

«¿INTERPRETACIÓN JURÍDICA O COMPRENSIÓN
JURÍDICA?; AL MENOS: COMPRENDER
PARA INTERPRETAR»

ANTONIO VILLACORTA CAÑO-VEGA (*)

SUMARIO: 1. LA DETERMINANTE APORTACIÓN DE LA HERMENÉUTICA A LA TAREA DE LA COMPRENSIÓN/INTERPRETACIÓN JURÍDICA.—2. UNA PROPUESTA QUE CAMBIA EL PARADIGMA, Y PARCIALMENTE SITUADA EN EL ÁMBITO DE LA PROPIA HERMENÉUTICA: REFLEXIONES AL EFECTO DESARROLLADAS POR LA TEORÍA ESTRUCTURANTE DEL DERECHO.—2.1. *El matizado engarce de la Teoría estructurante del Derecho con la Hermenéutica de la facticidad.*—2.2. *La definitiva superación del positivismo metódico por la construcción normativa estructurante.*—2.2.1. El inaceptable monismo dogmático-jurídico de corte positivista.—2.2.2. La definitiva posición superadora de las tesis positivistas aportada por la Teoría estructurante del Derecho.

(*) Licenciado en Derecho. Máster en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria.

RESUMEN

La moderna hermenéutica de la facticidad ha supuesto un aporte teórico (y práctico) de singular importancia en orden a la comprensión del fenómeno jurídico; dicho de otro modo, acerca de la comprensión de las normas jurídicas. La verdadera experiencia hermenéutica modifica nuestra percepción inicial de las cosas, y también lo hace para el aplicador del Derecho. Así, teniendo en cuenta la función desarrollada por el círculo de la comprensión, el proceder hermenéutico es también en la Ciencia jurídica el que nos permite la comprensión y la concretización. En realidad, tal como demuestra la Hermenéutica, se comprende para interpretar, porque partiendo y pensando la tradición histórica no solo se reconstruye ésta sino que se continúa progresivamente la misma.

De igual modo, en sentido divergente a lo propuesto por el positivismo metódico y desde la aceptación matizada de las premisas hermenéuticas, asimismo para la *Teoría estructurante del Derecho* la interpretación y la aplicación carecen de autonomía propiamente dicha; esto es, en modo alguno se autonomizan en el proceso de producción normativa. Porque, la resolución de cada caso requiere siempre una nueva producción hasta lograr configurarse la concreta Norma de decisión y, por lo tanto, la Norma jurídica se entiende como «producto», como resultado de un proceso estructurante.

Palabras clave: Hermenéutica de la facticidad, Teoría estructurante del derecho, Norma de decisión

ABSTRACT

The modern hermeneutics of facticity has represented a theoretical-and also practical-contribution of singular importance in order to comprehend the juridical phenomenon, in other words, the understanding of the juridical norms. The veritable hermeneutic experience modifies our initial perception of matters and in the same way it alters the perception of the Law practitioner. Thus, taking into account the function carried out by the circle of understanding, the hermeneutic process is the same that allows us to comprehend both the realization and the understanding

in the Juridical Science. In fact, as hermeneutics proves, we understand to interpret, because by analysing and thinking on the historical tradition, not only is the historical tradition rebuilt, but also it progressively continues itself.

Likewise, in a different sense from what is propounded by the methodical positivism and from the qualified acceptance of the hermeneutic principles, the Structuring Theory of Law considers that both interpretation and application, strictly speaking, lack autonomy. In other words, this means that they become somehow autonomous during the process of production of the norms, for the resolution of each case always requires a new production until the particular decision Norm is duly established and accordingly the Juridical Norm is understood as a «product», resulting from a structuring process.

Keywords: Hermeneutics of facticity, Structuring Theory of Law, Decision Norm.

1. LA DETERMINANTE APORTACIÓN DE LA HERMENÉUTICA A LA TAREA DE LA COMPRENSIÓN/INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La Hermenéutica, atendido sea su carácter de pertinente procedimiento para el adecuado acceso científico a la comprensión, se desarrolla «en la cultura europea ante todo y principalmente en relación con el problema de la lectura e interpretación de la Sagrada Escritura, como es fácil de ver con sólo recorrer las teorías de la interpretación» (1). Evidentemente, sin detenernos a analizar las similitudes y diferencias entre Teología y Ciencia, problemática en la cual no procede en este momento ahondar y que por demás escaparía de nuestras posibilidades, sí estimamos conveniente recordar que, para la primera, existe la Revelación como punto de partida desde el cual se enuncian verdades de Fe, erigiéndose adicionalmente aquella por su origen en fuente superior a cualquier otra de naturaleza humana. En todo caso, el contenido de esas verdades reveladas es susceptible de ser objeto constitutivo de una constante/continuada comprensión, con independencia de que la averiguación del contenido histórico-efectual de dichas verdades siempre revista de intrínseca complejidad (2).

(1) Véase desde su consideración de la Hermenéutica como la *koiné* o *lingua franca* del actual pensamiento problemático, Gianni VATTIMO, *Después de la cristiandad*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 82.

(2) Cuestiones para las que se remite, por su amena lectura y profundidad de análisis, así como para comprender el significado y forma de actuación de la Hermenéutica, a Michael HELLER, *The New Physics and a New Theology*, Ciudad-estado Vaticano, Vatican Observatory Foundation S., 1996.

Pues bien, definida la hermenéutica moderna en su última esencia como el intento revitalizador de «*aus einem Text herauszukriegen, was drin nicht steht*» en tanto «teoría universal de la experiencia real que es el pensar» (3), observamos que, en específico, opera cual modelo de comprensión de lo jurídico, ofreciendo la alternativa de abrir una posibilidad crítica de conocimiento frente al *modus operandi* del moderno cientificismo (4). Lo cual lleva aparejado un aporte teórico-práctico de importante calado en orden a la comprensión de la disciplina jurídica, en la medida en la que toda mediación hermenéutica encaminada a la comprensión, es obvio, viene referida al «conjunto de la experiencia humana del mundo y de la praxis vital»; de idéntico modo a cómo la hermenéutica teológica operara por relación con el mensaje divino conforme hemos reseñado sumariamente líneas más arriba. Así, a juicio de *H. G. Gadamer*, «cuando el juez se sabe legitimado para realizar la complementación del derecho dentro de la función judicial y frente al sentido original de un texto legal, lo que hace es lo que de todos modos tiene lugar en cualquier forma de comprensión», operación intelectual entendida como el «significado paradigmático de la hermenéutica jurídica» (5).

Sin perjuicio de lo apuntado con anterioridad, se ha de ser plenamente conciente acerca de la verdadera dimensión de la Hermenéutica en tanto «aspecto universal de la filosofía» y «base metodológica de las llamadas ciencias del espíritu» (6). De esta suerte, al predisponerse el sujeto a la comprensión a partir del fondo de «incomprensibilidad» de partida, como quiera que la ingente cantidad de información repentinamente emergente ante su conciencia termina por desbordarle (*M. Heidegger*), corresponde al círculo hermenéutico la

(3) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método. Fundamentos de hermenéutica filosófica*, Salamanca, Sígueme, 1977, p. 19; monumental y genial obra que persigue como uno de sus objetivos fundamentales el logro de la universalización de la teórica hermenéutica desde el postulado de su identificación con toda forma de comprensión, logro que al menos se alcanza por lo referido a las ciencias humanas, y todo ello desde el respeto a las peculiaridades de las respectivas áreas científicas.

(4) Entre otros momentos, Paul RICOEUR, «Herméneutique et critique des idéologies», en *Démystification et Idéologie*, ed. de Enrico CASTELLI, Paris, Aubier-Montaigne, 1973, pp. 25 y ss.

(5) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método...*, *op. cit.*, p. 396.

(6) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método...*, *op. cit.*, p. 568.

tarea de albergar y canalizar «una positiva posibilidad de conocer en la forma más original» (7), lo que aleja al círculo de la comprensión de la idea de constituirse en un ámbito «en el que se mueve una forma de conocimiento arbitraria», habida cuenta «que él es la expresión de la pre-estructura existencial del propio estar-ahí» (8). Se evita con ello tanto el atropello definitivo por los consabidos malentendidos iniciales, así como la libre caída en un proceso regido por el principio de discrecionalidad del intérprete. No obstante, a modo de matiz, sí queremos únicamente apuntar que, ante el parcial fracaso y posterior abandono de la fundamentación ontológica de las ciencias históricas contenida en las postreras propuestas heideggerianas, se ha afanado *P. Ricoeur* en el intento de poner de relieve estas insuficiencias, y asimismo en la tarea más enriquecedora de formular nuevas propuestas hermenéuticas desde la por él mismo «denominada teoría del texto» (9). Con ello se retoma la problemática de la distinción entre comprender y explicar que ya se halla en la obra y pretensión de *W. Dilthey* de incorporar la Historia al mismo ser del hombre, a propósito de su rechazo de las pretensiones neokantianas de aplicar la construcción del conocimiento de la naturaleza al conocimiento histórico (10), pero con la finalidad ahora de proponer la reconciliación de ambos momentos.

Del anterior reconocimiento fácilmente estamos en condiciones de deducir que la anticipación de sentido —cuya «experiencia de», adquiere siempre la condición de *Unvollendbar*— es el objetivo reivindicado por la hermenéutica de carácter filosófico, una vez rompe ésta con la cuestión del método (11). E, igualmente, no es menos

(7) Como bien aclara Hans-Georg GADAMER, el círculo hermenéutico no tiene naturaleza meramente formal, ni tampoco debe considerarse de carácter subjetivo u objetivo, sirve para describir la comprensión en cuanto entrelazamiento del movimiento de la tradición y del propio movimiento del intérprete, y describe un momento estructural-ontológico de la comprensión, *Verdad y Método...*, *op. cit.*, *passim*.

(8) Martin HEIDEGGER, *Sein und Zeit*; 19.^a ed., Tübingen, Max Niemeyer, 2006, p. 153.

(9) Paul RICOEUR, «De l'interprétation», en *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique* II, Paris, Du Seuil, 1986.

(10) Así, Sylvie MESSURE, *Dilthey et la fondation des sciences historiques*, Paris, PUF, 1990, pp. 141 y ss.

(11) Ernildo STEIN, «Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade», en presentación a *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito*, 2.^a de Rio de Janeiro, Forenso, 2003, p. XIV.

cierto que el genuino conocimiento hermenéutico modifica nuestro primigenio saber acerca de las cosas y de las «circunstancias»; o, para decirlo con *L. J. J. Wittgenstein*, carecerá de lugar tanto la fundamentación como las pretensiones de avance del conocimiento a partir del postulado de «dejarlo todo tal como está» (12). Lo cual nos revela, según hemos apuntado muy brevemente, que también en el marco de la Ciencia jurídica la función desarrollada por el círculo hermenéutico permite, desde la situación de «incomprensibilidad» de partida, abrir el horizonte a la comprensión, con el fin de evitar la arbitrariedad en la atribución de «sentido» —*Sinngebung*— en el instante de la *applicatio*. Partiendo de lo que hay, y no de lo que lo que debiera ser o de lo que quisiera ser, señalará *H. G. Gadamer*, «se comprende para» (13). Y a esa comprensión solo es posible acceder una vez rompemos con lo conocido, con lo que nos es familiar, algo

(12) Para su encuadre en el pensamiento hermenéutico en sentido lato, por todos Gianni VATTIMO, *Más allá de la interpretación*, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 1995, p. 37.

(13) La insuficiente toma de conciencia acerca de esta insoslayable realidad atenaza aún a parte de la doctrina española del Derecho público, a modo de ejemplo, en uno de los artículos, podemos decir más documentados y actualizados sobre la problemática, se sigue aún del lado de «la maraña de la jerarquía», repitiendo la idea de: «no creo que sea exagerado decir que si el núcleo de la teoría constitucional de nuestros días es la interpretación de la Constitución», cuando en realidad es forzoso la alteración y conjunción de los términos: comprensión e interpretación, Miguel REVENGA SÁNCHEZ, «Notas sobre la Justicia Constitucional e interpretación de la Constitución (o en defensa de la interpretación como diálogo)», en *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 16, 2005, p. 157. Y en cuanto a su referencia a Hans Kelsen, la postura de este autor respecto de eliminar las diferencias entre creación y aplicación normativa tiene, a nuestro juicio, otro fundamento, porque en la concepción kelseniana la aplicación lo es siempre meramente de otra norma superior, y toda la actividad desarrollada dentro del sistema piramidal normativo, sin olvidar que para el autor es preciso distinguir normas jurídicas, que son las que exclusivamente integran el Derecho, y reglas de derecho empleadas por los juristas al objeto de describir y comprender al propio Derecho, al efecto Stanley PAULSON, «Zum "Formalismus"-Vorwurf im Weimarer verfassungsrechtlichen Richtungsstreit», en *Argumentation im Verfassungsrecht*, ed. de Jan SIECKMANN, Baden-Baden, Nomos, 2005, pp. 30 y ss. Esto es algo radicalmente distinto del entendimiento de la aplicación jurídica como un momento de la comprensión, o de la acción del comprender como un inclusivo siempre del aplicar, tal como se entiende desde la Hermenéutica. En efecto, reconocerá Hans KELSEN: «El fundamento de validez de una norma (...) reside en la norma superior que se supone objetivamente válida y que justifica la norma inferior, dando a la significación subjetiva del acto creador de esta norma una significación objetiva que la legitima», «Justicia y Derecho Natural», en *Crítica del Derecho Natural*, ed. de Hans KELSEN y Norberto BOBBIO, Madrid, Taurus, 1966, p. 60.

anticipadamente intuido por *W. Dilthey* en su *Entwürfe zur Kritik der historischen Vernunft*. Si bien, el propuesto cambio de paradigma que hay en esta postura presupone la indisociabilidad entre los conceptos de comprensión e interpretación —en realidad de los tres, al incluirse la aplicación—, puesto que la comprensión se incardina inexorablemente en el contexto historiográfico, constitutivo por su misma esencia del ámbito que permite el despliegue de las posibilidades contenidas en el entender, aclarará por todos *H. G. Gadamer*, y siempre con ocasión de actos de aplicación. De lo cual se sigue, conforme nos aclara el autor precitado, que la aplicación no se articula inconsecuentemente en el momento postrero del proceso de comprensión, porque en realidad determina a éste integralmente «desde el principio y en su conjunto» (14), y es tan esencial como aquella. Verdaderamente, como asimismo refleja, los errores fundamentales de la metodología de las Ciencias del espíritu manejada durante el siglo XIX, estriban en la utilización de los conceptos de «ciencia» y de «método» propios de las ciencias naturales, elaborados evidentemente al margen de interpretaciones históricas y desde la insensible e incomprensible pretensión de hallar cánones metodológicos seguros para las ciencias sociales. Frente a ello, a modo de uno de sus postulados esenciales y autoconsiderados como tal sin discrepancia, se reconocerá por la Hermenéutica la pertenencia del «intérprete» al ámbito mismo que intenta comprender, ante lo cual, resulta imposible e impertinente para el conocimiento todo intento de romper el propio sentido del intérprete por medio de una cuidada aplicación del método histórico-crítico (15). Incardinación que le hace inexcusable parte integrante del *interpretandum* y, en consecuencia, le obligará a tratar de colocarse desde el comienzo en la adecuada situación histórico-concreta, para desde ahí esforzarse por comprender hasta remontarse a las «causas primeras», pero no a fin de entender la acción originaria del pensamiento sino al objeto de comprender las acciones históricas interpelantes que constituyen la tradición, a la que se persigue dar continuidad mediante el proceso de actualización de esos contenidos integrantes al final del proceso

(14) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método...*, *op. cit.*, p. 396.

(15) Pensar históricamente en perspectiva hermenéutica es otra cosa, aclarará Hans-Georg GADAMER, puesto que significa «realizar la transformación que les acontece a los conceptos del pasado cuando intentamos pensar en ellos».

en un real acontecer. Por tanto, no se trata de situarse en el lugar de los otros a fin de comprender, tal como a veces se malinterpreta, puesto que se descarta ya *a priori* el ideal de la *autárkeia* o autosuficiencia de los sabios al modo socrático, para quedarse como mejor solución con la *aletheia* desocultadora propuesta por M. Heidegger. Salta a la vista, observará G. Vattimo, que el punto de máxima inflexión del pensamiento hermenéutico se coloca de este modo en «la pertenencia de observante y observado a un horizonte común, y en la verdad como evento que en el diálogo entre los dos interlocutores pone en obra y modifica a la vez tal horizonte» (16). Porque la «verdad» únicamente se hace «fuerte haciéndose valer frente a la verdad contraria y respondiendo a la verdad contraria» (17).

Probablemente, aunque tan sólo fuera por la apuntada aceptación, el saber hermenéutico obliga al jurista a considerar la objetividad de modo diferente a las pretensiones perseguidas tanto por las diversas variantes del positivismo como por las distintas perspectivas antipositivistas ensayadas, las cuales tampoco logran abandonar el trasfondo teórico básico acerca de la normatividad sustentado por las primeras, ante lo que no pasan de ser «teorías mediadoras» (18). Y asimismo deberá incorporar en su quehacer intelectual elementos valorativos y razonamientos individuales superadores de los vetustos e inservibles conceptualismos constructivistas (19). Herederos testamentarios éstos últimos, a la postre, del anhelado e infalible «sistema científico comteano», pretendidamente inclusivo de una clasificación total de las ciencias, en tanto la pretensión de R. Descartes se resumirá en su frase «*totae scientiae in animi cognitione consistunt*» (20).

(16) Gianni VATTIMO, *Ética de la interpretación*, Barcelona, Paidós, 1991, p. 62.

(17) Miguel HERRERA CORDUENTE, «El enigma trágico y la filosofía. La dialéctica y el diálogo trágico», en *Anales del Seminario de Metafísica*, núm. 29, 1985, p. 193.

(18) Incluida la variante de la Escuela del Derecho libre, que conlleva asimismo la creación a partir del derecho destilado —pretendidamente— de los textos de las normas, tal como señala Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik: Grundlagen Öffentliches Recht*, Bd. I, 9.^a ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2004, p. 23.

(19) Francesco VIOLA, «Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali Della scienza giuridica», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 66, 1989.

(20) No obstante, la contradicción está ya patente desde el inicio en Auguste COMTE: «*pour chaque doctrine scientifique la méthode doit varier, même dans ses caractères*»,

En este sentido, admitida sea la naturaleza socio-cultural del Derecho, resulta imposible su consideración a modo de fenómeno extraño a la realidad. Por ello, es preciso prevenir frente a los esfuerzos de muchos juristas tenazmente encaminados a salvaguardar el carácter científico de su tarea bien aproximándola a la del matemático o bien a la del naturalista (21). En efecto, ya nos encontramos desarrollada en *G. Galilei* y *R. Descartes* la concepción de las ciencias naturales cual construcciones mentales lógico-sistemáticas y, por imitación, el iusnaturalismo racionalista se encargaría de reducir mecánicamente a su *ratio* la realidad jurídica; en tanto la reducción de la realidad política a estricto mecanismo de mando se va a llevar a cabo, como bien se sabe, por *Th. Hobbes* (22). De este modo, resumiendo al efecto, respecto del punto de arranque del positivismo jurídico de finales del siglo XIX y como reproche del indebido trasvase del método positivo propio de las ciencias explicativas al objeto del estudio de las ciencias normativas, denunciará *P. de Vega* «la antidialéctica creencia de la consideración de los fenómenos históricos, sociales y políticos como fenómenos naturales»; para agregar de inmediato que tal toma de posición le condujo inevitablemente al convencimiento «de que de igual manera que en la ciencia natural cabe dar leyes universales y generales, válidas para todos los tiempos y lugares, también en el ámbito del Derecho, de la Política, y del Estado era posible vertebrar un sistema de validez universal» (23). De este modo, al discurrir por la vía deductivo-idealista desde el ámbito de la Ciencia jurídica, se cae sin remisión ante la consabida red entretejida por el conceptualismo deductivo-constructivista acerca del saber «sobre el Derecho» (24). Se entenderá por metodología jurídica una teoría de

«Cours de Philosophie positive (1830-1842)», en *Les grands textes de la philosophie*, ed. de Georges Pascal, Paris, Bordas, 1986.

(21) Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «Preliminar» en *Postpositivismo*, ed. de Friedrich MÜLLER y Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, Santander, TDG, 2008, pp. 19-20.

(22) Por todos en este sentido Carl SCHMITT, *El Leviathan en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*, Granada, Comares, 2003.

(23) Pedro DE VEGA GARCÍA, «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo judicial», en *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 1, 1998, p. 66.

(24) Producto, como señalara Luis RECASÉNS SICHES, de la «frenética manía de un deductivismo ilimitado en el campo de la jurisprudencia», y significativamente prosigue aludiendo a algo que merece ser recordado: «Tal cosa constituyó el efecto de haber supuesto gratuitamente que las normas de Derecho positivo son enunciados ideales y de que el método propio de tratarlas es el de la lógica tradicional. Entonces comenzó el delirio de la

los métodos lógicos y racionales vinculada a una especie de imperativo categórico del Estado de derecho, con lo cual, la naturaleza propia del Derecho se pierde «de vista en la medida que se trasponía acríticamente a las prescripciones jurídicas el ideal metódico de una ciencia de la Naturaleza», que «aún no se había hecho problemática», sostendrá *F. Müller* (25). Por ejemplo, una obra importante y merecedora lectura, como es la *Lógica del concepto jurídico* debida a *E. García Maynez*, evoca aún un apego nocivo a esta pretensión metodológica, al defender la formación de conceptos abstractos en el ámbito de la Ciencia jurídica siguiendo a tal objeto una metodología semejante a la propuesta con idéntica finalidad por las ciencias naturales, pues en ambos casos se sigue un procedimiento de ordenación de carácter sistemático-generalizador (26).

Ante esta panorámica, por el contrario, la hermenéutica de la facticidad persigue como principal afán el evitar los errores en los que se incurre mediante los intentos de establecer la legitimación filosófica de la naturaleza científica y de la propia validez de las ciencias del espíritu, tal como es apreciable en la concepción del «método» propia del historicismo de corte psicologista de un *W. Dilthey* y sus continuadores, a la postre, dirección relegadora al olvido de lo más obvio, esto es, la cuestión de la «historicidad de las ciencias del espíritu» (27). En tal sentido, argumentando a efectos superadores, utilizará la Hermenéutica la noción humanista de formación (28),

inferencia, la exaltación del silogismo. Esto trajo consigo un gran disparate», *Introducción al estudio del Derecho*, 8.^a ed., México, Porrúa, p. 198.

(25) Friedrich MÜLLER, *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 221.

(26) Eduardo GARCÍA MAYNEZ, *Lógica del concepto jurídico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1959. El libro, de más que notable interés en muchos aspectos, así como ampliamente difundido entre nosotros, transpira este tipo de planteamientos; a modo de ejemplo, puede verse acerca del problema de la primacía de la teoría sobre la práctica y viceversa. Pero claro, es irresoluble tal pretendido problema, porque parte de una ficción irredimible, esto es, la dicotomía teoría-práctica, la cual, por su propia esencia, es imposible en una Ciencia normativa práctica aplicada.

(27) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método...*, *op. cit.*, p. 302.

(28) Véase Johann-Gottfried HERDER, *Vom Erkennen und Empfinden der menschlichen Seele*, en *Werke in zehn Bände*, Frankfurt am Main, Deutscher Klassiker Verlag, 1989-2000, Vol. 4, donde el concepto de *Bildung* adquiere el significado de concepto estructural de la historia, pero conservando aún el sentido originario de la teodicea, si bien, asumiendo las distintas dimensiones que había ido adquiriendo a lo largo del tiempo; línea que no sería

y es mediante tal recurso como hallará una vía compatible con la noción de comprensión, esto es, a través del empleo del señalado concepto de formación en un sentido dinámico de apertura a perspectivas más universales (29). Todo ello respondiendo al loable objetivo, por así decirlo, de «ganar horizontes», para desde esa toma de postura y con apoyo en la tríada conceptual de entendimiento, razón y fuerza imaginativa, terminar sustituyendo a la noción de «ciencia» en la fundamentación filosófica de las ciencias del espíritu (30).

Desde el punto de vista global aludido y de aceptación asimismo de la previa premisa reseñada, cada singular ensayo de conocimiento remite a unos horizontes de comprensión llamados a fundirse entre sí, trascendiendo el mero análisis semántico de textos lingüísticos; fusión de horizontes del presente con el pasado, reconoce *H. G. Gadamer*, que constituye «la tarea de las ciencias del espíritu». Esto es, semejante modo de proceder nos envía inevitablemente al conocimiento de una cultura evolucionada históricamente; desde luego, asumida desde la «mediación» y considerada en perspectiva crítica. A partir de ahí, el trabajo jurídico aparece forzosamente vinculado a fondos existenciales de conocimientos y de experiencias vitales, lo cual, para nada implica aceptar planteamientos de tipo conservador, porque ha de tenerse en cuenta el actuante histórico. Dicho de otro modo, también el jurista está obligado inexorablemente a considerar la dimensión histórica del comprender en su estima de algo completamente distinto del saber histórico en cuanto «saber de algo objetivamente dado» (31). No obstante, el hecho inevitable de vincular el entendimiento a una «precomprensión», lejos de toda tentación de apuntarse a las corrientes ahistoricistas, discurre hacia la orientación del quehacer intelectual del trabajador del derecho —*Rechtsarbeiter*— al encuentro con una configuración de las diversas relaciones

seguida por los filósofos del Idealismo en su identificación con cultura, si bien, en Wilhelm VON HUMBOLDT se apreciará la distinción entre *Bildung* y *Kultur*, como bien ha puesto de relieve Hans-Georg GADAMER.

(29) En este sentido Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «El giro hermenéutico aceptado por la Teoría estructurante del Derecho», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 80, 2010, p. 14.

(30) *Ibidem*, p. 14.

(31) Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «El giro hermenéutico aceptado por la Teoría estructurante del Derecho», en *op. cit.*, p. 15.

enmarcadas en la tradición, abriendo la acción del comprender a nuevas experiencias y comprobaciones que se enmarcarán asimismo en el ámbito de la historia efectual. Al emerger la hermenéutica de la facticidad con la pretensión de superar los planteamientos postontológicos (32), es evidente que el caso concreto objeto de análisis cobra auténtica —la máxima— relevancia, pero también la vinculación a la historicidad de la «concretización» jurídica va a adquirir singular importancia, dada la aludida dimensión histórica inherente a todo fenómeno de comprensión. Se trasciende de este modo la mera autoconciencia —vale decir, el actuante sin «conciencia» ni pretensión de tal— propia de la «ficción prácticamente insostenible» aceptada por el positivismo legal en su defensa cerrada del «método jurídico»; en cambio, planteamiento petrificador defendido en términos decididamente apoloéticos por los planteamientos provenientes del historicismo que ni tan siquiera se sienten preocupados por la contractibilidad intersubjetiva.

2. UNA PROPUESTA QUE IMPLICA EL CAMBIO DE PARADIGMA,
Y PARCIALMENTE SITUADA EN EL ÁMBITO DE LA PROPIA
HERMENÉUTICA: REFLEXIONES AL EFECTO DESARROLLADAS
POR LA TEORÍA ESTRUCTURANTE DEL DERECHO

2.1. *El matizado engarce de la Teoría estructurante del Derecho
con la Hermenéutica de la facticidad*

Conforme hemos brevemente recordado más arriba, la tarea hermenéutica propiamente dicha actúa a modo de permanente cuestionamiento objetivo de los fondos de conocimiento existentes. De forma más concreta, el proceso de descontextualización y recontextualización en el que se desarrolla la comprensión, implica que cada acto interpretativo suponga un «sentido» del conjunto ya analizado. Entendido sea por «sentido» para la Hermenéutica, con *M. Heidegger*, el «armazón existencial formal del “estado abierto” inherente

(32) Así se deduce de lo expresado por Bernd JEAND' HEUR, *Gemeinsame Probleme der Sprach- und Rechtswissenschaft aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989.

al comprender»; esto es, «aquello en lo que se apoya la comprensibilidad de algo» (33). Ahora bien, como resalta el propio *M. Heidegger*, toda interpretación que deba proporcionar comprensión, ha de haber comprendido aquello que debe interpretar. Y, por consiguiente, resulta cierto, ninguno de los sentidos previos es susceptible de ser calificado como justo o injusto, verdadero o falso, sino que han de ser siempre comprendidos más allá de la verdad y del error, por lo que no podrá quedar fijado nunca un sentido determinado ni siquiera para una misma pregunta que se repita.

Así las cosas, a diferencia de lo considerado por el historicismo y el psicologismo, la hermenéutica de la facticidad rechazará toda actividad de interpretación jurídica en su consideración de hecho o de verdad atemporal. Pero la ausencia de una verdad de carácter absoluto no significa para tal perspectiva hermenéutica la inexistencia de toda verdad, aunque no tenga por qué ser ésta de naturaleza inmutable. Error de comprensión acerca del proceder hermenéutico — a modo de negación de toda verdad — en el que no se puede caer, tal como ha venido insistiendo *J. Grondin* (34). La autonomía de los textos puede aceptarse, cierto. Sin embargo, a partir de semejante aceptación, si lo que buscamos es el sentido original de aquellos (35), y puesto que la tesis de la igualdad de la razón ya fue suficientemente puesta en tela de juicio por *J. G. Fichte*, semejante camino nos conduce también — aunque ahora desde otra perspectiva — al rancio y vetusto subjetivismo, así como a la práctica de una trasnochada e inservible interpretación de matiz inequívocamente psicologista; esfuerzos vanos, por así decirlo.

La presencia de un ámbito contextual de la naturaleza del descrito, se acepta expresamente por ejemplo en la conocida y genuina reflexión de *J. Esser*, quien plantea la problemática de la concretización/interpretación jurídica desde las ideas de la experiencia ac-

(33) Martin HEIDEGGER, *Sein und Zeit...*, op. cit., pp. 75 y ss.

(34) Jean GRONDIN, *Introducción a Gadamer*, Barcelona, Herder, 2003.

(35) Esta parece ser la pretensión de Emilio Betti, según consideramos mayoritariamente se ha comprendido su obra, para lo que puede consultarse Giuseppe ZACCARIA, *Ermenéutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 73 y ss.

tualizada y de la finitud de toda comprensión, a partir de un concepto de «situación» estructuralmente abierto (36). Por consiguiente, trascendiendo y prácticamente ignorando el logicismo, entiende necesario realizar un movimiento apelativo integrado por el conjunto de preguntas y respuestas orientadoras de nuestra manera de actuar, constitutivas de toda una serie de argumentaciones encaminadas al conocimiento y, más aún, a la comprensión. Porque, todo proceso de comprensión jurídica así como su correspondiente justificación racional, en vez de estructurarse a partir de un conocimiento jurídico tipificador deducido desde el denominado y pretendido «sistema» regido por las notas de autonomía e inalterabilidad y al servicio tanto del orden como de la clasificación, viene obligado por el contrario a orientarse por la experiencia práctica. En consecuencia, el conocimiento «de un texto jurídico y su aplicación a un caso concreto no son dos actos separados, sino un proceso unitario» (37), en el transcurso del cual se realiza la concretización y en el que va a desaparecer la vieja dicotomía de corte positivista entre ser y deber ser.

A lo anterior se añade que el entendimiento previo, la interpretación y la decisión, están estrechamente vinculados, pues conforme ha aclarado e insistido la Hermenéutica, tal como apuntamos, constituye un hecho evidente que el entender arranca siempre a partir de una selectiva concepción previa sobre aquello que pretende ser comprendido. Y una vez escuchada la propia tradición —de cuya comprensión reflexiva a través del eje temporal pasado, presente y futuro, no nos es dado prescindir—, deberá la misma hacerse oír en su sentido propio y diferente, estimará *H. G. Gadamer*. Por consiguiente, desde la precomprensión también legítima e inevitable del jurista en su función de elemento comunicable del proceso de concretización, si bien circunscrita no ya al universo hermenéutico sino al más delimitado de la cultura jurídica propia de la estructura material y formal del Estado de derecho democrático (*F. Müller*), los textos legales verdaderamente interesan a modo de enunciados y modelos referenciales, en orden a las preguntas que en atención a su compromiso con la búsqueda de la verdad deberá realizar el operador jurídico para la resolución del supuesto concreto respecto

(36) Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «Preliminar», en *op. cit.*, pp. 26-27.

(37) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método...*, *op. cit.*, p. 381.

del que está llamado a decidir(38). En todo caso, a partir de la situación pragmática de partida, dada su condición de «ser en», o más propiamente de «ser abierto» —*Erschlossenheit*—, vendrá obligado el trabajador del derecho al diálogo continuado y abierto con otros y con «lo otro»(39). Y ello, si verdaderamente pretende alcanzar esa mediación entre el pasado —los pasados— y el presente —los presentes— que persigue de esta suerte, y a través de la posibilidad de con-encontrarse —*Mitbefindlichkeit*— a través de esa disposición franca al diálogo.

Podríamos así afirmar, a nuestro modo de ver, que la *Teoría estructurante del Derecho* se mostrará más cercana en este punto a la perspectiva heideggeriana acerca de la cuestión, desde la cual se sostuvo que la comprensión no busca tanto el comprender al otro sino más bien alcanzar la proyección de las posibilidades que nos son más peculiares. Sin descartar, eso sí, la ocasión de entablar un diálogo productivo que, según estima, no se practica a modo de ejercicio erístico. Situado en esta óptica, considerará matizadamente convenientes *F. Müller* las reflexiones de un *E. Husserl* evolucionado, y lo mismo que éste, sin caer en tentaciones psicologistas, tendrá en cuenta la relevancia del «mundo de la vida». A su vez, la actividad del comprender se desarrolla respecto de áreas culturales o expectativas en las que el mismo jurista se inserta, en consecuencia, incorporándose en sentido propio al horizonte hermenéutico portador de la precomprensión, esto es, del estar-ahí como ser en el mundo —*In der Welt Sein*—. Por consiguiente, descartada cualquier actividad de reconstrucción «objetiva» de carácter puramente cognitivo o de adicción constructiva en su quehacer, se orienta la tarea del jurista hacia el logro del consenso general a obtener relacionamente a través de una decisión razonable, trascendiendo las estrictas repeti-

(38) Por todos Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método...*, *op. cit.*, p. 458.

(39) Piero CALAMANDREI, resumiendo el pensamiento de G. Chiovenda y en línea con ideas por nosotros expuestas —al menos aparentemente—, nos recordará gráficamente cómo todo pensamiento ha de «madurarse en la mediación de la historia y del pensamiento ajeno», puesto que de no procederse de semejante modo «se corre el riesgo de llegar a una cima que parecía inexplorada, y advertir con sonrojo que a la misma cima conducía, desde la otra pendiente del monte, una amplia carretera por la cual han pasado ya tantos antes que nosotros», citado por Héctor Fix-Zamudio, *Metodología, Docencia e Investigación jurídicas*, 6.^a ed., México, Porrúa, 1997, p. 41.

ciones dogmáticas y mecánicas que no conllevan algo distinto de la «comprensión inauténtica» (40).

El *Vorverständnis*, por su parte, aparecerá siempre condicionado por la comprensión del mundo en un determinado ámbito, así como por el lenguaje, atendida sea la condición de éste en cuanto «medio universal en el que se realiza la comprensión» (41). Con ello, obviamente, la concretización/aplicación jurídica conlleva necesariamente una precomprensión del trabajador del derecho encargado de llevar a término la tarea de «aplicar», como acabamos de decir, pero su actuación se desarrolla desde una perspectiva superadora del subjetivismo. Expresado de otro modo, la concretización jurídica ha de seguir las normas razonables y objetivas propias de un orden justo, operando sin embargo con ciertas infraestructuras situadas más allá del «Derecho». En efecto, de acuerdo con lo que venimos apuntando, una vez arrumbado el primado de la lógica, la tarea de concretización jurídica parte de un entendimiento previo encargado de introducir «en el trabajar los contenidos que ofrece tanto la teoría del Estado como la de Constitución» —de una teoría concreta de la Constitución (*sachbezogene Verfassungstheorie*)—, así como por supuesto la Teoría de la Norma. Algo similar a lo que nos parece reconocer en *G. Zagrebelsky*, aunque el autor no haya superado aún el cambio de paradigma de la normatividad, cuando advierte acerca de que, en las circunstancias sociales actuales, el Derecho se ha hecho «más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva y fundamental la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del Derecho» (42). En fin, los principios de los que se sirve el trabajador del Derecho para realizar su labor, según sostiene la *Teoría estructurante*, son esencialmente principios «controlables» y estructurados, de justicia, de trabajo y de capacidad de crítica (43).

(40) En este sentido Giuseppe ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990.

(41) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método*..., *op. cit.*, p. 467.

(42) Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7.^a ed., Madrid, Trotta, 2007, p. 65.

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

En todo caso, si se examina más específicamente la cuestión desde la perspectiva seguida por la *Teoría estructurante del Derecho* debida a *F. Müller*, se ha observado una propuesta similar a la ejemplificada por el aludido *J. Esser* en el inicio de la construcción (44). De esta suerte, la «búsqueda» de conocimientos en el círculo hermenéutico se orienta desde una teoría de la «concretización» jurídica en estrecha conexión con la práctica, fundamentada esencial y ejemplificativamente desde el ámbito del Derecho constitucional. De cualquier forma, sostiene *F. Müller* que su metódica estructurante puede servir para cualquier ámbito del conocimiento jurídico, porque, tal como admite, toda vez que se persigue mediante la misma garantizar el control racional del proceso de concretización práctica, asimismo es válida para el Derecho infraconstitucional. En efecto, habida cuenta que, prestando atención a la especificidad de su estructura normativa, la propugnada y desenvuelta en un Derecho de carácter fundamental encargado de legitimar y limitar el orden jurídico de la colectividad como es el Derecho Constitucional, va a desarrollarse en el ámbito más difícil para llevar a cabo la concretización, la realizada en el mismo adquirirá «valor ejemplar». E igualmente considera que puede perfectamente emplearse con toda licitud para la extracción a través de un proceso estructurante del Derecho no escrito cuando ello sea menester (45).

2.2. *La definitiva superación del positivismo metódico por la construcción normativa estructurante*

2.2.1. El inaceptable monismo jurídico-positivista

Si nos seguimos centrando en el Derecho constitucional, la finalidad de servir de fundamento al orden jurídico en su totalidad, unido a la «apertura» estructural que le es de esencia, dicho de otro modo, tanto por su estructura normativa como debido a la estructura de los problemas a resolver por la rama jurídica del Derecho

(44) Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «Preliminar», en *op. cit.*, pp. 31-32.

(45) Friedrich MÜLLER, *Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie IV*, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 111 y ss.

constitucional, tal como se dijo hace unas líneas, permiten la fácil comprensión de las dificultades específicas surgidas en la actividad concretizadora (46) cuando ha de ser desarrollada en relación con el mismo (47). Con todo, a pesar de la aludida dificultad inmanente, en sentido propio, es el Derecho constitucional el ámbito jurídico privilegiado para llevar a cabo la reconciliación entre «Derecho» y «Realidad», lo que conduce más tarde a adoptar distintos planteamientos ante la tesitura de poner necesariamente de relieve esta estrecha correlación existente, si bien, únicamente aludiremos a la cuestión por medio de unas breves consideraciones. De una parte, es lógico, no consideramos conveniente abordar la problemática desde una posición exclusivamente racionalista, puesto que a partir de la misma la supraconformación que aparece en la *Norma normarum* nos conduce irremediable de modo a la inclinación frecuente, por demás, de procurar el aumento de la distancia entre Derecho constitucional y Realidad socio-política (48). Por el contrario, observada la problemática desde la Realidad en sus contextos significativos, aparece ante nosotros el Derecho constitucional como el área jurídica más en conexión e inmediatez con la primera, lo que pone de relieve la necesidad de que el problema propio de la teoría de la normatividad, de la relación entre derecho y realidad en el interior de la normatividad de las prescripciones establecidas, únicamente pueda ser correctamente tratado por medio de una teoría de la práctica del Derecho constitucional, tal como propondrá *F. Müller*. Entre nosotros, *M. Á. García Herrera* lo ha expuesto con tanta contundencia como plasticidad, al reconocer que en el marco en el cual se desenvuelve la comprensión de la Constitución «laten con energía la fuerza normativa y la vocación histórica, la configuración y la evolución», y que por ello «no es

(46) El autor que, según nuestros conocimientos, emplea por primera vez más asiduamente el término *Konkretisierung*, es Karl ENGISCH, en el intento comprender con el mismo la inclusión de la reconstrucción de los hechos junto a la interpretación de las normas, en el proceso global de interpretación. Y posteriormente es empleado por los autores críticos con el positivismo a fin de explicar que la comprensión-interpretación es bastante más que la concreción de sentidos contenidos en un texto lingüístico.

(47) Friedrich MÜLLER, *Métodos de trabajo...*, *op. cit.*, p. 257. En similares términos acerca de estas dificultades, Juan-José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 69, 1990, pp. 180 y ss.

(48) Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «Preliminar», en *op. cit.*, pp. 34-35.

posible renunciar al carácter vinculante, pero es imposible vivir de espaldas a una realidad cambiante que presiona con decisión» (49).

Sin embargo, considerada la contradicción latente entre ambos puntos de vista brevemente referidos, los neokantianos de la *Marburger Schule*, con *H. Cohen* a la cabeza en su derroche de energía intelectual tendente a transformar la filosofía trascendental kantiana en conclusiones lógicas, y a los que se unirá *H. Kelsen*, invocaron y aceptaron la presencia de una razón general que prosigue adquiriendo para sus continuadores el carácter de legisladora absoluta (50). De este modo, en su pretensión de llevar a cabo la reducción de la razón práctica a razón pura, de conformidad con lo propuesto por el positivismo legalista extremo «del tratamiento de normas» (*F. Müller*), la Norma jurídica será exclusivamente considerada expresión de una categoría lógico-trascendental insita en la estructura mental del sujeto cognoscente; un ser ideal tan puro e intemporal como irreal, dirá *R. Christensen* (51). Pero, paradójicamente, en su cuasi-obsesiva pretensión científica de delimitación estricta del objeto de conocimiento, el planteamiento de la escuela de Viena negará al mismo tiempo la posibilidad de deducir normatividad alguna de los datos psicológicos o psíquicos. Es éste aspecto, por demás, uno de los puntos de más seria fricción de *H. Kelsen* con la línea metodológica de *G. Jellinek* — uno de sus maestros —, pues veía científicamente incorrecto la mezcla admitida por el segundo de elementos normativos, psicológicos y psíquicos, aspecto que se dibuja en la interpretación psíquica o psicológica de la voluntad propuesta por la construcción jurídica del segundo.

(49) Miguel-Ángel GARCÍA HERRERA, «“Prólogo” al Manual de Derecho Constitucional (Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde)», en *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 5, 2000, p. 382.

(50) Un buen resumen acerca de esta influencia se halla en Geert EDEL, «Zum Problem der Rechtsgeltung. Kelsens Lehre von der Grundnorm und das Hypotesis-Theorem Cohens», en *Grenzen der kritischen Vernunft. Helmut Holzhey zum 60. Geburtstag*, ed. de Peter A. SCHMID y Simone ZURBUCHEN, Basel, Schwabe AG, 1997, pp. 178 y ss.

(51) Ralph CHRISTENSEN, «Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des gesetzpositivistischen Textmodells», en *Untersuchungen zur Rechtslinguistik interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*, ed. de Friedrich MÜLLER, Berlin, Duncker und Humblot, 1989, p. 71.

Partiendo de las aludidas premisas, para el positivismo metódico —positivismo de la validez del Derecho—, recuerda *F. Müller*, Derecho y realidad, Norma y segmento de realidad normada coexisten en sí mismos, se yuxtaponen sin anudar una relación mutua, y globalmente opuestos en línea de principio, sólo llegan a encontrarse en virtud de la puesta en práctica de un silogismo subsuntivo. Prosiguiendo esta línea de pensamiento, el paradigma de la plena absorción de la Realidad por la Norma se desarrolla desde la también neokantiana y aludida *Wiener Schule* (52), integrada por herederos testamentarios del constructivismo lógico y positivista de *P. Laband* (53). Modo de proceder que se observa en la formulación debida a la construcción realizada por el «formalismo gradualista kelsiano» (54), de acuerdo con la cual, la rigorista visión neokantiana sobre la que se halla sustentada se vuelve racionalista al extremo y, en lógica consecuencia, termina proclamándose por nuestro autor la soberanía de la razón e implícitamente la del orden jurídico (55). De ahí la conclusión esta-

(52) La influencia de la Escuela de Viena por la de Escuela Baden ha sido quizá menos tenida en cuenta cuando se trata de rastrear sus orígenes en filosofía neokantiana de la que la primera trae causa. Sin embargo, también esta influencia es innegable y, en particular, sobre el jefe de la escuela. Además, tal influencia es temprana, pues ya en *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado* incorpora Hans Kelsen la distinción debida a Wilhelm WINDELBAND entre la perspectiva explicativa y la normativa, a fin de resaltar la particularidad de lo jurídico, si bien, posteriormente, es la doctrina de los dos mundos debida a Heinrich RICKERT la que fundamentalmente tiene en cuenta Hans Kelsen, para justificar la insalvable distancia entre el reino de los valores teóricos y el de la realidad empírica, aunque no sigue al autor en el intento de conciliación entre ambos. Es por ello que Francisco-Elías DE TEJADA Y SPÍNOLA estimará que el izamiento de la bandera «de la “pureza del método”» por Hans Kelsen, y su idea «del “valor jurídico”, ajeno y superior a las concreciones sociológicas o políticas, es la repercusión en la filosofía del derecho y del Estado del gran movimiento iniciado por Windelband y Rickert», *Derecho Político*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 113.

(53) Posición metodológica que reenvía a las de Carl Friedrich von Gerber y Rudolf von Ihering, y desde los planteamientos de éstos hasta la *Begriffsjurisprudenz* de Friedrich Karl von Savigny, como bien expresa Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik*..., *op. cit.*, p. 32.

(54) Pedro DE VEGA GARCÍA, «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo judicial», en *op. cit.*, p. 78.

(55) Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 165. De otra parte, estima Stanley PAULSON que es al inicio de los años sesenta del pasado siglo cuando se produce el aún no consensuado abandono del neokantismo por Hans Kelsen, «Toward a periodization of the Pure Theory of Law», *Hans Kelsen Legal Theory*, ed. de Letizia GIANFORMAGGIO, Torino, Giappichelli, 1990, y «Konstitutive und methodologische Formen. Zur Kantischen und neukantischen Folie der Rechtslehre Hans Kelsens», en

blecida, cual modo de salir del paso, acerca de que la Norma fundamental hipotética reposa en el seno de la pura razón por una especie de reflejo intelectual del «yo trascendental», esto es, descansa en una pura hipótesis de pensamiento. Es el punto de partida del proceso de creación de normas positivas, pero no es una norma puesta —*gesetzte Norm*— sino una norma presupuesta —*vorangesetzte Norm*—, siendo por tanto meramente «pensada», no querida. Norma «válida» y «suprema» que constituye el «punto de partida de toda construcción jurídica» (56). Por ello, carente de fuerza de obligar, pero a la que se remite el fundamento de validez de cualquier norma jurídica, con lo que paradójicamente traicionaba el fundamento último de su antecedente filosófico más preclaro, pues en *I. Kant* la norma básica deviene derecho natural. Ley natural que halla en la razón práctica y que parece remontarse en su razonamiento probablemente a *Platón*, en quien el pensamiento se constituye propiamente a partir de una base inventada. E incluso, trascendiendo, también «traiciona» en último extremo el principio fundamental regitativo del idealismo kantiano: «Todo conocimiento de las cosas que provenga meramente del Entendimiento puro y la Razón no es más que una simple ilusión, y sólo hay verdad en la experiencia» (57). En consecuencia, no deja de ser curioso, la validez normativa de todo el sistema, así como su unidad, como terminamos de decir, se derivan de una «norma» situada a modo de mera hipótesis básica fuera del orden jurídico, de una norma «supuesta» o «presupuesta» denominada después Constitución en sentido «lógico-jurídico», que desarrolla una función sustancialmente cognoscitiva y no justificativa (58). Se admite así por «el buda del positivismo jurídico» la existencia de normas extra-jurídicas que

Kant im Neukantianismus. Fortschritt oder Rückschritt?, ed. de Marion HEINZ y Christian KRIJNEN, Würzburg, Königshausen & Neumann, 2007, pp. 149 y ss.

(56) Cuestión que aborda por primera vez Hans Kelsen de forma decidida en su artículo «Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung», aparecido en el *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 32, 1914, pp. 216 y ss. No obstante, como reconoce el propio autor, «sin llegar a desarrollar todavía la distinción, más tarde establecida, entre la norma fundamental considerada como Constitución en sentido lógico-jurídico y la Constitución en sentido jurídico-positivo», *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado*, Porrúa, México, 1987, p. XLVIII.

(57) Luis RECASÉNS SICHES, *Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo xx*, México, Porrúa, 1963, p. 140.

(58) Alfonso CATANIA, *Il problema del diritto e l'obbligatorietà. Studio sulla norma fondamentale*, Napoli, Esi, 1983, p. 7; asimismo un buen análisis al efecto en las consid-

no son derecho positivo y constituyen, en términos de A. Verdros, «un punto de partida indemostrado e indemostrable» (59), constitutivo del «presupuesto básico» o «fundamento hipotético» (60) de la unidad normativa del ordenamiento positivo.

Sentado el principio de que el fundamento jurídico del ordenamiento es metajurídico y, por tanto, se halla «fuera del conocimiento jurídico», la Constitución positiva —«jurídico-positiva»— se acercará a la realidad al mero objeto de fijar el procedimiento de producción jurídica, porque va a ser la aceptación de los postulados sostenidos por la filosofía neokantiana lo que le conduce a reconocer en favor de la razón no ya solo el poder de legislar libremente acerca de la realidad sino también la «aparente» facultad de «crear» esta última si necesidad alguna de su relación con la realidad a ordenar (61). De esta suerte, concluirá aceptando la radical exclusión del principio de causalidad como criterio ordenador de un Derecho de carácter para él meramente formal situado al margen de los valores y sistemas de valores que, en lógica consecuencia, admite todo posible contenido material, permitiéndole prestar perfectamente sus servicios —al menos formalmente— tocante a la protección y sanción de cualquier orden socio-político (62). De hecho, y como es sabido, terminará Hans Kelsen olvidado la idea de que el Estado es una organización política para pasar en el autor a su identificación con el Derecho (63).

eraciones de Joseph RAZ, «Kelsen's Theory of the Basic Norm», en *The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 122 y ss.

(59) Alfred VERDROSS, «Zur Konstruktion des Völkerrechts», en *Zeitschrift für Völkerrecht*, Bd. VIII, 1914, pp. 329 y ss.

(60) Términos recogidos, por ejemplo, en la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, Leipzig-Wien, Franz Deuticke, 1934.

(61) Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «Preliminar», en *op. cit.*, p. 38.

(62) Eric VOEGELIN, «Kelsen's Pure Theory of Law», en *Political Science Quarterly*, vol. 42, 1927, pp. 268 y ss.

(63) Mucho más preciso en la época Ernst BELING: «Der Staat ist nicht die Rechtsordnung, sondern er hat eine Rechtsordnung» (El Estado no es el orden jurídico sino que tiene un orden jurídico), *Revolution und Recht*, Augsburg, B. Filser, 1923, p. 25; lo que ha sido considerado por algunos autores, caso de Werner Krawietz, una respuesta implícita a Hans Kelsen.

2.2.2. La definitiva posición superadora de la tesis positivistas aportada por la Teoría estructurante del Derecho

Tal como ha sostenido A. Calsamiglia, el positivismo para ser adecuadamente comprendido ha de ser examinado a la luz de las posiciones superadoras del mismo (64). Y, en tal sentido, maravillosamente expresada la crítica del logicismo extremo kelseniano, podemos leer en H. Heller: «Puede que la teoría formalista monocrática del Estado no incurra nunca en contradicciones lógicas, pero políticamente será siempre, quizás involuntariamente, el auxiliar más eficaz de la dictadura» (65). En todo caso, conforme ha confirmado la evolución histórica efectual de los acontecimientos jurídicos, la pretensión kelseniana de construir *in thesi* «una sintaxis jurídica cerrada (...) libre de todo contacto con el contexto pragmático», jamás ha podido ser confirmada *in praxis* (66). Observaciones que conducirán a F. Müller a estimar que no le parece factible poder afirmar que la Teoría pura del derecho sea la doctrina jurídica más idónea al objeto de crear el espacio para el desenvolvimiento de las condiciones reales de justicia, y a partir de ahí postular seguidamente como alternativa una *Teoría estructurante del Derecho* «decididamente impura». Incapacidad que igualmente reconoce a una teoría pura del lenguaje y su trasunto de interpretación semántica pretendida por el pensamiento analítico-jurídico (67).

Desde las previas premisas consideradas, el modelo de interpretación propio del positivismo metódico ha sostenido, según hemos aludido, que la correcta aplicación normativa deberá

(64) Albert CALSAMIGLIA, «Postpositivismo», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 1998, pp. 209 y ss.

(65) Hermann HELLER, «Europa y el fascismo», ahora en *Escritos Políticos*, Madrid, Alianza editorial, 1985, p. 75. Y no menos contundente, por ejemplo, Franz WIEACKER: «Al positivismo como tal no se le plantea el problema de la posibilidad de una ética material normativa», *El principio general de buena fé*, Madrid, Cívitas, 1981, pp. 34-35.

(66) Theodor VIEHWEG, *Tópica y Filosofía del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991, p. 200.

(67) En este sentido Hans-Joachim KOCH y Helmut RÜSMANN, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, Beck, 1982.

realizarse a través de cánones metodológicos desarrollados en el ámbito interno del «sistema». Por consiguiente, según considera, el sistema jurídico deviene capaz de garantizar la aplicación jurídica correcta, coincidente ésta con la reejecución —*Nachvollzug*— de una ideal voluntad normativa previa e inalterada —definitiva—, a esclarecer a través de un proceso cognitivo de conclusión silogística carente de «espíritu» e imaginación. Puede observarse, evidentemente, e incluso manifiestamente se llega a reconocer por el positivismo metódico, que se inclina éste por un canon metodológico estable arrancando para ello de la premisa neokantiana de la abstracta separación entre ser —*Sein*— y deber ser —*Sollen*— (68); separación carente de explicación por cuanto imposible en el mundo social.

De este modo, el positivismo jurídico se atiene exclusivamente a un mundo de normas que son para él su material de hechos (69), y prosigue plácidamente instalado en completa ajeneidad «a la nueva dirección que ha tomado la hermenéutica jurídica». Ahora bien, mediante tal forma de proceder, nunca han sido lógicamente capaces los diversos positivismos de mantener en la práctica el postulado de verificación, ni de demostrar, en su caso, el de falseabilidad. Situados en estos términos, todo jurista, ora ingenuo ora arrogante seguidor del «método jurídico», permanece sin advertir cómo la experiencia histórica evidencia la inexistencia de puras normas, esto es, de previas normas objetivas en sí mismas consideradas y completamente desligadas de la realidad social (70), lo que le conduce a aceptar acríticamente la «creación» autónoma del le-

(68) No obstante, para Hans Kelsen, la distinción entre ser y deber ser ha de considerarse relativa, y como el derecho es para él un valor, un deber ser, sostiene que el problema de su específica existencia «consiste en que el derecho parece que ha de ser simultáneamente un deber ser y un ser, aunque éstas son categorías que lógicamente se excluyen», *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus*, Berlin, Rudolf Heise, 1928, p. 10.

(69) Theodor Viehweg, *Tópica...*, *op. cit.*, pp. 54-55.

(70) Ejemplificativo de esa pretendida pureza normativa, por todos, Adolf Merkl, quien rechaza la incorporación de cualquier factor ajeno al Derecho en el ámbito de la Ciencia del derecho, lo que supondría una falsificación y correspondiente «transgresión del postulado del conocimiento puro», *Zum Interpretationsproblem*, publicado en 1916, y recogido ahora en *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, ed. de Hans Kletzky, René Marcic y Herbert Schambeck, Wien, Europa Verlag, 1968, p. 1066.

gislador(71). Y, a partir de estas premisas, construyen sintéticamente *a priori*, por medio del tratamiento lógico-formal de textos, una «metajurisprudencia» situada al margen de juicios valorativos, sin espacios para el pensamiento y desligada del contexto mismo. Planteamiento que, interesa remarcar, imposibilita de todo punto al trabajador del Derecho en orden a llevar a cabo cualquier tipo de formación o de transformación material(72); eso sí, ante un «sistema jurídico» de semejante calado, *Sócrates* no hubiera tenido necesidad de morir. En este sentido, se ha opuesto decididamente por ejemplo *M. Aragón* a toda aquella pretensión de interpretación constitucional que pretenda llevarse a término prescindiendo de los valores, e igualmente destaca la verificación acerca de que la puesta en escena de la vertiente axiológica de la Constitución, ha reafirmado y fortalecido el parámetro en el control constitucional en lugar de conducir a la destrucción de su carácter objetivado tal como *a priori* se temiera(73).

Reseñado lo anterior y tal como con facilidad se puede detectar, la *Teoría estructurante del Derecho* a lo largo de su modelo propuesto de ordenación estructurado y objetivado, pone de relieve una distancia nítida respecto del positivismo metódico, apostando con determinación en favor de la reconciliación entre Derecho y Realidad; pero adviértase desde pronto que la síntesis no se opera hegelianamente *a priori*(74), sino en el instante temporal actuante vinculado al caso. Y, sobre todo, apuesta por la síntesis superadora de todo dualismo, que ya nos aparece en posiciones tan admirables, por otro lado, como la de un *J. Ortega y Gasset*: «La mano procura amoldarse al objeto material, a fin de apresarlos bien, pero a la

(71) Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «El giro hermenéutico aceptado por la Teoría estructurante del Derecho», en *op. cit.*, p. 28.

(72) Francesco DENOZZA, «La struttura dell'interpretazione», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, pp. 1 y ss.

(73) Manuel ARAGÓN REYES, «La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional», en *Interpretación constitucional*, ed. de Eduardo FERRER MAC-GREGAR, México, Porrúa, 2005, pp. 16 y ss.

(74) Para la síntesis apriorística entre «lo real» y «lo ideal» propia de la dialéctica idealista hegeliana, puede verse de notable interés la aportación de Alessandro PASSERIN D'ENTREVES, *Il fondamento de la Filosofia giuridica de G. G. F. Hegel*, Turin, Gobetti, 1924.

vez, cada objeto material oculta una previa afinidad con una mano determinada» (75).

Básicamente, los criterios metodológicos propuestos guardarán en los primeros estadios un parecido no desdeñable con los esbozados por *J. Esser*, y significativamente se orienta asimismo por éste respecto del concepto de vigencia de lo normativo, o pretensión de normatividad (76). La decidida aproximación al ámbito material de la realidad por parte de la *Teoría estructurante del Derecho* hace de la misma una teoría realista (77), realidad de la que se reconoce forma asimismo parte de la Norma. Y puesto que el criterio postrero del razonamiento jurídico considera que es de carácter ético y no lógico, ello vincula a esta teoría con el modo de razonamiento jurídico retórico-dialéctico que logra alcanzar una solución de justicia material desde la consideración de todos los componentes del problema, situación de partida a partir de la cual se ha destacado por la *Teoría estructurante del Derecho como punto de partida* «la realidad fundamental de la diferencia entre norma y texto de la norma» (78). Los diversos puntos de vista considerados y su posterior comprensión se orientan al problema de modo abierto e imaginativo, con la obligación consignada por *F. Müller* de eliminar siempre los *topoi* ajenos al asunto, al objeto de lograr el equilibrio más adecuado en el contexto circunstancial de la comprensión, tarea que no constituye nunca una actividad subjetiva por relación a un objeto dado —*Dezisionismus*—. No obstante, su visión es más completa, al tener presente todos los ángulos de la situación, de modo que no se inclina, por tanto, ni por sostener una inserción en la Historia que nos es dada al modo gadameriano, ni de enfrentarnos a esa Historia a fin de emancipar

(75) José ORTEGA Y GASSET, en su germinal, densa y coherente obra *Meditaciones del Quijote*, publicada en Madrid (1914), en la que desde su radical perspectiva racional-vitalista, el autor decididamente nos incita ya a la búsqueda de la verdad desde la concreta e intransferible circunstancia de cada uno, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004.

(76) Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, 2.^a ed., Frankfurt am Main, Athenäum, 1972.

(77) Estamos en presencia de un «realismo postpositivista», expresará Werner KRAWIETZ, «Recensión de Juristische Metodik und Politische System», en *Rechtstheorie*, Bd VII, 1976, p. 119.

(78) Friedrich MÜLLER, *Métodos de trabajo...*, op. cit., p. 235.

sus contenidos opresores, como se pretende desde la óptica de un *J. Habermas*. Con todo, la retórica —material— no significa la apertura de una puerta de fácil huída para justificar cualquier decisión: «No cualquier decisión es susceptible de una fundamentación convincente», dirá *Th. Viehweg*. Porque considera imposible decidir en contra de la letra «clara» de una prescripción, en cuanto resulta ser el texto el encargado de señalar en cada caso el grado de topicalización posible, actuado como «preforma que obra dentro del programa de la Norma» a modo de impulso y límite último de posibilidades en el contexto del proceso estructurado por el que adviene de forma constante la normatividad. Proceso consistente y desarrollado en el establecimiento de puntos de vista a partir de los cuales la arquitectura de una solución concreta recibe criterio y dirección, nos propondrá *F. Müller*, pudiendo ser así racionalmente concebida pero sin pretensiones de exactitud. Bien coincide por ello el autor con la perspectiva adoptada en este punto de *J. Grondin* acerca de la incapacidad para la comprensión global: «somos lo que intentamos comprender y fracasamos muchas veces en el intento», pues en realidad «vamos tras la comprensión y el sentido porque, por principio, nos faltan».

Dicho de otro modo, para la concepción metodológica estructurante, el texto de la norma tiene por función la de operar como límite extremo de la posible formación de Derecho —*mögliche Rechtsbildung*—, sean textos detallados bien estemos ante textos de amplitud excepcionalmente pronunciada como sucede con las cláusulas generales —*Generalklausel*—. En consecuencia, las decisiones que manifiestamente transgreden la letra de un texto de Norma son jurídicamente irregulares, pues los procesos de concretización en uno y otro caso únicamente difieren en la amplitud del ámbito de posibilidades. De todos modos, si como terminamos de decir, el texto cumple una función de determinación —*Bestimmungsfunktion*— del espacio para la concretización jurídicamente regular o lícita —*zulässig*—, es evidente que su función limitadora y delimitadora no va a poder resultar idéntica sino que distará sensiblemente de la función de concretización que desarrolla el elemento gramatical de la interpretación(79).

(79) Sobre la cuestión, con planteamientos no exactamente coincidentes, de indudable interés Otto DEPENHEUER, *Der Wortlaut als Grenze. Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation*, Heidelberg, Decker & Müller, 1988.

En cualquier caso, al seguir en este aspecto el modelo de directriz, se siente liberada la *Teoría estructurante del Derecho* de la atadura que atenaza a la hermenéutica fenomenológica frente los textos, porque sí admite y postula la plena libertad imaginativa del trabajador del Derecho a lo largo del proceso estructurante en atención a su condición de sujeto plenamente responsable de sus acciones, y en la línea que tiene en *P. Ricoeur* a uno de sus más ardorosos defensores.

De otra parte, en lugar de importar métodos provenientes de otros ámbitos de investigación, reivindica la autonomía de la Ciencia del Derecho como «ciencia de la decisión». Todo ello en clara contraposición al modo de proceder del positivismo metódico, que se ocupa de reducir la función de la Ciencia jurídica a la pura descripción del contenido de normas «previas», sin prestar la más mínima consideración al examen de la validez de posiciones tan atinadas como la de *K. O. Appel* cuando sostiene que «el observador que sólo describe, sin valorar, no puede en modo alguno insertarse cognitivamente en la historia» (80). En virtud de lo dicho, el método es claramente dependiente del objeto concreto de investigación y, precisamente por ello, la Norma no constituye para la *Teoría estructurante del Derecho* el objeto de la concretización sino el resultado de la misma, porque situada nuestra teoría al margen de la cuestión metafísica, dista del propósito de enredarse en momento alguno al hallazgo del *fundamentum inconcussum absolutum veritatis*. Asimismo, de un lado, rechaza frontalmente 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 abstracto acto de voluntad antes del enfrentamiento con el caso a resolver, tal como defiende el positivismo metódico. Voluntad a deducir por éste axiomáticamente vía interpretativa del texto legal a través de un procedimiento de lógica formal y el correspondiente falso relato materialmente determinado por una precomprensión exclusivamente dogmática, fundamento por su parte de una «deducción jurídica certera» (*C. F. von Gerber*). Y, en fin, reprocha al positivismo metódico su desarrollo con plena desatención de las estructuras e implicaciones objetivas de las normas jurídicas.

(80) Karl-Otto APEL, *La transformación de la filosofía I*, Madrid, Taurus, 1985, p. 31.

Van así a resultar inaceptables los planteamientos anteriores para la *Teoría estructurante*, concebida y elaborada desde el rechazo paradigmático del equívoco surgido con motivo de la comprensión «pretérita» del Derecho propia del idealismo especulativo, donde la Norma es entendida como una estructura estática dada de significados inmanentes enunciados por medio de textos lingüísticos a relacionar «*ex post facto* con las relaciones de la realidad histórica» (81). Al rechazar la identidad entre texto normativo y norma jurídica, se sostiene al mismo tiempo cómo el Derecho trasciende con creces el ámbito de los textos de las normas, y existe para esta doctrina la adecuada complementariedad entre principio de primacía del intérprete y autopenetración reflexiva del aplicador del Derecho — en parte, al menos, similar en este aspecto al modo hegeliano — en el «conocimiento de conexiones de hecho y de datos de experiencia» concedores de la existencia y actividad humana. Pero ahora reinterpretados, vale decir — y en el sentido propuesto por *P. Ricoeur* —, concretizados con ocasión de la función mediadora a desarrollar en cada acto concreto de aplicación en el contexto del asunto correspondiente. Así, la fluidez y la coherente trayectoria de su proceso concretizador, favorece en todo momento la apertura de horizontes de significación y nuevos cauces de sentido, porque su perspectiva de trabajo también adquiere carácter relacional como se ha visto. En efecto, se trata sintética y realmente, de «un concretar —referido al caso— cuantos datos proporcionan el programa de la norma, el ámbito de la norma y las particularidades del estado de hechos», a través de un proceso estructurado en el que nada se representa sino que se hacen normas, de manera que resulten visualizables y controlables los elementos y los principales estadios de los procesos de concretización normativa —expresión apropiada para designar el proceso estructurante en su conjunto— hasta la determinación de la norma jurídica que no existía, pues, previamente. La teoría de la Norma jurídica —ámbito fundamental y fundante de la reflexión de la *Teoría estructurante* acerca del hacer del Derecho— y la metodología jurídica se conciben necesariamente vinculadas desde la *concepción estructurante*, porque rechaza toda «ilusión óptica» proveniente de un concepto estático y previo de Norma al modo como es

(81) Luis-Quintín VILLACORTA MANCERO, «El giro hermenéutico aceptado por la Teoría estructurante del Derecho», en *op. cit.*, p. 31.

considerada ésta por el positivismo metódico. En efecto, únicamente para el positivismo resulta posible concebir la Norma sin referencia a la acción de los juristas, esto es, como una especie de derecho objetivo existente en sí y esclarecido mediante una cadena de deducciones de los textos a través del sistema axiomático-deductivo. El «corazón» de las incomprensiones positivistas, insistirá *F. Müller*, se encuentra en el presupuesto de conformidad con el cual la norma jurídica es idéntica a un texto autónomamente existente, por lo que las dificultades se reducen a la problemática de la ejecución de una instrucción plenamente contenida en tal texto, sin percepción alguna de los problemas factuales de las decisiones jurídicas en su evidente condición de decisiones prácticas. Por el contrario, entiende la Teoría estructurante que el objeto de la teoría normativa es en sentido propio el actuar jurídico y no un sistema jurídico en el que todo está con antelación prevenido, explicación que se alcanza desde la sobria consideración de la relación entre «Norma» y «Realidad»; es más, a partir de la estimación indubitada de que forma parte de la norma la realidad a través del conjunto de datos reales —*Realdaten*— a los que se refiere la prescripción jurídica, esto es, el ámbito material del que el programa extrae el ámbito normativo.

A su vez, según estima, la metódica jurídica debe ser fundamentada por medio de una teoría del Derecho a largo del proceso estructurante encaminado a «hacer Derecho», esto es, por una teoría de la Norma jurídica en los términos de producción dinámica de la misma. Trascendido todo subjetivismo, esta circularidad implica una insoslayable referencia a tres elementos que se van recíprocamente influenciando: las «normas», los «hechos» y el «intérprete». Por esta razón, su modelo de circularidad apunta más allá de la propuesta «gadamerina», de naturaleza asimismo productiva, encuadrada en la experiencia de la tradición y que subyace a toda pregunta histórica, pues atiende a la precitada experiencia en términos más próximos a la propuesta de carácter pragmático como es la heideggeriana que a la ontológica gadameriana. Porque la metódica apuntada desde la *Teoría estructurante del Derecho*, esquivo asimismo la vinculación textual tal como venimos viendo, y atiende en su especificación a las condiciones para el desarrollo de los medios de un trabajo controlable de la decisión, fundamentación y representación de las funciones jurídicas. En consecuencia, rechaza en su actuar el modo de proceder

unilateralmente progresivo por cuanto defiende de modo determinante el alternativo y recíproco, ya que el programa normativo como concepto de trabajo, y por ello de carácter activo e interseccionado siempre de «referencias», opera verdaderamente actuante en todos los supuestos volviéndose al estado de las cosas a la búsqueda irrenunciable de datos objetivos, y éste, a su vez, retornando al primero, emergiendo así mediante tal proceder la normatividad procesual por conjunción entre programa y ámbito normativo hasta configurar la norma de decisión —*Entscheidungsnorm*—.

Como postura suficientemente definida, y una vez rescatado el sujeto de su estado de preterición al que había sido relegado por los planteamientos metodológicos propios del cientifismo, para la *Teoría estructurante del Derecho* es el jurista quien siguiendo un comportamiento activo «extrae el Derecho» en su sentido más radical para cada caso, a partir de la indeterminación de las «estructuras» iniciales susceptibles por sí mismas de diversas formas de utilización, porque al igual que sucede en *M. Heidegger* y *H.G. Gadamer*, tampoco es pensable para *F. Müller* el «contexto cero» (82). Tarea analítico-productiva llevada a cabo a través de una concreción progresiva de la Norma con adaptación al problema concreto a resolver muy en la línea por lo demandado por el nuevo constitucionalismo (83), puesto que, en la dirección seguida por el segundo *L. J. J. Wittgenstein*, no se agota para esta teoría la tarea productiva del jurista —no puede agotarse por la naturaleza de ésta— en la actividad de comunicación y comprensión; esto es, en todo momento es actividad creativa incluido el empleo del lenguaje que es también en sí mismo actividad, y abandona su consideración de una tercera cosa que se interpone entre un sujeto y un objeto para tornarse condición de posibilidad (84). Sin embargo, en modo alguno tiene como pretensión alcanzar la objetividad plena en la línea de la expresado, y mucho menos la «conciencia absoluta» *more kantiano*, a diferencia

(82) Así lo expresa Cristina LAFONT por referencia a los dos hermenéutas germanos citados, *La razón como lenguaje*, Madrid, Visor, 1993, p. 113.

(83) Por ejemplo, para esta exigencia de una teoría de la normatividad y de la comprensión del Derecho, Luis PRIETO SANCHÍS, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en *Neoconstitucionalismo*, ed. Miguel CARBONELL, Madrid, Trotta, p. 31.

(84) Lenio-Luiz SRECK, *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*, 5.ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 62.

de lo soberbiamente preconizado desde las «viejas utopías mentales de la ciencia o de la técnica» (85).

Tarea racionalizadora y objetividad «inherente a la especificidad de la materia jurídica», entendida como «actividad productiva» normativamente orientada a la búsqueda de una racionalidad susceptible de comprobarse y disciplinarse en ese contexto de «fusión de horizontes» donde cada «obrar» constantemente se actualiza, pero que se ve abocada a renunciar *a priori* a una total realización; esto es, renuncia razonablemente de antemano a una racionalidad plena ausente siempre por su propia naturaleza en una Ciencia normativa aplicada de carácter «decisorio y valorativo» como es el Derecho, pues tampoco la dogmática ofrece la certidumbre una decisión correcta (*F. Müller*). Según estima la *Teoría estructurante del Derecho*, la rectitud —de la decisión— consiste en hacer comprensible la concretización en cada uno de los momentos del proceso estructurante, ofreciendo verosimilitud en el concretar desde la atribución de una racionalidad funcional y sustancial hasta los límites a los que se pueda llegar. Y éstos serán definitivamente muy modestos, porque, como recordara *Th. Viehweg* desde el rechazo deductivo-sistemático, ello siempre ocurre a causa de la permanente vinculación al problema en el trabajar jurídico; en tanto por honestidad metódica se comprende los saberes incontrovertibles. Porque la metodología de las ciencias sociales no persigue dar satisfacción a certidumbres objetivistas, algo que con suma frecuencia se ignora, si bien resulta forzoso admitir que tales ciencias solo pueden alcanzar la objetividad otorgada por nuevas experiencia creadoras, o por medio de la prueba del uso a través de un proceso social-comunicativo (86).

Considerando que la *Teoría estructurante del Derecho* pretende esclarecer ese momento del trabajo jurídico, se sirve para ello como venimos diciendo de un modelo «normativo determinado por el asunto respectivo», que en quien interroga demandando una solución certera se va conformando en el trascurso del proceso estructurante

(85) Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «El giro hermenéutico aceptado por la Teoría estructurante del Derecho», en *op. cit.*, pp. 33-34.

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

progresivo la Norma como modelo de ordenación vinculado por la materialidad del caso, teniendo en cuenta el sentido de los principios jurídicos fundamentales —siempre actualizado— a modo de horizonte referencial, y midiéndose en los distintos momentos con arreglo al texto así como acreditándose en relación al mismo. Expresado lo anterior, toda vez que de acuerdo con el contraproyecto moderno y democrático, opuesto por sustancia y forma al modelo jurídico de los «imperativos» (87), no existe sino como mera hipótesis un Derecho puro ni tampoco se reconoce la existencia de hechos puros, en modo alguno se detiene únicamente la teoría que venimos considerando en la mera tarea de aplicación del contenido fijado de textos tanto cuantitativa como cualitativamente que se extrae mediante cánones interpretativos y exégesis filosóficas. De acuerdo, pues, con el modelo progresivo —*Ablaufmodell*— y dinámico de concretización postulado desde la *Teoría estructurante del Derecho*, es evidente que, tan lejos como resulte factible de cualquier pretensión de objetivismo esgrimida por el normativismo lógico positivista, no se persigue sin embargo la sustitución del modelo de ordenamiento de la autónoma ley general, trasunto de un jalonado e «imaginario» ordenamiento completo, por una concreción productiva de la Norma jurídica orientada y plenamente vinculada por el caso. En realidad, la metódica estructurante busca procedimientos «relativamente» estables para el trabajo jurídico, pero siempre abiertos y creativos. Y tal objeto pretende alcanzarse por medio de una reflexión acerca de la génesis de las normas guiada por el sentido proveniente de un análisis «de la estructura de la Norma jurídica concebida como Norma de decisión». Según mantiene, descartada la posibilidad de obtener certidumbres objetivas deducidas de los textos a través de operaciones intelectuales de carácter lógico-formal, la «concretización» no es «aplicación», no consiste en la reconstrucción objetiva de una legalidad inmanente como pretenden tanto positivistas como las por demás loables corrientes calificadas o autocalificadas con el epíteto de antipositivistas, sino que significa un decisivo enriquecimiento por los hechos y guiado por ciertas expectativas, con la finalidad última de, desde la propia persuasión a la que esforzadamente ha

(87) Roland DUBICHAR, *Vorstudium zur Rechtswissenschaft. Eine Einführung in die juristische Theorie und Methode anhand von Texten*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, Kohlhammer, 1974, p. 62.

llegado del trabajador del derecho, esforzarse de nuevo por persuadir a su vez a los demás, a fin de de sustentar una decisión razonable capaz de convencer, porque únicamente cuando comprendemos la posición de los demás podemos adquirir relativa seguridad acerca de nuestra propia comprensión (88).

Lejos de toda autoconciencia lógico-sistemática de naturaleza apriorística y abstracta, de lo que se trata para la metódica jurídica estructurante —supraconcepto que utiliza la *Teoría estructurante del Derecho* a fin de englobar a hermenéutica, interpretación, métodos de interpretación y metodología— es de racionalizar la praxis a través de una especie de *logos gegrammenos*. Expresado de otro modo, implica el ir a las cosas mismas —en el sentido de los casos, claro está— propuesto por *E. Husserl*, y tomado realmente en serio por *M. Heidegger*; esto es, procurar el acceso al conocimiento de las causas en la transformación gadameriana y dentro de un ámbito de racionalidad demarcado por la praxis. En efecto, la resonancia en el planteamiento de la fuente *phrónesis* aristotélica parece evidente, como por ejemplo expresará paladinamente *H. G. Gadamer* al ocuparse de la filosofía práctica (89). Por esta vía individualizadora, una vez creada, como norma de decisión realmente producida que va a regir el caso concreto, la Norma jurídica será producto así de un descubrimiento real una vez transido el camino a cuyo final nos espera la *aletheia*, aunque reciba la consideración de relativa. Ya no estamos, pues, ante la «determinación», o frente a la explicación, como operaciones intelectuales derivadas del «hacer posible» kantiano; se trata de algo completamente diferente desde el punto de vista de la normatividad: de una creación real llevada a cabo por el trabajador del Derecho. En tal sentido, objetivamente considerada a modo de «*teoría de la producción del derecho*», desde la *Teoría estructurante* asimismo se va a sostener que la razón de los significados jurídicos reside en el uso práctico (90). Por ello, la labor de

(88) Thomas M. ALEXANDRE, «Eros and understanding: Gadamer's aesthetic ontology of the community», en *The Philosophy of Hans-Georg Gadamer*, ed. de Lewis Edwin HAHN, Illinois, The Library of Living Philosophers, 1997, p. 328.

(89) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método...*, *op. cit.*, pp. 317-318.

(90) No en una Norma —«que debe ser»— desligada de la realidad, por todos esta aclaración en Bernd JEAND' HEUR siguiendo al maestro bávaro, *Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989.

práctica social propia los juristas se entiende creativa, y consiste por ello en bastante más que en la mera reducción de su quehacer a una «determinación» normativa por la vía de la subsunción. En sentido propio, la diferencia entre Norma y aplicación normativa se abandona, esto es, desdeña abiertamente la distinción entre «interpretación» y «aplicación» de la Norma, pues ésta habla cada vez de modo diverso pero «como ella misma» en el correspondiente supuesto concreto, que resultará ser el encargado de forzar al trabajador del Derecho a pensar. En virtud de lo dicho, volviendo sobre *H. G. Gadamer*, cabe asimismo afirmar que cuando comprendemos en cada circunstancia, comprendemos en realidad «de un modo diferente», dada su negativa a admitir la posibilidad de comprender cualquier texto normativo al margen de un acto de aplicación, porque siempre nos veremos obligados a relacionar reflexivamente «el texto con la situación del presente, si es que se quiere entender algo del texto» (91). De este modo, la mítica frase del *R. Smend* instalado en la precomprensión de la filosofía de la cultura de *Th. Litt* y referida a que si dos constituciones dicen lo mismo no es lo mismo, debe completarse con la de si un texto constitucional dice lo mismo en dos momentos temporales, el «sentido» no es el mismo.

(91) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método...*, *op. cit.*, p. 396.