

# LA METÓDICA ESTRUCTURANTE DEL DERECHO EN CUANTO CONVINCENTE CONCEPCIÓN SUPERADORA DE “IDEALES METODOLÓGICOS”

LUIS-QUINTÍN VILLACORTA MANCEBO

SUMARIO: 1.- La convincente propuesta superadora del ideal metódico positivista: el proceso estructurante de producción de la Norma jurídica.  
1.1.- El radical equívoco propuesto por los planteamientos positivistas. 1.2.- El planteamiento genérico del proceso estructurante. 1.3.- Aspectos específicos del proceso estructurante.  
2.- Concretización y proceso estructurante.  
3.- El moderado alcance de la racionalidad jurídica a obtener.

**Resumen:** En un sentido diferente a lo propuesto por el positivismo metódico, y desde la aceptación matizada de las premisas hermenéuticas, para la Teoría Estructurante del Derecho la interpretación y la aplicación carecen de autonomía propiamente dicha. Por tanto, desde la Teoría Estructurante del Derecho, la Norma jurídica es entendida como “producto”, y la resolución de cada caso requiere una nueva producción normativa hasta su entrega como Norma de decisión.

**Palabras clave:** Positivismo metódico; Teoría estructurante del Derecho, Norma jurídica; Norma de decisión.

**Abstract:** In a different sense from what is propounded by the methodical positivism and from the qualified acceptance of the hermeneutic principles, the Structuring of Law considers that both interpretation and application, strictly speaking, lack autonomy. For the Structuring of Law, 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 decision Norm.

**Keywords:** Methodical positivism; Structuring of Law; Juridical Norm; Decision Norm.

1. LA CONVINCENTE PROPUESTA SUPERADORA DEL IDEAL METÓDICO POSITIVISTA: EL PROCESO ESTRUCTURANTE DE PRODUCCIÓN DE LA NORMA JURÍDICA.

1.1. *El radical equívoco propuesto por los planteamientos positivistas.*

La metódica estructurante representa el absoluto rechazo del modelo de interpretación jurídica desarrollado a partir de los postulados lógico-formales del positivismo metódico en cualquiera de sus variantes.

Ciertamente, atrapado el “normativismo unilateral y ciego”(1) en las premisas de la filosofía de la conciencia y situado fuera del ámbito de la experiencia, ha sostenido la idea de un control posible de la correcta aplicación normativa a través de cánones metodológicos desarrollados en el ámbito interno del “sistema”(2). Expresado en términos genéricos, las diversas corrientes positivistas parten del reconocimiento de que el único objeto posible para la Ciencia jurídica son las normas puestas —positivas— por un ente dotado de autoridad legítima que, por consiguiente, son consideradas normas válidas y de contenido inmutable.

Partiendo de esta perspectiva de carácter retrospectivo, se llega a una situación insostenible debido a la completa ignorancia de la normatividad jurídica subyacente a la realidad del ordenamiento y a los problemas jurídicos precisados de solución, ya que la estructura de la normatividad únicamente puede ser captada y entendida en sentido pleno como proceso a la búsqueda de la manifestación de su “verdad” propia en cada caso, tomando en consideración la dimensión problemática de la relación o coimplicación existente entre textos de derecho positivo y realidad material siempre cambiante en la que se insertan, lo que nos obligará en cada caso a nuevas comprensiones.

---

(1) Para expresarlo con los calificativos empleados por Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2012, p. 66.

(2) Nos hemos referido más ampliamente a la cuestión en Luis-Quintín VILLACORTA MANCERO, “Preliminar”, en *Postpositivismo*, editado por de Friedrich Müller/Luis-Quintín Villacorta Mancero, TGD, Santander, 2008, pp. 3 y ss; e igualmente en “El giro hermenéutico aceptado por la Teoría estructurante del Derecho”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 80, 2010, pp. 7 y ss.

Pero no solo eso, de plantear las cosas en los aludidos términos ideal-objetivistas considerados por nosotros en sentido crítico y equivalentes a considerar la Norma jurídica como una estructura autónoma de núcleo inmutable, lo que conlleva la tajante separación abstracta y general entre Norma y realidad propuesta por la técnica seguida por el positivismo legalista desde mediados del siglo XIX(3), la normatividad, que es de carácter estructural-procesual y surge en el tiempo histórico —según la conocida expresión de Edmund Husserl—, paradójicamente, habrá perecido por completo. Por tal circunstancia, resulta evidente que, como máximo aporte, las conclusiones obtenidas mediante este proceder metódico siempre van a consistir en meras falacias dogmáticas de conocimiento provenientes de ideas preconcebidas y basadas en criterios ideales, desnaturalizadores por su esencia de un saber jurídico concreto(4).

E, indudablemente, cabe recordar que si la metodología jurídica positivista debe darse por definitivamente superada con carácter general, aunque tal superación es por el momento y en buena medida solo de índole teórico-retórica(5), su inutilidad es aún más acusada cuando se trata de la concretización del Derecho constitucional(6). Por su naturaleza, funcionalidad y axiología(7), así como debido a la

---

(3) Desde la suposición errónea o falacia positivista, precisará Pedro DE VEGA GARCÍA en un excelente análisis crítico del positivismo jurídico-evolutivo, conforme al cual, a similitud de las Ciencias naturales, también en el ámbito jurídico cabe dar leyes generales y universales, válidas para todo tiempo y lugar, algo sin embargo ajeno a una Ciencia social normativa como es la Ciencia jurídica, “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, en *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 1, 1998, pág. 66.

(4) Conforme incisivamente explicitara, entre otros, el discípulo de Friedrich Müller y muy prematuramente malogrado Bernd JEAND` HEUR, *Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.

(5) En sentido más amplio, el reconocimiento del “señorío del positivismo” con carácter general aparece recientemente reconocido por Gustavo ZAGREBELSKY, *La virtud de la duda*, Trotta, Madrid, 2012, p. 50.

(6) Puede verse Susanna POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001, pp.15 y ss, entre otros momentos.

(7) Textos que “esprimere l’ordine assiologico della comunità organizzata in pólis”, para decirlo con Massimo LUCIANI, “Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari”, en *Interpretazione costituzionale*, ed. de Gaetano Azzariti, Giappicheli, Torino, 2007.

estructura sumamente elástica de sus textos positivos(8), comporta este sus propias exigencias particulares y, en consecuencia, en el ámbito del mismo resulta inviable analizar sus problemas comprensivo-aplicativos a partir de un enfoque exclusivamente técnico-jurídico en términos subsuntivos, sin considerar sus numerosas y complejas vertientes políticas. Todo lo cual conduce a una monumental ontología pseudo-metafísica, bien intuida por Hermann Heller en su articulación de la crítica de inautenticidad y vacuidad formal caracterizadora del positivismo de Hans Kelsen, principalmente advertida a través de su línea genética proveniente de la neokantiana Escuela de Marburg y el correspondiente entendimiento del carácter meramente científico ¡de la “experiencia”!(9), durante el debate a que diera lugar el denominado conflicto metodológico desarrollado durante la República de Weimar(10). A lo largo de cuyo transcurso muy diversos factores contribuyeron a extender la impresión de que por la vertiente positivista cada uno hilará al modo pre-platónico su propia fábula sobre el contenido y significado de la normatividad pero sin llegar al acceso real del contenido de la misma; perspectiva que, por lo referido al Derecho constitucional, no puede desembocar en un delta distinto del constitutivo de una teoría formal de la Constitución(11). Pues bien,

---

(8) Al objeto de la mejor posible adaptación al “mutamento sociale”, como bien se analiza por Luciano PATRUNO, *L'elasticità della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 24 y ss, entre otros momentos.

(9) Una de las críticas clásicas más divulgadas de la influencia neokantiana en el mundo de “los prejuicios jurídicos racionalistas”, como bien es conocido, es la de Erich KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1921, y respecto a la crítica de su unidimensionalidad por desplegarse al margen de los fenómenos vitales, puede seguirse especialmente en las pp. 65 y ss; y en sentido si cabe más contundente se pronunciaría cuatro años más tarde Siegfried MARCK, en su defensa de que la problemática jurídica estriba fundamentalmente en el hallazgo de las condiciones extra-teóricas verdaderamente constitutivas de su validez, *Substanz und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1925.

(10) Thomas VESTING, “Aporien der rechtswissenschaftlichen Formalismus — Hermann Hellers Kritik an der Reinen Rechtslehre”, en *Archiv für Rechts und Sozialpolitik*, Bd. 77, núm. 3, 1991, pp. 348 y ss; y en términos similares previamente Manfred FRIEDRICH, “Der Methoden-und Richtungsstreit”, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 102, 1977, pp. 161 y ss.

(11) Presupone la concepción de la Constitución integrada mediante preceptos normativos completos cuya aplicación se reduce al desarrollo de una operación lógica,

nos parece que esto a lo que terminamos de referirnos está más allá de cualquier duda razonable, porque como muy atinadamente señala Hans-Georg Gadamer, nuestras propias consideraciones nos obligan a reconocer “que en la comprensión siempre tiene lugar algo así como una aplicación del texto que se quiere comprender a la situación actual del intérprete”, y, en tal sentido, venimos forzados a considerar “como un proceso unitario no exclusivamente el de comprensión e interpretación, sino también el de la aplicación”(12).

Por lo anteriormente dicho, resulta que queda arrumbado el primado de la lógica formal, así como el conocimiento proveniente de las puras construcciones intelectuales more kantiano presas de la artificiosa distinción sujeto/objeto propia de constructivismo. Se supera de este modo el reduccionismo kantiano desde el que se explica —*Erklärung*— la vida y su procesualidad temporal como mera manifestación fenoménica, mediante la incorporación de la comprensión —*Verstehen*— de la modalidad del conocimiento de los hechos históricos en su facticidad —*Faktizität*—, al servicio claro de su defensa de la inevitable tendencia a la realidad, si bien relativizando la objetividad de la vida. Y, desde la inexcusable valoración de los hechos, esta opción por la estructura de la concretización constitucional —y jurídica en general— procede arrancando del caso de forma selectiva, esto es, trabaja con un entendimiento previo selectivo y una comprensión en tanto que modo de ser originario y existencial, incluso a la hora de analizar el fondo de modelos de

---

a un acto de subsunción carente de cualquier componente creador, por lo que se hace coincidir por entero el sentido formal con el sentido material de la Constitución, señalará Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 20ª ed., Malheiros, São Paulo, 2007, pp. 148-149. Y como advierte Paolo COMANDUCCI, las características y peculiaridades que cada autor atribuye a la interpretación constitucional dependen directamente del concepto que se mantenga tenga de Constitución, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en *Interpretación constitucional*, ed. de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Vol. I; Porrúa y UNAM, México, 2005, p. 470, quien presenta cuatro modelos que agrupan otros tantos conceptos de Constitución que se corresponden a su vez a otras tantas nociones de interpretación, p. 472.

En dirección igualmente crítica, puede verse Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Interpretación de la Constitución”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, VV.AA., Civitas, Madrid, 1995, p. 3688.

(12) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1977, p. 379.

regulación existentes, dada su condición de presupuestos necesarios tomados forzosamente en casi su totalidad a distancia temporal pero sin olvidarse de sus “contenidos”(13). Para arrostrar tal empresa, los principios sobre la base de los cuales el científico debe realizar el análisis acerca del Derecho constitucional, sin duda alguna, son principios de justicia y de trabajo que circunspectivamente encuentran ocupación y significatividad —Bedeutsamkeit— dentro del ámbito circundante remisional de experiencia y de la intuición, lo que, a su vez, evidentemente no puede desprenderse en exclusiva de los textos de derecho positivo y su correspondiente función orientadora y de limitación externa sino de los postulados de la filosofía práctica. En consecuencia, sin dejar de reconocer su importante función, rechaza este enfoque que los textos de normas desempeñen realmente un papel exhaustivo para la comprensión jurídica y menos aún respecto de la labor de aplicación, conforme a la que en cuanto problemática fundamental se expresa la cuestión crítica de la condición práctica propia del quehacer jurídico(14).

### 1.2. *El planteamiento genérico del proceso estructurante.*

Las consideraciones introductorias realizadas en el apartado anterior, han puesto suficientemente de relieve que, a fin de superar los riesgos apuntados que dejarían a la Constitución y al Derecho constitucional fuera de la realidad en la que acontecen, es apremiante y plenamente acertado el rechazo de la idea aparentemente sencilla expuesta por los ideólogos de la subsunción, consistente en postular la comprensión —inclusión— del caso en la ley general mediante una operación intelectual realizada por operadores jurídicos situados completamente fuera del proceso iniciado por el caso(15). Porque, en

---

(13) Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik. Grundlagen Öffentliches Recht*, Bd. I, 9ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2004, p. 28.

(14) Friedrich MÜLLER, *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 313.

(15) El punto culminante es la Ciencia jurídica de la lógica de la norma desarrollada por Hans KELSEN: “cuando se habla de interpretación, en el caso de la interpretación de la ley, se debe dar respuesta a la pregunta de qué contenido hay que dar a la norma individual de una sentencia o de una resolución administrativa, al deducirla de la norma general de la ley para su aplicación al hecho concreto”, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 1993, p. 349; estamos ante la “lógica constructiva de las normas” tempranamente advertida y cri-

efecto, desde esta perspectiva se entiende, sin albergar duda alguna, que le corresponde al trabajador del Derecho desarrollar un rol “creador-activo” en la denominada aplicación jurídica, de ahí la inutilidad de “buscar una ‘corrección objetiva’ del derecho, al margen del proceso de comprensión hermenéutica”, y por idéntica razón está abocado “al fracaso cualquier intento de separar, en la ciencias comprensivas, racionalidad de la personalidad del comprender”(16). En todo caso, la Ciencia jurídica no se ha acercado a la hermenéutica filosófica en búsqueda de cánones o reglas metódicas claras e inequívocas sino con la intención de encontrar renovados estímulos y un nuevo despertar de la conciencia comprensivo/interpretativa.

De otra parte, conviene recordar que lejos de la pretensión de eliminar la normatividad como a veces apriorísticamente se le imputa, verdaderamente, la capacidad innata y propia de la retorización jurídica persigue suavizar las tendencias dogmatizantes propias de la deducción silogística que hemos de rechazar con toda decisión. En esa dirección nos lo sugieren las vigorosas aportaciones de Josef Esser o Theodor Viehweg, al percatarse de la necesidad de encontrar las premisas mayores inductivas a partir de la “experiencia jurídica”, recorriendo en el alumbramiento de nuevos dominios la totalidad de direcciones al hallazgo de la materia en los lugares —topoi— de los que se arrancan los argumentos preconceptuales(17). Tópicos que, lejos de articularse a modo de reglas a seguir con la finalidad de poder demostrar todo, han de ser evidentemente objetivos y apropiados, los cuales, comprendidos hermenéuticamente a modo de puntos de vista pragmáticos de justicia material(18), hasta adquirir auténtica

---

ticada por Hermann HELLER, “Die Krisis der Staatslehre”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, núm. 55, 1926, p. 301; aunque la perfección formal del Derecho público, a decir de Otto VON GIERKE, se había alcanzado por medio del entramado jurídico-estatal propuesto por Paul Laband, y ello al injustificable precio de separar el Derecho de la vida real, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1961, pp. 15 y ss.

(16) Arthur KAUFFMANN, *Hermenéutica y Derecho*, Comares, Granada, pp. 92-93.

(17) Theodor VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5ª ed., C.H. Beck, München, 1974, p. 37.

(18) Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2ª ed., Athenäum Fischer, Frankfurt am Main, 1972, p. 155.



subsistencia y desempeñando una eficaz función superior al de meros “índices de lo que hay que averiguar sobre el tema propuesto”. Porque, conforme a lo expresado por el precitado Theodor Viehweg, 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”(19). El que quiera ver en las reflexiones que arrancan de la tópica, sin embargo, un ataque a la normatividad, no ha entendido nada acerca de lo que esta supone de búsqueda de lo real efectivo —das Wirkliche—, pues desechada la idea de sistema jurídico unitario cerrado y completo, aunque la tópica se concentra esencialmente en destacar la necesidad de un pensamiento orientado al problema, no niega radicalmente el valor del texto de la norma(20). No obstante, el recurso a la retorización por nosotros seguido se hace en los términos cautelosos propuestos por la metódica estructurante —strukturierende Methodik— elaborada por Friedrich Müller, desde luego, a partir de la toma en cuenta de la advertencia formulada en los Tópicos aristotélicos con la finalidad de atenernos a un empleo de los mismos tratando de evitar desde el inicio las contradicciones; no es, pues, la torna de un problema, se trata de reconocer la problematicidad de lo normativo como teórica y prácticamente siempre ha estado ahí y, más propiamente dicho, es ahí —futuridad—.

Lo previo supone que, desde la profunda e innovadora metódica estructurante entendida como “ciencia de la praxis jurídica”(21), el factor decisivo en lugar de estar conformado por el cuidado sistemático y la correcta vinculación a las reglas de interpretación de textos jurídicos

---

(19) Theodor VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz...*, *op. cit.*, p. 38.

(20) Como bien señala María-Luisa BALAGUER CALLEJÓN, frente a las notorias deficiencias que reconoce presentan las concepciones tradicionales ha de reivindicarse “la potencialidad que la tópica ofrece como método de interpretación constitucional, en la medida en que se trata de un método abierto y de carácter argumentativo, que no parte de verdades absolutas y que contempla el Derecho como un proceso social siempre inacabado”, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 85

(21) Friedrich MÜLLER, *Rechtsstaatliche Form — Demokratische Politik: Beiträge zum Öffentlichen Recht, Methodik, Rechts und Staatstheorie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977, p. 167.

de conformidad con los postulados de la epistemología lógico-formal caracterizadora del positivismo metódico, se alzará primeramente a través de la expectativa concreta de sentido como búsqueda efectuada en los términos conversacionales con los que el “aplicador” se acerca relacionadamente a los casos y textos a comprender en su encuentro con lo real, dicho sea de paso, con la cosa en sí que está realmente ahí, fácticamente ya presente tal como, a la que dirigimos nuestras preguntas(22). Y, como se puede ver, de acuerdo con esta apertura a lo fáctico actuante, a la que se llega partiendo de la propuesta revisora a fondo y superadora tanto del enfoque propio del paradigma positivista como de los planteamientos antipositivistas, anclados los segundos en el mismo concepto de normatividad caracterizador de los primeros, el ordenamiento constitucional es considerado una formación productivo-abierta de normas comprendida desde la praxis. Esto es, la Constitución abierta —a la concretización— y su relación o consecuente inserción con la vida fáctica, es una característica propia de la ordenación jurídica de las modernas sociedades complejas y democráticas. Obviamente, si hemos de ser realistas, algo sí constituye un punto candente que permanece universalmente válido: ante la multiplicidad de los problemas que pueden surgir en la dinámica social, la textura de los preceptos constitucionales positivos necesita de la necesaria flexibilidad y apertura que les permita alcanzar soluciones al casuismo problemático actual y futuro, y, por ello, el contenido de los textos de normas también necesita ser necesariamente objeto de concretización, lo que implica naturalmente valoración, porque como bien Friedrich Müller considera, una Ciencia jurídica sin decisiones ni valoraciones no sería ni práctica ni real.

Tenemos que entender como cuestión nuclear, en sentido diametralmente opuesto a lo propugnado por el normativismo, la imposibilidad de aprehender de una forma definitiva el significado de la Constitución partiendo unilateralmente de su texto y mediante el empleo de un sistema conceptual de carácter pretendidamente absoluto. Por consiguiente, a diferencia de lo sostenido por los “juristas puros” que, ironías del destino, quieren hacer honor a su pretendido carácter ortodoxo permaneciendo aferrados a la dogmática positivista tradicional, cuyo paradigma se evidencia de vez en vez más hostil a las necesidades

---

(22) Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik...*, *op. cit.*, p. 32.

del constitucionalismo democrático-social, aunque exclusivamente fuera —pero no solo— por la tendencial asimetría en ocasiones puesta de manifiesto(23). Eso sí, los “últimos juristas” pretenden caminar sobre un pulcro suelo liso de nivelado y radiante hielo; sin embargo, están imposibilitados de hacerlo, pues en la conocida metáfora de Ludwig-Josef-Johann Wittgenstein han ido “a parar a terreno helado, donde falta la fricción, y así las condiciones son en cierto sentido ideales, pero también por eso mismo no se puede caminar; por ello, se necesita siempre la fricción. ¡Vuelta al terreno áspero!”.

De conformidad con la significación específica y la originalidad ideada por el planteamiento metódico estructurante, una Constitución o cualquier otra disposición normativa dotada de positividad, solo adquiere normatividad una vez se haya concretizado(24). El texto normativo presenta sí, la nota aludida de positividad, pero viene obligado a ponerse en comunicación con la realidad; esto es, ha de relacionarse con la aspereza del mundo que lo constituye, operación que implicará especialmente la rigurosa observación de las relaciones político-sociales. En términos aún más tajantes de lo que estaríamos dispuestos a considerar aquí debido a la brevedad del ensayo, se trata de algo muy profundo en cuanto al cambio de perspectiva respecto del modo en que necesariamente comprendemos en última instancia la normatividad de la Constitución o cualquier otro texto de derecho positivo, frente a lo que venía siendo el estrecho sentido tradicional de carácter logicista y objetivador. Empero, a diferencia del *modus ponens* de la interpretación tradicional que comprende la reejecución de la voluntad abstracta supuestamente expresada por el texto normativo —“positivismo del tratamiento de la Norma”—(25), bastante más prometedora es la teoría de la concretización de la que ahora limitadamente en su abordaje tan solo aludiremos en nuestra exposición a algunos

---

(23) Mauro CAPPELLETTI, *Le Pouvoir des juges*, Presses Universitaires, Economica, Paris, 1990, p. 19.

(24) En sentido divergente por ejemplo Christian STARCK, puesto que a su juicio en la aplicabilidad de la Constitución rigen los mismos criterios que en la interpretación de las normas de Derecho privado, *Jurisdicción constitucional y Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 41.

(25) Según el concepto empleado en sentido crítico por Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik...*, *op. cit.*, p. 104.

de sus puntos centrales. Es claro, pues, que para este planteamiento el proceso comprensivo-aplicativo no tiene tan solo carácter cognitivo sino fundamentalmente creativo, es acto o actividad, es actualización o extracción del Derecho para su realización plena y permanente en cada caso a través del impulso y voluntad del trabajador del Derecho vuelto hacia lo real, toda vez el agente normativo desarrolla por tal razón una actividad primaria y esencial a lo largo del proceso concretizante.

Metódica estructurante que persigue atender en muy superior medida las demandas de la Sociedad contemporánea, caracterizada por la acusada diferenciación social y el pluralismo. A tal fin, según se expone, la revisión superadora del positivismo deberá sustentarse en una teoría del Derecho a hacer y no en una teoría sobre el Derecho puesto, sea esta de inspiración sociológica, psicológica, histórica, filosófica etc. Por eso, se va a tratar de una teoría crítica, revisora de los fundamentos de la Norma jurídica en su idealizante versión positivista, toda vez que los postulados de la interpretación observados desde este último enfoque derivan directamente de una concepción de Norma enraizada en las diversas corrientes del normativismo, impositivas todas ellas de su mezcla con cualquier materia circunstancial que la pudiera mínimamente alterar. Entre tanto, precisamente por este señalado motivo, permanece por completo ajena a la idea de que el saber jurídico es saber práctico, es un saber de aplicación por fuer a las circunstancias contingentes y variables desde la relativización de las exigencias concretas espacio-temporales. En eso consiste precisamente la comprensión hermenéutica de aperturidad y facticidad, en saber aplicar trascendiendo las meras implicaciones lógicas y el correspondiente resultado de una impresión profundamente desalentadora derivada de estas últimas, por cuanto entran en consideración de igual modo tanto las pragmáticas como las contextuales, así como el esclarecimiento de los entimemas y demás figuras retóricas de los razonamientos histórico-efectuales: la historicidad —*Geschichtlichkeit*— superadora de ese eclecticismo historizante cuya inutilidad fuera frecuentemente denunciada por el pensamiento de la sospecha.

### 1.3. *Aspectos específicos del proceso estructurante.*

Establecidas las previas premisas genéricas en el punto anterior, en virtud de las cuales la Teoría estructurante se revela ya como algo

completamente distinto de una simple variante metódica del modelo subsuntivo, destacamos a continuación aquellas cuestiones que nos parecen más específicas del procedimiento estructurante-concretizante, sin que tampoco, dentro de los límites de este modesto intento, podamos analizar exhaustivamente la cuestión de forma sistemática.

Por consiguiente, sin grandes alardes sistemáticos, al objeto del desarrollo del planteamiento metodológico que consideramos, la trascendentalidad de la propuesta o verdadero punto de arranque por así decirlo, se halla en la distinción entre texto normativo y Norma como resultado de la facticidad del trabajo de los juristas guiados por el caso. Identidad entre la Norma y el texto de la misma que la teoría y metodología tradicionales abrazan desde el acrítico objetivismo científico y que, sin embargo, es tajantemente rechazada ab initio por el método concretizante en su persecución del análisis pormenorizado de la estructura normativa con vistas a la obtención de normatividad. Porque, desde el plano de la teoría de la Norma, el positivismo cae en el irremediable error de interrogar acerca de la normatividad con absoluto descuido de la realidad en cuanto se considera mera función de la voluntad(26), con lo cual, termina perdiéndose por completo la dimensión estructurante e intencional del Derecho que se desarrolla en su realización —Vollzung— más allá de la subjetividad y no es con suma frecuencia fácil de aprehender.

Al tratarse de una desviación del pensamiento dominante por cuanto sitúa a la Norma jurídica en el ámbito de lo fáctico, proyecta contrariamente Friedrich Müller mediante su cambio de rumbo una estructuración inicial de la forma a partir de la identificación del texto de Norma como dato de entrada provisional en el proceso de concretización, o input en el trabajo de producción de la Norma jurídica, toda vez la positividad del texto continua siendo un imperativo del Estado de Derecho que ha de ser respetado como límite material de la actividad jurídica no legislativa. Enunciado del texto que adquiere, desde luego, dada su positividad, el carácter de

---

(26) En este sentido Michel TROPER, por referencia al momento de individualizar uno de los elementos de la trilogía conformadora de su tesis acerca de la interpretación, “Una teoría realista dell’interpretazione”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Vol. XXIX, núm. 2, 1999, p. 475.

auténtico acto de significación, pues como toda actuación atravesada por enunciados, siempre lleva a cabo una significativa cierta expresión —in bestimmter Ausdrücklichkeit—. Este nuevo horizonte de inquietud —Bekummerung— trae consigo el reconocimiento de reciprocidad complementaria entre Norma y realidad, y constituye una perspectiva superadora que se produce a partir del rechazo como venimos diciendo de la identificación de la Norma con el texto de la misma. Asimismo, demostrará Friedrich Müller la imposibilidad de una concepción reductora del método jurídico a meras subsunciones silogísticas si se quiere entender algo incluso del propio texto positivo, en contra de lo defendido por el positivismo de forma unitaria que renuncia con esto a toda posibilidad de comprensión de la problemática de la normatividad. Mas, en todo caso, la estructura articulada de la Norma constitucional, o de cualquier otra Norma, ha de entenderse que viene obligada a realizar un doble movimiento, que es en realidad un movimiento de réplica a realizar tantas veces cuantas sea necesario por medio de la intersección entre el programa normativo y el ámbito normativo conforme a la conceptualidad propuesta; cuya correcta conexión —más que relación dialéctica— constituye en sentido propio a las dos partes de la Norma, y producirá la Norma de decisión del caso individualizado, el objetivo final de la indagación. Esto es, la acción complementaria y recíproca —o si se prefiere relacional y comunicativa— de los dos elementos normativos llevada a cabo por medio de un proceso de trabajo estructurado, produce la Norma jurídica como Norma de decisión, y, a su término, el caso jurídico a decidir, que no olvidemos inicia el proceso concretizador, se evidencia como un caso jurídico decidido. De todos modos, conviene recordar que este informarse de tal modo articulado y recíproco de las dos partes esenciales de la Norma jurídica, incluye también la garantía de un corregirse mutuamente a lo largo de su despliegue —Zeitigungsinn— en la dinámica que imprime el proceso estructurante.

De acuerdo con un concepto formulado con rigor y por primera vez realmente post-positivista de Norma jurídica, de naturaleza comprensiva e implicacionalmente completo, la Norma es responsablemente construida por el intérprete-aplicador en el proceso de concretización del Derecho; e incluso no es mero producto que queda ahí a disposición sino, más aún, una nueva Norma que nace en cada caso en vinculación

al mismo(27), y en el nacimiento acontece siempre creación. En tal sentido, se puede decir que, de acuerdo con en el pensamiento de Friedrich Müller, la Teoría Estructurante del Derecho no es solo una nueva concepción normativa, sino que, más aún, nos presenta una concepción completamente innovadora de la Teoría del Derecho(28). En efecto, si uno admite que la Norma jurídica no se encuentra plena en los enunciados de los textos normativos positivos, los cuales meramente enuncian una expectativa que solo cabe sostener con plausibilidad a la luz de la información pertinente disponible en un contexto práctico —revalorización determinante del contexto y de la misma experiencia— constitutivo del horizonte dentro del cual la Norma es comprendida como un valor que tiene consistencia real propia —Eigenwert—, va ser factible concluir que la Norma únicamente será producida en cada proceso particular de solución jurídica. Esta se da, por así expresarlo, en el complejo contexto de una situación que actúa siempre a modo de causa productora, y como toda causa de esta naturaleza generadora de algo que surge por la acción de alguien, del trabajador del derecho en su comportamiento —Verhalten—, llegando a ser algo: la Norma de decisión. Modo jurídico de trabajar completamente alejado del reconocido tradicional desdén con el que se (des)consideran los hechos insertos en la problematicidad de los casos a resolver por la inmensa mayoría de los tribunales continentales al expresar sus decisiones(29). Así, escribe Friedrich Müller : concretizar no significa a la manera del positivismo antiguo hoy aún muy mayoritariamente vigente, interpretar, subsumir silogísticamente y concluir; y tampoco consiste al modo del positivismo sistematizado de la última fase de Hans Kelsen, individualizar una Norma jurídica genérica codificada —y que ya quedó definitivamente definida—, en atención al más restringido caso individual en el que el juez siempre integra el ordenamiento jurídico y momento a través del cual las leyes cobran verdadera existencia(30); de ahí que en varias

---

(27) En similares términos Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl...*, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

(28) Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik...*, *op. cit.*, p. 102.

(29) Konrad ZWEIGER/Hain KÖTZ, *Introducción al Derecho comparado*, Oxford University Press, México, 2002, p. 279.

(30) Para esta interpretación del pensamiento kelseniano acerca de las denominadas sentencias individuales en el orden jurídico, remitimos a la explicación ofrecida por Carlos COSSIO, *El Derecho en el derecho judicial*, Kraft, Buenos Aires, 1945.

ocasiones haya estimado que dónde el jefe de la Escuela de Viena detiene el quehacer de su tarea es el punto en el que verdaderamente comienza el trabajo de los juristas.

El método normativo-estructurante presupone la existencia de una implicación constitutiva, necesaria pues, entre las dos partes de la Norma: el programa normativo y el ámbito normativo; es decir, establece un nexo entre los preceptos jurídicos positivos y la realidad que ellos mismos intentan regular. La estructura de la Norma jurídica desde la Teoría Estructurante del Derecho, señala de esta suerte la particularidad soldadura del co-estar existencialmente constitutivo entre programa de la norma y ámbito normativo y, por eso, la Norma jurídica solo puede comprenderse como una articulación o compleción de carácter intencional de estas dos “dimensiones” a través del aludido proceso estructurante de comprensión: la Norma está ahí gravada en ese proceso estructurado de interactuación, y como juristas tenemos que procurar y podemos procurar desentrañarla a través de un proceso anasintáctico, esto es, inductivo/deductivo a la vez, que co-actúa y rechaza tanto el subjetivismo como el objetivismo positivista, y en el que está siempre presente el elemento creativo. Tal vez, lo más especial y propio, el punto central, podemos reconocerlo en el hecho de que a lo largo del desarrollo de este proceso estructurante se consideran normativos aquellos elementos formales y materiales que confieren una dirección o rumbo al proceso decisorio y sus esfuerzos desde la libertad de la razón encaminados a encontrar cada vez la mejor solución, esto es, elementos sin los cuales el caso sería decidido de manera diferente. Esos elementos integran el programa de la Norma —datos lingüísticos— y el ámbito de la Norma —datos reales—.

Más explícitamente, el programa normativo exige el análisis estructurado del texto normativo —elemento lingüístico—, y toda vez se trata de una de las partes de la Norma, constituye un resultado intermediario y provisional de la comprensión de todos los datos lingüísticos; esto es, el programa normativo es el resultado de la concretización del texto normativo, o sea, de lo que viene expresado por el tenor literal, bien que con todos los recursos interpretativos auxiliares, y se forma a partir de los datos lingüísticos. De hecho, si lo anterior está convenientemente formulado, en el proceso estructurante adquiere carácter



de direccionalidad, incluso puede decirse, de funcionalidad, en cuanto convertido por la acción del trabajador del Derecho en verdadero acto de significación. Por eso, el ámbito normativo tiene asimismo carácter co-constitutivo de la Norma jurídica y comprende las interferencias provocadas en él por los datos empíricos procedentes de la realidad misma. Pero no es un conglomerado de hechos materiales, sino que resulta circunspectivamente accesible a partir de la conexión de elementos estructurantes extraídos de la realidad social desde la perspectiva selectiva y valorativa del programa normativo, por lo que va a ser de suma importancia la determinación de los aspectos de la realidad social que solo pueden entrar en la dogmática y metódica jurídicas en interés de la normatividad pertinente para el caso y al servicio de la factible racionalidad específicamente jurídica en vinculación a la Norma(31).

## 2. CONCRETIZACIÓN Y PROCESO ESTRUCTURANTE

La separación entre Norma y realidad, dirá la Teoría Estructurante, se corresponde metodológicamente a la identificación entre Norma y texto de Norma. Consiguientemente, para Friedrich Müller, en el momento en que buena parte de los juristas hablan y escriben acerca de la Constitución entienden por tal meramente el texto de la misma; y, de igual modo, cuando hablan de la ley entienden por ella su tenor literal. A contrario sensu, la nueva dirección que ha tomado la hermenéutica jurídica de la facticidad en su especificidad de la Teoría Estructurante, nos lleva forzosamente a destacar la realidad fundamental de la diferencia entre Norma jurídica y texto de Norma y, en tal sentido, el tenor literal de una prescripción de Derecho positivo —que es indudablemente importante y normativa— resulta ser tan solo la punta del témpano(32), porque la Teoría Estructurante del Derecho diferencia claramente como venimos viendo la positividad de la normatividad,

---

(31) Ralph CHRISTENSEN/Andreas FISCHER-LESCANO, *Das Ganze des Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007.

(32) Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik...*, *op. cit.*, p. 75; el autor considera importante desde luego el significado y alcance de los textos de las normas, reflejo de su opción política en favor del poder constituyente del pueblo, entendido como elemento normativo e instancia de legitimación permanente de toda actividad estatal, todo lo cual no obsta para que rechace la sobrevaloración y confusión en la que incurrían los planteamientos que sobrevalorando los textos identifican Norma jurídica y texto de la misma.

al margen de su indudable relación. La positividad, de acuerdo con la construcción del Estado democrático de Derecho, es una característica de los textos vigentes de normas; sin embargo, lo propio de la normatividad constituye un elemento dinámico que deriva de la naturaleza estructurante del texto jurídicamente normativo en su confrontación con la realidad. A los afanes de la metódica estructurante, y ello es significativo, el contenido objetivo —propriadamente habría que decir la situación objetiva (Sachgehalt) a la que es factible llegar— y materialmente determinable de una Norma jurídica a través de la concretización —Normkonkretisierung— se refleja en su capacidad de actuar efectivamente, esto es, cobra sentido en su normatividad(33).

Por concretizar, de acuerdo con este modelo, es necesario entender la producción de la totalidad existencial del todo estructural constitutivo de la Norma de decisión como auténtica Norma jurídica elaborada en el decurso temporal de solución de un caso real —o hipotético—, plenamente atenta, pues, ante las exigencias planteadas por el supuesto que ha dado lugar al conflicto social y exige una solución jurídica en el marco de un sistema democrático con arreglo a los postulados del Estado de derecho(34). Lo previo demuestra cómo el telos de la teoría estriba en la “controlabilidad” de los procesos de decisión que “dentro de los límites de rendimiento efectivo de la lengua natural” únicamente puede ser referida al método de trabajo de los juristas, y no a un resultado o a un significado prefijado(35). En definitiva, la cuestión problemática es ahora cómo podemos enfocar convenientemente la comprensión de la Norma jurídica a partir de haber superado la ficción de una norma general inexistente y su sustitución por un modelo de ordenamiento materialmente determinado y determinante, esto es, un elemento con pretensión normativa que no posee existencia autónoma; por el contrario, notificamos la presencia de una Norma que

---

(33) Que la concretización de la Norma jurídica no significa silogismo, subsunción, aplicación efectiva o individualización concreta del Derecho a partir de la norma general, puede verse en Antonio CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 83.

(34) Friedrich MÜLLER, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlin 1966, p. 90.

(35) Friedrich MÜLLER, *Normstruktur und Normativität ...*, op. cit., p. 104.

únicamente se justifica por estar referida a la realidad de su aplicación y que al mismo tiempo aparece siempre condicionada por esta en tanto parte integrante de la misma. O, dicho sucintamente de otro modo, se acerca la Teoría Estructurante al saber práctico propio del hombre fáctico propuesta por Hans-Georg Gadamer, postura seguida sustancialmente por todos los juristas que arrancan o tienen en cuenta de alguna manera la hermenéutica de la facticidad y la existencia misma como ejecución en su proceso de comprensión e interpretación, a lo largo del cual han de valorar el alcance de la continuidad histórica entre situaciones cronológicamente diversas tendiendo con ello puentes al comprender(36); considerando que, como bien se ha expuesto, que la considerada “capital” de la hermenéutica misma, vale decir la hermenéutica filosófica, ha recibido no obstante la influencia positiva procedente de la denominada “provincia” hermenéutica, la jurídica, de forma que puede afirmarse la existencia de una efectiva reciprocidad productiva de influencia recíproca entre ambas. Lo que desde la Teoría Estructurante del Derecho se entenderá por concretización práctica en el proceso real, progresivo y dinámico, conforme al que se produce la Norma de decisión; por tanto, no se trata de desarrollar una operación de concreción, vale decir, individualización de una Norma jurídica genérica dada en dirección al caso individual más restringido(37).

La Teoría Estructurante del Derecho es de este modo 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 se entiende como una estructura estática

---

(36) La crítica del historicismo en el plano jurídico debido al rechazo de su consideración de fin en sí mismo puede verse en Hermann KANTOROWICZ, y según apunta, esta perspectiva ni siquiera es coincidente con la investigación histórica, incluso más, es contraria a la misma, y cae en la unilateralidad del pensamiento conforme al cual en el objeto de una ciencia tan solo se debe observar una materia que ha de utilizarse desde el punto de vista histórico, “Volksgeist und historische Rechtsschule”, en *Historische Zeitschrift*, núm. 108, 1912, pp. 295 y ss

(37) A diferencia de la pretensión de Hans KELSEN, por ejemplo lo expuesto en “Was ist juristischer Positivismus?”, en *JuristenZeitung*, 1965, pp. 465 y ss. Esto es, concretización normativa supone intervención en la construcción de la Norma, no concreción de la misma, ya que la Norma carece previamente de existencia, y no es aplicada, es producida, véase entre otras obras de Friedrich MÜLLER y en muy diversos momentos, *Strukturierende Rechtslehre*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1994.

dada de significados inmanentes enunciados históricamente por medio de textos lingüísticos a relacionar *ex post facto* con las relaciones de la realidad(38). Se necesita, pues, escoger otro punto de partida, que pasa como se ha dicho por el rechazo de la identidad entre texto normativo y Norma jurídica, además de sostenerse al mismo tiempo cómo el Derecho trasciende con creces el ámbito de los textos de las normas, pues la influencia en los mismos de la realidad resulta evidente: “normatividad determinada por la cosa”; más aún, ellos mismos forman parte de la realidad. Asimismo, expresa esta doctrina, ha de producirse la complementariedad adecuada 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 orden al “conocimiento de conexiones de hecho y de datos de experiencia” concedores de la existencia y actividad humana en su fundamental dinamismo —*Grundbewegtheit*—. Pero ahora reinterpretados, vale decir, concretizados mediante la esperanzadora mimesis de la acción, con motivo de la función mediadora a desarrollar en cada acto concreto de aplicación en el contexto material del asunto correspondiente(39).

La fluidez y la coherente trayectoria del proceso concretizante propuesto, 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, pero no serán relaciones con un valor sino decisiones a favor de un valor —*Wertentscheidungen*— conectado con los hechos a través de la función clave de la experiencia en términos informados de antisubjetivismo. A esto hemos de agregar, o insistir, que se trata sintética y realmente de respaldar “un concretar —referido al caso— de cuantos datos proporcionan el programa de la Norma, el ámbito de la Norma y las particularidades del estado de hechos”. Y ello a través de un trabajo realizado en el transcurso de un proceso de trabajo en cuyo quehacer nada se representa sino que se producen normas vinculadas por el caso y con el texto normativo como límite, de manera que resulten visualizables y controlables los elementos y los principales estadios

---

(38) Con apoyo en Friedrich Müller, véase al efecto Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, “El giro hermenéutico aceptado por la Teoría estructurante del Derecho”, en *op. cit.*, p. 31.

(39) Paul RICOEUR, *Le conflict des interprétations*, Du Seuil, Paris, 1969.

de los subprocesos de concretización normativa —expresión angular apropiada para designar el proceso estructurante en su conjunto— hasta la determinación de la Norma jurídica del caso que no existía, pues, previamente.

El hecho de que la teoría de la Norma jurídica —ámbito fundamental y fundante de la innovadora reflexión desde la práctica propuesta por la Teoría Estructurante del Derecho acerca del hacer del Derecho— y la metodología jurídica se conciban necesariamente vinculadas desde la concepción estructurante, expresa el rechazo de toda “ilusión óptica” proveniente de un concepto estático y previo de Norma al modo como es considerada esta por el positivismo metódico, tal como viene señalándose. En efecto, únicamente para el positivismo resulta posible concebir la Norma “dada” sin referencia a la acción de los juristas encargados de la concretización, esto es, como una especie de derecho objetivo separado de la facticidad, existente en sí y esclarecido de modo exacto mediante una cadena de deducciones de los textos a través del sistema axiomático-deductivo. Es demasiado fácil observar que el “corazón” de las incomprensiones positivistas, observará Friedrich Müller, se encuentra en el intranquilizante presupuesto, de conformidad con el cual, la Norma jurídica se identifica con un texto autónomamente existente cuyo contenido se reejecuta. Por todo cuanto se ha dicho, para el positivismo normativista las dificultades se reducen a la problemática de la ejecución —aplicación— formal y lógica de una instrucción plenamente contenida en tal texto(40), sin percepción alguna de los problemas factuales de las decisiones jurídicas en su evidente condición de decisiones prácticas. Por el contrario, contrapone la Teoría Estructurante del Derecho la perspectiva conforme a la cual el objeto de la teoría normativa es, en sentido propio, el actuar jurídico y no un sistema jurídico pleno de sí mismo en el que todo está con antelación prevenido, explicación que se alcanza desde la sobria consideración de la relación entre “Norma” y “Realidad” como pretendido modo de ser de la estructura fundamental jurídica. En este contexto, se ha de partir de la estimación

---

(40) Entre otros muy diversos momentos de la producción científica de Ernst FORSTHOFF, se defiende con vigor esta perspectiva en su obra *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Kolhammer, Stuttgart, 1961.

indubitada de que también forma parte de la Norma la realidad a través del conjunto genérico de datos reales —Realdaten— a los que se refiere la prescripción jurídica que desde el ámbito material —Schabereich— es preciso reducir por medio de reglas el ámbito del caso —Fallbereich—, esto es, el ámbito material del que el programa extrae el ámbito normativo actuante, colocado de igual modo y en pie de igualdad con el programa normativo como condición respectiva de la normatividad.

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 y racionalismo positivistas, la aludida circularidad implica una insoslayable referencia a tres elementos fuertemente coimplicados de la existencialidad normativa que se van recíprocamente influenciando a lo largo del proceso estructurante —circularidad “virtuosa”—: las “normas”, los “hechos” y el “intérprete”; se comprende adecuadamente desde prejuicios, o precomprensiones(41), a condición de escuchar los interrogantes que nos vienen de lo que comprendemos, pero sin priorizar ni al intérprete ni al interpretandum. En atención a su determinación de incluir la totalidad de momentos estructurales de la producción del Derecho, su modelo de circularidad apunta más allá de la propuesta gadamerina, de naturaleza asimismo productiva, encuadrada en la experiencia de la tradición retrospectiva y prospectiva al mismo tiempo y que subyace a toda pregunta histórica como acontecimiento siempre nuevo. Porque la metódica apuntada desde la Teoría Estructurante del Derecho esquivada asimismo la exclusiva vinculación textual tal como venimos viendo, y atiende en su especificación a las condiciones para el desarrollo de los medios de un trabajo controlable en el sentido más amplio posible

---

(41) Incluso el mismo Karl LARENZ se ve obligado a reconocer la importancia de la precomprensión precisada por el jurista y que “no solo se refiere a la ‘cosa Derecho’, así como al lenguaje, en el que se habla de esta y a la conexión traditiva en que se hallan siempre los textos jurídicos, las resoluciones de los tribunales y los argumentos usuales, sino también a los contextos sociales, a las situaciones de intereses y las estructuras de las relaciones de vida a que se refieren las normas jurídicas”, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 197-198.

de la fundamentación, decisión y representación de las funciones jurídicas. Tengamos presente, sin embargo, que rechaza en su actuar la forma de proceder unilateralmente progresiva, por cuanto defiende de modo determinante la alternativa y recíproca, ya que el programa normativo como concepto e impulso de trabajo —por ello, de carácter activo e interseccionado siempre de “referencias”— opera verdaderamente actuante en todos los supuestos, volviéndose de vez en vez al estado de cosas a la búsqueda irrenunciable de datos objetivos, y estos, a su vez, retornando consecutivamente en su actividad al primero. Téngase también en cuenta que mediante este proceder emerge la normatividad procesual, por conjunción de carácter intencional entre programa y ámbito normativo, hasta configurar reflexivamente la Norma de decisión —*Entscheidungsnorm*— del caso concreto, que se convierte en un modelo de orden objetivamente determinado en el ahora de cada momento.

### 3. EL MODERADO ALCANCE DE LA RACIONALIDAD JURÍDICA A OBTENER

Ateniéndonos en todo momento al carácter fundamental de la teoría ya señalado y fundado en la praxis, en modo alguno tiene como pretensión la misma alcanzar la objetividad plena en la línea de la expresado, y mucho menos la “conciencia absoluta” more kantiano lograda al margen de la “eficacia histórica”, a diferencia de lo soberbiamente preconizado desde las “viejas utopías mentales de la ciencia o de la técnica”, porque el jurista como ser responsable, vale decir, es causa o autor de algo.

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 del entender jurídico como acontecimiento donde cada “obrar” constantemente se actualiza, pero que se ve abocada a renunciar a priori a una total realización; esto es, la normatividad adecuada a la finitud humana que se muestra evidente en la singularidad y contingencia de los sucesos históricos concretos, vale decir, de cada caso. Entiéndase bien, 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 puede ofrecer la certidumbre de una decisión correcta y determinada definitivamente, conforme valora Friedrich Müller.

Según la substancialidad básica de la Teoría Estructurante del Derecho, la rectitud —de la decisión— significa hacer trasparente —durchsichtig— y comprensible la concretización en cada uno de los momentos del proceso estructurante, ofreciendo verosimilitud en el concretizar, desde la atribución de una racionalidad funcional y sustancial hasta los límites a los que se pueda llegar por la senda de la realidad histórico-comunicativa, los cuales serán definitivamente muy modestos, puesto que, como indicara Theodor Viehweg a partir del rechazo de la racionalidad deductivo-sistemática de naturaleza técnico-instrumental, ello siempre ocurre a causa de la permanente vinculación al problema como algo propio e inherente del trabajar jurídico, que es siempre de carácter vital-originario. Esto quiere decir de modo más explícito, que la metodología de las Ciencias sociales no persigue dar satisfacción mediante deslumbrantes certidumbres objetivistas que nunca comparecen en plenitud, algo que con suma frecuencia se ignora(42), y el Derecho, en particular, deberá contentarse con la “justedad” a despecho de lo ardorosamente defendido por los “espíritus que ya aquí en la tierra buscan lo absoluto”(43); si bien, resulta forzoso admitir que tales Ciencias solo pueden alcanzar la objetividad otorgada por nuevas experiencias creadoras, o por medio

---

(42) En sentido más amplio, pone de relieve Jon ELSTER que las emociones como fuente poderosa de motivación de la acción humana interfieren en nuestros procesos de pensamiento haciéndonos aún menos racionales y, por demás, obvio es, participan de todas las normas sociales, *Tuercas y Tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, Gedisa, Barcelona, 1989, p. 31; y en *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Gedisa, Barcelona, 1999, describe la racionalidad imperfecta del hombre y cuestiona el dogma de la infalibilidad y de la perfección de la racionalidad aunque referida al proceso de elaboración constitucional, pues considera que la falta de consciencia acerca de su falibilidad como legislador trae causa de la falacia formalista conforme a la cual se atribuyen al constituyente unas facultades y unas virtudes propias de un ser supremo carente de pasiones o propias de un mecanismo inanimado, que actúa y decide siempre conforme a las mismas reglas y patrones prefijados mediante un procedimiento formal; por ello dirá que en cada ocasión se hace lo que se cree arrojará los mejores resultados.

(43) Gustavo ZAGREBELSKY, *La virtud de la duda...*, op. cit., p. 45.



de la prueba —siempre relativa y provisional— del uso a través de un proceso social-comunicativo.

Toda vez que la Teoría Estructurante del Derecho pretende deponer las falsas certezas del cientificismo mediante el esclarecimiento de ese momento creador-constitutivo 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 va conformando en el trascurso del proceso estructurante progresivo la Norma jurídica como modelo de ordenación vinculado por la materialidad del caso, teniendo en cuenta el sentido —siempre actualizado— de los principios jurídicos fundamentales a modo de horizonte referencial, pero sin renunciar a las exigencias de una constante especulación realista acerca de su significado en cuanto sujetos a su contingencia histórica(44), y midiéndose en los distintos momentos con arreglo al texto así como acreditándose con 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” reconstructivos(45), no existe sino como mera hipótesis un Derecho puro ni tampoco se reconoce la existencia de puros hechos, en modo alguno se detiene únicamente la teoría de la normatividad que venimos considerando en la mera tarea de aplicación del contenido fijado de textos por sus autores, a extraer tanto cuantitativa como cualitativamente mediante cánones interpretativos y exégesis lógico-filosóficas. Y, en última instancia, nos parece que en ese rechazo se manifiesta una “verdad” más profunda, aun cuando el modelo progresivo, participativo y dinámico de concretización postulado desde la Teoría Estructurante del Derecho es evidente que se halla tan lejos como resulte factible de cualquier pretensión de objetivismo al modo de la esgrimida por el normativismo lógico positivista.

---

(44) Por el ello, y porque asimismo escapan a todo criterio objetivo, critica en particular Friedrich MÜLLER el planteamiento fenomenológico-conceptual de Gerhard Leibholz, expuesto entre otros momentos en el clásico trabajo de este último “Zur Begriffsbildung im öffentlichen Recht”, en *Blätter für Deutsche Philosophie*, núm. 5, 1931, pp. 175-189.

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

Sin embargo, en momento alguno se persigue la sustitución del modelo de ordenamiento de la autónoma ley general trasunto de un jalonado e “imaginario” orden completo por una concreción productiva de la Norma jurídica orientada y plenamente vinculada por el caso. En efecto, no es eso, pues la metódica estructurante busca procedimientos “relativamente” estables para el trabajo jurídico, de carácter siempre abierto y creativo. Y tal objetivo 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” en su unidad de significatividad, cuya comprensión se decanta en el continuo proceso de formación de cada proyecto nuevo para la resolución de un caso específico. En otros términos, descartada la posibilidad de obtener certidumbres objetivas deducidas de los textos positivos a través de operaciones intelectuales de carácter lógico-formal, tomando exclusivamente como fundamento nuestras expresiones e ideas, la “concretización” no es “aplicación”, según hemos visto, no consiste en la reconstrucción objetiva de una legalidad inmanente en la norma general como pretenden tanto positivistas como las por demás loables corrientes calificadas o autocalificadas con el epíteto de antipositivistas. Por consiguiente, implica un decisivo enriquecimiento por los hechos y guiado por ciertas expectativas, con la finalidad última de, a partir de la propia persuasión a la que esforzadamente ha llegado el trabajador del Derecho, esforzarse de nuevo por persuadir a su vez a los demás, con la finalidad 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 creativa(46). No es de sorprender que, por ello, su seguimiento nos permita alejarnos de los juicios terminantes extraídos exclusivamente a partir de la reconstrucción del proceso genético de los textos normativos que otorgan a quienes los mantienen la aparente seguridad —en realidad ingenua y superficial— de su materia y de sí mismos cual si de un ego soberano se tratara.

---

(46) 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, The Library of Living Philosophers, Illinois, 1997, p. 328.

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 como teoría de la praxis a fin de englobar a hermenéutica, interpretación, métodos de interpretación y metodología— es de racionalizar la praxis, luego de haberse seguido un proceso estructurante reflexivo y controlado. Expresado de otro modo, exige aceptar la interdependencia intrínseca, o quizá más exactamente una relación de conexión —Zusammenhang—: el ir a las cosas mismas —en el sentido de los casos, claro está— propuesto por Edmund Husserl. En otros términos, se procura el acceso al conocimiento de las causas en la transformación gadameriana y dentro de un ámbito de racionalidad demarcado por la praxis: la cuestión de fondo —die sachliche Sache— en relación con la cual ha de producirse la adaequatio que supone en términos de la phrónesis el correcto movimiento constitutivo del entender. Consolidando claramente de este modo un planteamiento superador y haciendo saltar el maniqueísmo propio de los intentos pseudo-tecnológicos, trasladados cual modos de mediación a nuestra Ciencia social normativa a partir de los inservibles paradigmas naturalistas y luego tecnológicos(47), los cuales, por demás, sin minusvalorar los trascendentales avances logrados, han dado lugar a un mundo hispertecnificado, cierto es, pero de igual modo a una situación verdaderamente caótico-globalizada, aunque evidentemente no sean ellos los causantes principales.

Por lo tanto, una vez descartada la objetividad entendida como inherencia al objeto jurídico, no podemos derivar lógicamente de esta la objetividad, porque observando que una característica no inhiere al objeto, es obligado rechazar luego que debe valer independientemente del sujeto. Parece aquí evidente la resonancia más o menos cercana en semejante planteamiento de la phrónesis aristotélica; si bien, ni la filosofía práctica de origen aristotélico ni mucho menos la Ciencia jurídica estructurante pueden considerarse absorbidas en la phrónesis,

---

(47) Y una tan perspicaz como sólida crítica respecto del carácter instrumental y perverso para las Ciencias sociales propio de las “ensoñaciones del doctrinarismo tecnocrático”, puede seguirse en Pedro DE VEGA GARCÍA, “La democracia como proceso: consideraciones en torno al republicanismo de Maquiavelo”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 120, 2003, especialmente pp. 10 y ss.

porque son ciencias prácticas autónomas y distintas de esta última, sin perjuicio de que mantengan con ella una mayor o menor relación. En virtud de lo dicho, para el autor precitado, cabe asimismo afirmar que cuando comprendemos en cada circunstancia, comprendemos en realidad “de un modo diferente” —temporalidad del comprender—, dada su negativa a admitir la posibilidad de la comprensión de cualquier texto normativo al margen de su fundamento en un acto de aplicación, porque siempre nos veremos obligados a relacionar reflexivamente el texto con la situación del presente; un texto que como venimos diciendo es normativo al estar dotado de la autoridad que le confiere su positividad.

Pero la originariedad de la Teoría Estructurante del Derecho va más allá, pues el texto orienta y constituye tan solo el límite exterior de la decisión, cuyos confines, de ser trasgredidos, imposibilitarán metódicamente la validez de la Norma de decisión, por lo que cumple una función de determinación —Bestimmungsfunktion— del espacio dentro del cual cabe desarrollar una concretización jurídica regular o lícita. Esto significa que por la vía individualizadora seguida, y una vez creada, en realidad construida, como Norma de decisión que va a regir el caso concreto, la Norma jurídica será aprehendida verdaderamente en la estructura toda en sí misma, producida como resultado de la concretización a través del empleo de métodos jurídicos, porque es evidente que en el contexto de la Teoría Estructurante del Derecho la metodología ocupa una posición estratégica, algo obvio para cualquier estudioso que se acerque a la obra de Friedrich Müller. Por lo demás, se trata de un descubrimiento real una vez desarrollado el pertinente trabajo por los juristas en los diversos momentos estructurales desde sus “vivencias”, en atención al poder del que disponen como consecuencia de la distribución constitucional de funciones; o, más bien, la cuestión pregunta y responde acerca de la auténtica génesis normativa producida una vez transido por el trabajador jurídico el camino dirigido a, y a cuyo final espera por así expresarlo la *aletheia*(48), si bien reciba siempre la consideración de

---

(48) Más bien entendida en el sentido de *Verwahrung*, que corrige así el que fuera dado por el Estagirita, en dirección a señalar que la búsqueda de la verdad —entendida en el sentido relativo considerado por nosotros para nuestro ámbito— como tarea o meta a conquistar.

relativa y no exhaustiva, aunque únicamente lo fuera de semejante naturaleza porque cada caso supone una nueva proclamación y un conocimiento adecuado al mismo.

En congruencia con lo expuesto, ya no estamos ante la “determinación”, o frente a la explicación, como operaciones intelectuales soñadamente objetivistas derivadas del “hacer posible” kantiano absolutamente ajeno a la problemática de la cuestionabilidad, ni frente a la temática de la supratemporalidad y demostrabilidad que caracterizan a los modelos jurídicos de raíz neokantiana, captadas a través de la razón instrumental en la propuesta de Max Weber al servicio eficaz de fines preestablecidos(49). A la inversa, 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 vitalmente implicado que de cuenta del estado de cosas y permita con ello el pensamiento y el comprender, alejándose de tal modo del ámbito de ocurrencias arbitrarias, pero superando falsos paradigmas epistemológicos de carácter instrumental anclados en concepciones formal y estérilmente metódicas. Situado en ese campo, a partir del asunto a resolver —de sus asuntos—, de sus cosas, teniendo presente estas, asume el jurista desde el mismo y en pro del mismo, la posibilidad descubierta que está ahí, mediante el empleo reflexivo de los materiales y los medios adecuados. En tal dirección, objetivamente considerada a modo de “teoría de la producción del derecho”, y a fin de no privar a sí misma —a la Ciencia jurídica, que es Ciencia histórica— de su propio objeto específico, desde la Teoría Estructurante se va a sostener que la razón de los significados jurídicos reside en el uso práctico, en el acontecer de la aplicación en el que, dando por completo la vuelta al postulado kantiano de signo contrario, se interpenetran productiva y constantemente las experiencias del presente y del pasado efectual. En consecuencia, el quehacer científico fáctico se desarrolla en los acontecimientos de la práctica jurídica: lo experiencial aprendido con carácter general se aplica a una situación concreta que acontece y adquiere su propia significatividad. Por mor de todo ello, la labor

---

(49) Una certera crítica de esta postura de acusada degradación subjetivista es la de Karl Löwith, “Welt und Menschenwelt”, en *Sämtliche Schriften*, Bd. I, Metzler, Stuttgart, 1981, p. 295.

de práctica social propia los juristas se estipula creativa, y va bastante más allá de la mera reducción de su quehacer a la “determinación” normativa por la vía recursiva a una fantasmagórica subsunción, ya que la historicidad es un modo de existencia humana —el modo— siempre finita, inconclusa y abierta(50).

En sentido propio, está en consonancia con todo lo dicho el inusual abandono entre Norma y aplicación normativa, esto es, desdeña abiertamente la distinción entre “interpretación” y “aplicación” de la Norma, pues esta, en sentido rigurosamente científico, habla en su temporeidad cada vez de modo diverso, pero “como ella misma” en el correspondiente supuesto concreto en el cual se genera con ocasión de la aplicación. He aquí, pues, cómo va a ser decisivamente el caso el encargado de forzar de inmediato al trabajador del Derecho a pensar, no solo a comprender, y también a aprehender a lo largo de un proceso estructurante comprometido con el proyecto del Estado de Derecho y la Democracia; estructura del proceso que libera a la teoría considerada de la crítica por anamnética. En fin, llegados aquí, hemos de decir elementalmente que sin acceder a la plena aceptación de la propuesta formulada por la concepción posmoderna de la hermenéutica, que ve en el lenguaje una “formalización de lo real”, ciertamente, ateniéndonos a las últimas aportaciones del maestro bávaro, se observa una superior aproximación esperanzadora a esa función fundamental que se considera ha de desarrollar el instrumento heurístico de la lingüisticidad respecto del tratamiento de la problemática jurídica(51); aunque, como toda esperanza de futuro, comporta no solo nuevos impulsos sino también sus riesgos acerca de los cuales siempre nos advierte, ya que el discurso no puede pretender agotar nunca la competencia práctica ni siquiera dar cuenta de la misma de modo definitivo, puesto que, como hemos apuntado, el proceso estructurante de construcción de la normatividad del caso no depende solo de las características semánticas del lenguaje.

---

(50) Para la comprensión del Derecho histórico en tales términos, se apoya Friedrich MÜLLER en las consideraciones de Richard Bäumlín, recogidas en la obra del segundo *Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung*, EVZ-Verlag, Zürich, 1961, pp. 24 y ss.

(51) Friedrich MÜLLER, en su pormenorizada obra *Syntagma. Verfasstes Recht, verfasste Gesellschaft, verfasste Sprache im Horizont von Zeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012.

De cualquier modo, interesa destacar que salva en todo momento la responsabilidad de la Ciencia jurídica, procurando para tal finalidad no distender el vínculo entre la cosa y los signos —la referencia estructural al caso—, entre realidad y lenguaje que abandona con ello su relación contingente con el pensar, y mucho menos privilegiando los sistemas, las estructuras y los textos desvinculados del hablante, con la finalidad de preservar la dimensión intersubjetiva y crítica de la lingüisticidad esencial a toda comprensión, aceptando la simultaneidad entre ambos. Lo que supone el realce del lenguaje como médium de mediaciones y validaciones, vale decir de posibilidades y exigencias. Esto significa que en sintonía con su inconfundible función de mediación —concreta— permite el entenderse con el otro en sentido pleno(52), e implica de hecho por su fuerza de conducción e intersección un enfoque crítico-indagativo que conscientemente no admite las tradicionales abstracciones y desecha las terminologías gastadas así como los significados antológicos, de modo que la teoría de la norma no sea separada del mundo del ser, del mundo del Derecho(53). Un mundo, en suma, a cuyo través se reconocen y dominan los conflictos sociales y humanos que mediante su transformación en lenguaje jurídico se tienen que superar o aparece la posibilidad de. Para reconocer y dominar el conflicto contemporáneo se podría decir que la fuerza original del lenguaje se transpone en la tonalidad del Derecho, ante lo que, dicho sintéticamente, queda quebrada la violencia conflictual así como redimensionada a través del lenguaje, respecto del que bien es cierto siempre se ha reconocido por la metódica estructurante su necesaria función mediadora en orden a la operatividad del Derecho como proyecto integrador; esto es, la violencia social se pliega por medio de la capacidad intersubjetiva del lenguaje en poder o violencia verbal(54). A cuyo fin o sentido sirve efectivamente el lenguaje si

---

(52) Con lo cual se abandona la inapropiada perspectiva funcional-instrumental del lenguaje como entendemos es finalmente la de Bernd RÜTHERS, véase *Rechtstheorie, Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, Beck Verlag, München, 2005, pp. 118 y ss.

(53) Desde las investigaciones lingüísticas de Wilhelm von Humboldt se acepta que todo mundo es un producto obra del lenguaje, y por consiguiente cualquier mundo carece de existencia fuera del lenguaje, esto es, por la fuerza de su energía.

(54) Como propugna Friedrich MÜLLER ya en *Recht, Sprache, Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I*, 1ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1975; o de nuevo por ejemplo Friedrich MÜLLER/Ralph CHRISTENSEN/Michael SOKOLOWSKI, *Rechtstext und Textarbeit*, Dunc-

trasciende el carácter de mero presupuesto práctico y tiene en cuenta su propia esencia de recuperación por medio de su interferencia la plenitud del presente, a través de la consideración de la historicidad fruto de la experiencia y la observación responsable por medio de la “forma” de la “palabra de la pregunta” que acepta la incontrovertible limitación de nuestro conocimiento; incluso teniendo en cuenta que el grado de concretizabilidad tiene en nuestro caso una intrínseca relación con la estructura lingüística del texto de derecho positivo particular. Al cual, dado su carácter también de signo, por lo tanto, le es reconocido la ambigüedad e indeterminación frecuente de las palabras, va a resultar imposible encontrar un sentido unívoco de los textos jurídicos, “sin la producción de un proceso de comprensión, donde el sujeto, a partir de una situación hermenéutica, realiza una fusión de horizontes a partir de su historicidad”, pues “no hay interpretación sin relación social”(55), por medio de la cual el lenguaje se direcciona. La norma de decisión válida en el caso particular, puesto que como hemos venido viendo la misma es bastante más que uno entre la serie de textos transmitidos, se construye en un proceso lingüístico libre y complejo en el que se transparentan las convicciones éticas de la comunidad (56) y se concretizan los principios democráticos fundamentales propios del Estado de derecho(57), en cuya concretización puede verse un proceso de acuerdo sociolingüístico(58).

---

ker & Humblot, Berlin, 1997, entre otros momentos y con apoyo en Gilles Deleuze p. 56. Además, se integra el autor como fundador en el denominado “Grupo de Lingüística jurídica de Heidelberg”, que ha desarrollado esfuerzos importante entre los que se puede citar, *Untersuchungen zur Rechtslinguistik, Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*, ed. de Friedrich MÜLLER, Berlin, Duncker & Humblot, 1989; y Friedrich MÜLLER/Rainer WIMMER, *Neue Studien zur Rechtslinguistik*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001. Y de la problemática de la lingüisticidad propia de un Derecho multilingüe como es el Derecho Europeo comunitario, se ha ocupado en Friedrich MÜLLER/Isolde BURR, *Rechtssprache Europas, Reflexion der Praxis von Sprache und Mehrsprachigkeit im supranationalen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004.

(55) Lenio-Luiz STRECK, *Hermenéutica Jurídica ...*, op. cit., p. 17.

(56) Friedrich MÜLLER /Ralph CHRISTENSEN, *Juristische Methodik...*, op. cit., pp. 250 y ss, entre otros momentos.

(57) Friedrich MÜLLER /Ralph CHRISTENSEN, *Juristische Methodik...*, op. cit., p. 255, pp. 524 y ss.

(58) Jürgen HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 tomos, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995.