las que el intérprete se las tiene que ver a través del establecimiento de los pertinentes vínculos hermenéuticos. Al texto de la Norma le corresponde sí «validez» —*Geltung*—, en correspondencia a su positividad, consistente en el deber de los destinatarios o intérpretes de orientarse hacia aquel en su comportamiento, deber reflejo de una opción política democrática en favor del poder constituyente del pueblo y de la representación política como elementos normativos y como instancias de legitimación permanente de la actividad propia del Estado constitucional. Ahora bien, no puede «sustancializarse», no tiene «significación» ni «sentido» por sí mismo, puesto que carece de existencia autónoma. Sencillamente «evoca» un sector correspondiente de la realidad sociopolítica que incita a la tarea de concretización práctica de la Norma jurídica y su entrega como *Norma de decisión* —*Entscheidungsnorm*— de un caso particular, cuya individualidad consecuentemente es incuestionable y, por lo mismo, dotada de sustantividad propia. Portador, pues, de un contenido referencial y designativo, actúa como formulación del inicio del proceso estructurante y como motivo conductor del mismo a la búsqueda de ese acontecer en el que la comprensión consiste, pues el proceso estructurador ya no comienza, claro está, desde la subjetividad. De lo contrario, concentrándonos exclusivamente en el texto, ninguna duda existe acerca de que se obtendrá con seguridad, advierte el maestro de *Heidelberg*, la «*justicia del Cadí*». Solo desde una perspectiva francamente miope, y prisionero el aplicador del Derecho «de la ideología de la subsunción», puede obviar que el texto aisladamente considerado carece de normatividad —*Normativität*—, pues ésta es justamente dinamismo, proceso, y el lenguaje no es normativo por sí mismo sino que se le imprime fuerza normativa por los agentes del lenguaje, sostiene R. Christensen. El texto es únicamente la «punta del tímpano» en el arranque del proceso estructurante, pero ni es la Norma jurídica —es «no normativo»— ni siquiera constituye un autónomo elemento conceptual de la Norma, y en inferior medida puede identificarse con un mandato jurídico perfecto como pretende la ciencia jurídica conceptual y su

tesis de la sustancialización —separada— de la Norma. La normatividad de las «prescripciones» jurídicas está siempre, se sostendrá, inexorablemente referida y conectada a un caso: *ante casum* como pura potencialidad.

También, parece compartir la idea «gadameriana» de la desconfianza ante la filosofía del sujeto trascendental, fundamentalmente entendida como falta de confianza frente a la ausencia de premisas del pensamiento. Expresado de otro modo, *H. G. Gadamer* se une a *M. Heidegger* tocante a la crítica del concepto kantiano de sujeto y al escepticismo referente a la posibilidad de fundamentación definitiva de un conocimiento seguro en la conciencia individual: «la desproporcionada subjetividad pura de la modernidad», cuyos prejuicios ontológicos tanto habían influido en el neokantismo —y que, naturalmente, siguen influyendo en sus seguidores, de modo más o menos consciente— así como en los análisis del propio *E. Husserl*. Y de igual manera a cómo sucede en *H. G. Gadamer*, es inconcebible para *F. Müller* la teoría al margen de las exigencias de la vida política y social. Esto significa que el método como instrumento de control de la voluntad de dominación, a su vez, ha de ser un instrumento controlable, evitando la mera utilización instrumental del Derecho, y a la búsqueda de una organización política con la pretensión normativa de ser un orden justo. Porque no duda de la fuerza coercitiva del Derecho, pero da por superadas las teorías jurídicas del poder y de la utilidad —positivismo y utilitarismo—. En fin, su «productividad interpretativa» recuerda una vez más a la *mimesis* artística en los términos expuestos por *H. G. Gadamer*: crear haciendo que surja algo de la realidad que previamente no era visible —por demás, el «desocultamiento» heideggeriano—.

Tocante a la prelación ontológica otorgada al hacer —al trabajar— respecto del conocer, del comprobar la existencia de una presunta voluntad previa, recuerda ideas propias de *N. Hartman* y el rechazo por éste del concepto neokantiano de sistema: un mundo surgido por medio de la intervención del hombre a través del conocimiento y de la acción, que muestran su huella. Asimismo, se ha dicho en determinados momentos, su conocimiento en cierto sentido también evidencia un paso abductivo —en el sentido de *Ch. S. Peirce*—, porque su ciencia es innovadora, continuamente innovadora

—es actividad investigadora/extractora—, no se limita a deducir a partir de lo ya conocido mediante la apropiación de lo «establecido» —lo que haría perder sentido al saber—. Luego el problema real es otro, encontrar una nueva explicación y un nuevo *explanans*, hallar por vía inductiva nuevas hipótesis acerca de cómo se desarrolla y debe desarrollarse —teoría y práctica, o teoría de la praxis, a la postre, Ciencia prácticamente práctica— el trabajo jurídico. La libre deliberación práctica, como algo propio de las ciencias de la libertad —las ciencias del espíritu— pregunta constantemente por razones para decidir en el ámbito dialógico de comunidades libres —la de un acontecimiento—, no por las causas y efectos de decisiones previas. De ahí, a diferencia de *H. G. Gadamer*, el menor énfasis puesto por *F. Müller* en la historicidad de la comprensión pero sin llegar tampoco a su subestima, quizá advertido en superior medida por las ideas de *F. Nietzsche* respecto de la frecuencia con la que la historia distorsiona la realidad, naturalmente, sin aceptar, los postulados de este último respecto de la irracionalidad de la vida.

Debe también reseñarse que acepta determinados planteamientos propios de *M. Horkheimer* y *Th. W. Adorno* acerca de la autorreflexión permanente, aunque siempre con matices, sobre manera respecto del procedimiento de acceso a la «verdad» histórica, y situado eso sí fuera del terreno de la crítica marxista, al convertir el propio pensamiento de nuevo en un instrumento de reconciliación, pero sin pararse ahí, porque considera que no existe una reconciliación jurídica de carácter permanente a modo de instancia absoluta y totalitaria —características éstas de todo sistema—. No hay obra alguna sistemática viviente, desde esta perspectiva, si no es afirmándose contra lo viviente mismo, amputándose así toda conciencia social por adición de innumerables amputaciones individuales de «sí mismo(s)»; pretensiones semejantes, son únicamente meras razones instrumentales. Y al igual que ellos, no cuestiona los presupuestos de la Ilustración sino su perversión en razón instrumental, identificadora y cosificadora; pues con verdadera convicción persigue también como objetivo y esfuerzo intelectual permanente salvar siempre la Ilustración: *immer Rettung der Aufklärung*. En este sentido, concuerda en la necesidad de avanzar —o más bien reconstruir— en pos de la teoría de la civilización fallida, porque la libertad en Sociedad solo se salva desde un pensamiento ilustrado —que no irrenuente a su propia «realización»—, esto es, aceptando

el postulado del incesante y laborioso progreso hacia el infinito, desde luego reflexivo sobre sí mismo, a partir de la cordura de su insuficiencia y eterna limitación: «ser incompleto y saberlo, es también la señal del pensamiento»; sin embargo, si todo está pensado por otro(s), sencillamente se está renunciado a pensar. Por eso, cuando el neokantismo jurídico, con *H. Kelsen* a la cabeza como representante más señero de esta corriente, acepta con fe definitiva y ciega la inexistencia de un ser jurídico que no pueda ser penetrado por la ciencia, cae consciente o inconscientemente en el olvido de que lo realmente susceptible de ser penetrado por la Ciencia no es el ser. De ahí el rechazo de una interesada perspectiva parcial, inmanente a la superstición de la unitaria «calculabilidad del mundo» a través de la resignada lógica formal, y, por el contrario, la plena asunción del postulado completo del sentido de la vida —evidentemente no se queda en ello—, lo que evita naturalmente a *F. Müller* cualquier soberbia comprensión del falso absoluto, de los principios a modo de axiomas determinados arbitrariamente. Dirección comprensiva esta última que, como se ha venido considerando, irremediabilmente aboca a sus seguidores al espejismo del conocimiento subsuntivo bajo dichos axiomas, y pendiente enfilada de modo inevitable por el positivismo metódico encaminado al erróneo encuentro con una Ciencia jurídica —o mera apariencia de la misma— inexpresiva de la conciencia y en evidente conflicto con la praxis real (44): ¡el perfecto *Odiseo* poniendo a salvo su vida a costa de perder la propia identidad!. Asimismo, asume la postura metódica de *Th. W. Adorno* respecto de otro aspecto relevante: ambos coinciden en la actitud crítica a partir de la razón dialéctica, por contraposición a la actitud también crítica de *K. Popper* pero que arranca en éste de la razón analítica. En fin, también parece posible buscar similitud en su forma de acción con la acción reconciliadora propuesta por *J. Habermas* entre conocimiento e interés (45).

En el plano más estrictamente jurídico, se orienta fundamentalmente por *J. Esser* con preferencia al seguimiento de *K. Hesse*, este

(44) La real incapacidad del Derecho entendido como un ente autónomo al objeto de «comprender y regir lo real», es bien sintetizada por Eloy GARCÍA LÓPEZ, *El Estado Constitucional ante su «Momento Maquiavélico»*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 65-66.

(45) Y en este sentido ha sido hallada tal coincidencia por Salvador GÓMEZ DE ARTECHE Y CATALINA, «Introducción», *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 56-57.

segundo su «maestro oficial» y luego «discípulo». Sin embargo, se aparta del autor respecto de la imposibilidad de adoptar decisión jurídica alguna sin la existencia de una norma que establezca el criterio de lo correcto, porque vuelve a ser una norma puesta aunque determinada por otras vías. Y uno de los libros jurídicos clásicos que más valora, según nos ha manifestado verbalmente, es la obra de R. von Ihering: «*Der Zweck im Recht*», en la que su autor esboza ya con suficiente claridad el firme propósito de elaborar «una jurisprudencia pragmática, a la que no importa tanto un profundo conocimiento del derecho cuanto el valor vital de sus esfuerzos», si bien, como hemos dicho, el planteamiento superador del utilitarismo social está perfectamente evidenciado en el modo de proceder de la *Teoría estructurante* (46). De otra parte, de la *Escuela del Derecho Libre* aprendió la necesidad de otorgar una consideración sumamente relevante a las circunstancias del caso, principalmente a través de la obra de H. U. Kantorowicz (47), y de la *Jurisprudencia de Intereses* asumirá el rechazo de la Ciencia jurídica conceptual de carácter esencialmente interpretativo, conclusión a la que llegaría por medio de la lectura de la obra de Ph. Heck; aunque, en ambos casos, termine distanciándose de la respectiva concepción global sostenida por cada uno de los dos autores citados.

(46) Frente a opiniones que la rechazan, comparto con Karl LARENZ la idea de que el pensamiento de Rudolf von Ihering se encuadra en una concepción finalista-utilitarista, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, p. 165. Y, desde luego, si se rastrean los rasgos del utilitarismo para ser comparados luego con la obra de Ihering, pocas dudas cabrán al efecto, vid. Quintiliano SALDAÑA, «Prólogo», en *El utilitarismo. Estudio de las doctrinas de Jeremías Bentham, su expositor en España*, Reus, Madrid, 1923. En todo caso, de la fascinante personalidad de Ihering reconocio aprendió la necesidad de ser un profundo conocedor de la Historia, y siempre le atrajo más la línea conceptualista del autor que la teleológica; en fin, la reflexión del autor de que había aprendido más de Hegel que de muchos juristas prácticos, determinó su intensificación en la lectura del fundador de la Filosofía del Derecho, y a partir de ahí profundizaría especialmente en la construcción hegeliana acerca de la dialéctica del concepto.

(47) De hecho, desde el 14 de mayo de 2009, el profesor Friedrich Müller tiene para su corrección, y eventual publicación, mi cuaderno de apuntes tomados en uno de sus seminarios, impartido durante tres intensas semanas de la primavera del año 1985, en el que se analizó y comparó la más conocida y divulgada obra de Hermann-Ulrich KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906), con el libro de Ernst FUCHS: *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz* (1909). No obstante, en ningún momento se fundamenta su teoría desde consideraciones que respondan al método sociológico.

En fin, durante sus primeros semestres de formación en *Frieburg* como asistente de *K. Hesse* y de *H. Ehmke*, me ha testimoniado que también leería con especial intensidad la obra de *E. Ehrlich* (aconsejado por *E. Wolf*), llegando incluso a compartir con él en aquellos tiempos la tesis de que siempre existe un Derecho de la Sociedad distinto del estatal, del de los juristas y del de los tribunales. A partir de ahí, corregiría esta pluralidad normativa, principalmente a través de la mencionada concepción de la normatividad introducida de modo exclusivo por el agente en la resolución del caso concreto. Sin embargo, en varias oportunidades me ha reconocido la apertura mental que la lectura de la obra del precitado jurista le había supuesto, y la permanente atención que siempre ha prestado a sus aportaciones, así como las muchas horas que ha dedicado a pensar sobre las agudas reflexiones de *G. Jellinek* en su monumental obra —el calificativo es suyo— *Allgemeine Staatslehre*, en especial en lo tocante al concepto de validez manejado por este autor. O, en fin, el respeto por los planteamientos tanto de *A. Kaufmann* acerca de su denominado «concreto derecho histórico», como de *K. Engisch* respecto de la concretización de las normas, corrientes doctrinales que luego la *Teoría estructurante* también sobrepasa en ambos casos. Asimismo, cabe apuntar que siempre ha sido un entusiasta lector de las obras producidas por la escuela clásica española del Derecho Natural, especialmente del tratado *De Legibus* de *F. Suárez* y su idea de la Ley como regla de acción: la Ley natural en cuanto tal no está constituida por las mismas notas objetivas que constituyen a la naturaleza humana como naturaleza óptica, sino por la fuerza ético-jurídica derivada de esa naturaleza y que se manifiesta en nuestra conciencia en forma de juicios prácticos imperativos. Y, de manera más concreta, es posible volver a recordar por su similitud, el acento puesto por *J. Esser* en la vinculación de la interpretación a las experiencias jurídicas prácticas y al horizonte de expectativas alimentado por éstas del que no podrá salir el «aplicador» de normas jurídicas; lo cual entiende aplicable este último autor tanto a su posibilidad de entendimiento como a su posibilidad de decidir. La interpretación jurídica sólo es concebible como «exploración y adelanto de posibles interpretaciones según unos puntos de vista de la fuerza de convicción», como búsqueda de un entendimiento del Derecho que ha de establecerse primero y se deriva de la consideración de los valores y la actitud de los

«grupos sociales» participantes en la adopción de decisiones —no de la norma promulgada— ; aunque, como cabe deducir de lo más arriba expuesto, respecto de esto último *F. Müller* presenta perfiles parcial y sensiblemente distintos.

La autoridad intelectual y la profundidad del pensamiento de *F. Müller* tienen la inevitable fuerte resonancia internacional que es acorde a su espíritu universal, habiendo sido su obra traducida a trece idiomas, valiosa prueba de su colaboración al establecimiento de contactos y diálogos con la problematicidad de distintos órdenes jurídicos. Muy diversos autores consideran que su obra, auténtico exponente de un nuevo y radical modo de pensar la normatividad y con la que ha alcanzado el rango de un clásico, ha puesto ya de relieve su originalidad e importancia, por lo que está llamada a perdurar, en cuanto constitutiva de una ejemplar biografía idiosincrásica, consagrada a la construcción de una *Teoría estructurante del Derecho como teoría postpositivista de la metodología jurídica* que no guarda relación con el tradicional enfoque positivista, conforme al cual, el aplicador del Derecho otorga preferencia —exclusividad— a la Norma jurídica puesta. E irá paulatinamente alcanzado una mayor capacidad de convicción a medida que se profundice en su conocimiento. Se llegará a la certeza de su aproximación más intensa y responsable al dominio de la realidad jurídica, y acerca del carácter inexcusable de sus desafiantes reflexiones en orden a una exploración metódica del Derecho cada vez más laborada y diligente, mediante esa vuelta constante a lo mismo desde diferentes lados como propugnara la dinámica infinita de preguntas y respuestas en las que la conversación consiste según la estimativa de un *M. Heidegger* asumida por *H. G. Gadamer* —huyendo, pues, del descubrimiento.... de constantes que fluyen—, para proceder a la «decisión». Al menos, para quienes pensamos en el necesario —apremiante— cambio pendiente respecto del tradicional hábito de pensar jurídico, y desde la consideración de que toda Norma jurídica es más que un simple texto, al advertírsenos que «Norma» —texto de la— y «formulación concreta de la misma» son dos entidades diferentes y, por ello, que a la hora de determinar tanto el significado como el contenido de aquélla debe incorporarse la propia praxis jurídica, con la intención de penetrar eficazmente en el conocimiento que

se esconde detrás de lo mostrado por los textos, extrayendo de los mismos lo que realmente no dicen de modo expreso (48).

Es evidente, sin duda, su magistral claridad expositiva, fiel reflejo de una visión intelectual luminosa, lo que le permite expresar de forma sugestiva y plástica cuestiones de naturaleza áspera y densa como son las metodológicas; pero, de cualquier forma, inevitables, para seguir con otra idea hegeliana. El original pensamiento del autor llega hasta nosotros pleno de energía concentrada, y aun cultivado con elegancia, es transido por medio de una firme «tonalidad» sostenida y gradual a lo largo de toda su obra. Es un pensamiento en el que hay «vida», como postulara *M. Heidegger*, esto es, intento, riesgo y camino, y no mera reproductibilidad técnica de un pensamiento previo. Escritos posteriores, incesante y escalonadamente perfilan, matizan, perfeccionan sus vectores esenciales, rigurosamente contruidos en sus hipótesis nomológicas sobre hechos reales, y sumamente pensados. Procede en todo momento de manera muy calculada, con exquisita medida, manejando eficazmente a lo largo de su argumentación el lenguaje con sentimiento, veneración sociolecta y reconocimiento de su fuerza operante, pero sin renunciar a la incorporación de nuevos sentidos, a la ampliación de las expectativas lingüísticas que permitan la mejor forma posible de expresión jurídica de su pensamiento. Atiende al enfoque pragmlingüístico con delicadeza, sin desencajar ni una sola pieza de su constructo, ejemplo de una verdadera y armónica unidad lingüística, dentro de un proceso plenamente armónico y evolutivo, pensadamente gradual, y prudente en grado superlativo, pero expuesto siempre con suprema brillantez, y otorgando a la descripción analítico-conceptual cuando es necesario acudir instrumentalmente a la misma una indudable plasticidad; en fin, de carácter abierto y creador, socialmente implicativo y fuer-

(48) Odo MARQUARD, «Frage nach der Frage, auf die Hermeneutik eine Antwort ist», en *Abschied vom Prinzipiellen*, ed. del mismo autor, Reklam, Stuttgart, 1981, p. 117. Ahora bien, Friedrich Müller no propugna la «destrucción» conceptual del positivismo, más bien asume el planteamiento metodológico al efecto de Martin HEIDEGGER, quien considerara que «Destrucción no significa demolición, sino suprimir, liquidar, dejar de lado los enunciados exclusivamente históricos (...) Destrucción significa: abrir nuestros oídos, liberarlos para lo que en la tradición se nos comunica», *Was ist Philosophie?* (1950), Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1974.

temente identitario (49). La fluidez y la coherente trayectoria de su discurso, favorece así en todo momento la apertura de horizontes de significación y nuevos cauces de sentido. Todo ello, reconocido de forma unánime incluso por sus compañeros y adversarios teóricos en la discusión, frecuentemente sorprendidos e impresionados por sus eminentes aportaciones, quienes consideran el análisis de la obra de *F. Müller* a modo de exigencia. La riqueza de sus planteamientos constituye un desafío de excepcional importancia imposible de desoír en cualquier intento que aspire a dar respuesta a los temas de extraordinaria relevancia, bien trabajados y con originalidad productiva, propuestos a debate científico, a modo de nueva dimensión de radicalidad en la forma de pensar la normatividad, constitutiva de una especie de impulso despertador frente al soberbio y deficitario «sistema» cerrado y pleno de «verdades absolutas». Es su edificio metódico, para expresarlo en sus propios términos, «puente entre lo mejor de la tradición y la necesaria apertura a nuevos horizontes».

BIBLIOGRAFÍA

- ADORNO, Theodor, y HORKHEIMER, Max, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, Fischer, Frankfurt am Main, 1987.
- APPEL, Karl-Otto, *Die «Erklären: Verstehen» - Kontroverse in transzendentalpragmatischer Sicht*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1979.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.
- BETTI, Emilio, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, Città Nuova, Roma 1990.
- BUSSE, Dietrich, «Normtextauslegung als Regelfeststellung? Zur Rolle von Wittgensteins Regelbegriff für die juristische Methodenlehre», en *Philosophie des Rechts, der Politik und der Gesellschaft. Akten des 12. Internationalen Wittgenstein Symposiums*, ed. de Otta WEINBERGER, Peter KOLLER y Alfred SCHRAMM, Hölder-Pichler-Tempsky, Wien, 1988.
- *Juristische Semantik. Grundfragen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.

(49) En su mente siempre la *frónesis* griega —propia de la *frónesis dikastiké*— que recupera seguramente de nuevo a través de Hans-Georg Gadamer, de ahí su verdadera obsesión, al modo aristotélico, por el hallazgo de la verdad práctica y el rechazo de las posturas conformistas con las cosas tal cuanto son y con lo fáctico.

- *Semantik*, Fink-UTB, München, 2009.
- CHRISTENSEN, Ralph, «Gesetzesbindung oder Bindung an das Gesetzbuch der praktischen Vernunft. Eine skeptische Widerrede zur Vorstellung des sprechenden Textes», en *Die Leistungs-fähigkeit des Rechts*, ed. de Rudolf MELLINGHOFF y Hans-Heinrich TRUTE, C.F. Müller, Heidelberg, 1988.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro, «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo judicial en la doctrina constitucional», en *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 1, 1998.
- DUBISCHAR, Roland, *Vorstudium zur Rechtswissenschaft. Eine Einführung in die juristische Theorie und Methode anhand von Texten*, W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1974.
- ESSER, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, 2.^a ed., Athenäum, Frankfurt am Main, 1972.
- ESTEBAN, ORTEGA, Joaquín, *Emilio Lledó: Una filosofía de la memoria*, Editorial San Esteban, Salamanca, 1997.
- GADAMER, Hans-Georg, *Le problème de la conscience historique*, Publications Universitaires, Louvain, 1963.
- *Vernunft im Zeitalter Wissenschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1976.
- *Verdad y Método. Fundamentos de hermenéutica filosófica*, Sígueme, Salamanca, 1977.
- *El pensamiento contemporáneo*, San Esteban, Salamanca, 1985.
- *El giro hermenéutico*, Cátedra, Madrid, 1988.
- *Verdad y Método II*, Sígueme, Salamanca, 1992.
- «Frühromantik, Hermeneutik und Dekonstruktivismus (1987)», ahora en *Gesammelte Werke*, vol. 10, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995.
- *El inicio de la sabiduría*, Paidós, Barcelona, 2001.
- GARCÍA LÓPEZ, Eloy, *El Estado Constitucional ante su «Momento Maquiavélico»*, Civitas, Madrid, 2000.
- GOMES CANOTLHO, Jose-Joaquin, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003.
- GÓMEZ DE ARTECHE Y CATALINA, Salvador, «Introducción», en *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- GRZEGORCZYK, Christophe, «Introduction», en *Le positivisme juridique*, ed. de Christophe GRZEGORCZYK, Françoise MICHAUT y Michel TROPPEL, LGDJ, Paris, 1992.
- GUASTINI, Riccardo, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.
- HAVERKATE, Görg, *Gewissheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977.

- HEIDEGGER, Martin, *Was ist Philosophie?* (1950), Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1974.
- *Sein und Zeit*, 19.^a ed., Niemeyer, Tübingen, 2006.
- HESSE, Konrad, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1995.
- HUSSERL, Edmund, *Investigaciones lógicas*, 2.^a ed., Revista de Occidente, Madrid, 1976.
- JAUSS, Hans-Robert, *Pour une esthétique de la réception*, Gallimard, Paris, 1976.
- JEAND'HEUR, Bernd, *Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.
- KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom. Rechtssatze*, 2.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1923.
- *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, 2.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1928.
- «The Pure Theory of Law», en *Law Quarterly Review*, vol. 50, 1934.
- *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.
- *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, 1995.
- KRAWIETZ, Werner, «Jurisdische Kommunikation im modernen Rechtssystem in der rechtstheoretischer Perspektive», en *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, ed. de Winfried BRUGGER, Ulfrid NEUMANN y Stephan KIRSTE, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2008.
- KRIELE, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickel am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2.^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1976.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Kelsen: estudio crítico de la Teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, Bosch, Barcelona, 1933.
- LERCHE, Peter, «Stil, Methode, Ansicht. Polemische Bemerkungen zur Methodenproblem», en *Verfassung. Beitrage zur Verfassungstheorie*, ed. de Manfred FRIEDRICH, Darmstadt, 1978.
- MARQUARD, Odo, «Frage nach der Frage, auf die Hermeneutik eine Antwort ist», en *Abschied vom Prinzipiellen*, ed. del mismo autor, Reklam, Stuttgart, 1981.
- MÜLLER, Friedrich, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.
- *Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie IV*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986.
- *Strukturierende Rechtslehre*, 2.^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1994.

- *Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht. Nationale, staatlose und globale Form menschenrechtsgestützter Demokratisierung. Elemente einer Verfassungstheorie VIII*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003.
- *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- «Positivismo», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 78, 2009.
- MÜLLER, Friedrich, y CHRISTENSEN, Ralph, *Juristische Methodik. Grundlagen. Öffentliches Recht*, vol. I, 8.^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2002.
- MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph, y SOKOLOWSKI, Michael, *Rechtstext und Textarbeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.
- PAULSON, Stanley, «Toward a periodization of the Pure Theory of Law», en: *Hans Kelsen Legal Theory*, ed. de Letizia GIANFORMAGGIO, Giappichelli, Torino, 1990.
- PERELMAN, Chaïm, *The idea of justice and the problem of argument*, Routledge & Kegan Paul, London, 1970.
- *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979.
- POUND, Roscoe, «How Far Are We Attaining a New Measure of Values in Twentieth-Century Juristic Thought?», en *West Virginia Law Quarterly*, vol. 42, 1936.
- RICOEUR, Paul, *Del Texto a la acción*, FCE, Buenos Aires, 2001.
- ROBIN, Leòn, *Platon*, 2.^a ed., PUF, Paris, 1968.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich, *Hermeneutik und Kritik*, edición e introducción de Manfred Frank, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977.
- SALDAÑA, Quintiliano, «Prólogo», en *El utilitarismo. Estudio de las doctrinas de Jeremías Bentham, su expositor en España*, Reus, Madrid, 1923.
- SCHMITT-GLAESER, Alexander, *Vorverständnis als Methode: Eine Methodik der Verfassungsinterpretation unter besonderer Berücksichtigung U.S.-amerikanischen Rechtsdenkens*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.
- SCHWEIZER, Rainer J., «Sprache als Kultur-und Rechtsgut», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDS-rRL)*, t. 65, *Kultur und Wissenschaft*, De Gruyter, Berlin, 2006.
- STRUCK, Gerhard, *Zur Theorie juristischer Argumentation*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977.
- TAYLOR, Charles, *Argumentos filosóficos: Ensayos sobre el Conocimiento, el Lenguaje y la modernidad*, Paidós, Barcelona, 1997.
- TRIOLO, Lucia, *La norma ignota. Metateoria e teoria del diritto in Kelsen*, Giappichelli, Torino, 1994.
- VATTIMO, Gianni, *Ética de la interpretación*, Paidós, Barcelona, 1991.
- *Más allá de la interpretación*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1995.

- VICO, Juan-Bautista, *Sabiduría primitiva de los italianos desentrañada de los orígenes de la lengua latina*, Instituto de Filosofía de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1939.
- VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, 5.^a ed., Beck, München, 1974.
- *Tópica y Filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1991.
- WITGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, UNAM, México, 1988.
- WEINBERGER, Ota, *Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation*, Dunker & Humblot, Berlin, 1983.
- WIELIKOWSKI, Gamschei-Abraham, *Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie*, Beck, München, 1914.