

TESIS ACERCA DE LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS JURIDICAS (*)

FRIEDRICH MÜLLER

Traducción: LUIS VILLACORTA MANCEBO

I

1. La construcción de las normas jurídicas dentro de las tensas relaciones que guardan entre sí el «Derecho» y la «realidad», en un campo de «reales» y «normativos», ha sido examinada hasta ahora como una cuestión propia de la Filosofía del Derecho, pero no como un problema de la aplicación práctica del Derecho. Sobre las relaciones objetivas existentes entre la Norma Jurídica y la parcela de realidad reglamentada por ella, no reflexionaron ni las tendencias que aún siguen aferrándose a los cánones de la metodología jurídica, según Savigny (1), ni los intentos más recientes encaminados a desarrollar la metodología tradicional de la ciencia jurídica (2). Con el

(*) *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Archivo de Filosofía del Derecho y de la Sociedad), 1970, pp. 493 y ss. Cfr., asimismo, *Juristische Methodik* (Metodología jurídica), 2.ª ed., 1976, véanse pp. 107 y ss., 116 y ss., 125, 180 y ss., 264 y ss. y otras; *Recht-Sprache-Gewalt* (Derecho-Lenguaje-Poder), 1975.

NOTA DEL TRADUCTOR: Friedrich Müller es, en expresión feliz de Dieter Shur, la «conciencia metodológica contemporánea». El presente artículo puede considerarse una expresión abreviada, y en buena manera anticipada, de su cuerpo doctrinal. Por esta razón, no obstante los años transcurridos desde la publicación inicial (1970), parece ahora de interés ofrecer la versión castellana de algunas de las tesis del autor.

(1) Véase, por todos, FORSTHOFF, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, Festschrift für Carl Schmitt* (La transformación de la Ley constitucional. Homenaje a Carl Schmitt), 1959, p. 35; del mismo, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung* (En torno a la problemática de la interpretación constitucional), 1961.

(2) Véanse ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (Principio y norma en la elaboración judicial del Derecho privado), 2.ª ed., 1964; del mismo, «Zur Methodenlehre des Zivilrechts» (En torno a la metodología del Derecho civil), en *Studium Generale*, 1959, p. 97; del mismo, *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil* (Valoración, construcción y argumento en el juicio civil), 1965; LERCHE, «Stil, Methode, Ansicht. Polemische Bemerkungen zur Methodenproblem» (Estilo, método, opinión. Notas polémicas a propósito del problema del método), en *DVBL*, 1961, p. 690; ЕМКЕ, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation» (Principios de interpretación constitucional), en *VVDStRL* 20, 1963, p. 53; VIEHWEG, *Topik und Juris-*

presente estudio se pretende contribuir a tal reflexión. En lugar de plantearse el tema de «norma y hecho», se pregunta por la estructura de la normativa jurídica tal y como se presenta en la aplicación práctica del Derecho.

2. Se ha llegado a estas tesis profundizando en la investigación de la jurisprudencia constitucional. Con especial rigor, el Derecho Constitucional hace tomar conciencia de la cuestión en torno al Derecho normante y a la realidad normada. Una primera ojeada demuestra ya que precisamente en este terreno se ve la jurisprudencia en la necesidad de recurrir a hechos empíricamente demostrables del mundo social, para así apoyar la interpretación de las disposiciones legales o tiene que empezar por definir el contenido de éstas (3). Y no se trata aquí de las peculiaridades efectivas del caso concreto por resolver, sino de los elementos materiales de la propia Norma Jurídica. En todas las disciplinas del Derecho es preciso analizar los detalles del hecho para saber si —en el sentido de la «subsunción»— corresponden a las características típicas del precepto. Los factores de la realidad normada que aquí hay que analizar son distintos, en cambio, en función de su origen, de su determinación material y el grado de su densidad dentro de los diferentes campos jurídicos, y marcan con mayor o menor intensidad el contenido material de las normas legales. Lo que aquí se elabora en relación con el Derecho Constitucional podrá tener su importancia, en tanto que planteamiento, para otros campos jurídicos, pero no debe ser transferido sin más a estos últimos en cuanto atañe a métodos y dogmática.

3. La relación entre realidad y Derecho no puede ser comprendida suficientemente ni en su universalidad jurídico-filosófica, ni basándose exclusivamente en los detalles de la metodología práctica para el tratamiento de cada caso. Antes bien, es preciso unir hermenéuticamente ambos puntos de vista. «Hermenéutica» no se entiende aquí como problemática general de la interpretación, sino como un concepto técnico en el sentido de un examen de las condiciones esenciales bajo las cuales se lleva a cabo la interpretación jurídica; como teoría de los requisitos de la metodología y la dogmática jurídicas, teniendo siempre presente el papel que desempeña la realidad normada en relación con el contenido de validez que hay en la Norma Jurídica. No se trata, por tanto, de presentar una teoría o metodología temáticamente

prudenz (Tópica y jurisprudencia), 3.ª ed., 1965; KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung* (Teoría de la producción del Derecho), 1967.

(3) Véanse las decisiones investigadas por F. MÜLLER, *Normstruktur und Normativität* (Estructura de la norma y normatividad), 1966, pp. 144 y ss; del mismo, *Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* (Ámbitos normativos de los derechos fundamentales singulares en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal), 1968.

exhaustiva de la jurisprudencia, sino de ofrecer un estudio acerca de una de sus situaciones de hecho fundamentales.

4. A la Teoría del Derecho, tradicionalmente entendida como una ciencia filosófica normativa y referida a la realidad (4), se le plantea de una manera muy especial el problema de su objetividad y validez general. De la «objetividad» de las ciencias filosóficas naturales le distingue su material «histórico», de la manera de trabajar de las ciencias del espíritu «comprensivas» o «entendedoras», su vinculación a las normas jurídicas «vigentes». Sin embargo, los criterios tradicionales acerca de una misma oposición entre ciencias naturales y ciencias filosóficas, han resultado ser generalizaciones insostenibles a la vista de las consideraciones de la más reciente teoría de las ciencias (5). Tampoco las ciencias exactas pueden prescindir de supuestos cualitativos. También en ellas depende la elaboración de conceptos del planteamiento del problema y de un anteproyecto sistemático del objeto por investigar. Este no se convierte en «objeto» de las ciencias naturales más que a través de una esquematización conceptual, contribuyendo a su constitución como tal la acción del propio investigador. En lugar de la búsqueda tradicional de criterios absolutos se trata de expresar con mayor precisión las diferencias graduales.

A la ciencia del Derecho se le plantea así la tarea no ya de buscar la delimitación respecto del realismo de las ciencias naturales, sino la de analizar por su cuenta la particularidad de las normas jurídicas y de preguntarse de qué manera actúan los elementos de la realidad social dentro de los distintos pasos de la concreción del Derecho. Entonces ya no se podrá formular el postulado de la objetividad jurídica en el sentido de un concepto ideal «absoluto», pero sí como reivindicación de una racionalidad verificable y discutible en la aplicación del Derecho y la exigencia de que aquélla responda a los hechos en el sentido de que las disposiciones legales lleven el sello de su propia materia.

5. Sería un error pretender generalizar los diversos tipos de ordenamiento jurídico convirtiéndolo en «la» Norma Jurídica por excelencia, para luego sacar conclusiones de la idea abstracta. La normatividad común a to-

(4) Así, en VIEHWEG, «Zur Geisteswissenschaftlichkeit der Rechtsdisziplin» (La disciplina del Derecho como Ciencia del Espíritu), en *Studium Generale*, 1958, pp. 334, 338 y 340; HOLLERBACH, «Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?» (¿Disolución de la Constitución del Estado de Derecho?), en *AöR*, 85, 1960, pp. 241 y espec. 260.

(5) Véanse HEISENBERG, *Wandlungen in den Grundlagen der Naturwissenschaft* (Transformaciones en los fundamentos de la Ciencia Natural), 7.ª ed., 1947; POPPER, *The Logic of Scientific Discovery* (La lógica del descubrimiento científico), 1959, así como *Logik der Forschung*, 1966.

das las disposiciones jurídicas sí constituye, en cambio, una regla aplicable a las distintas tendencias metodológicas. Aquí se pone de manifiesto que el positivismo jurídico, al concebir el Derecho como un sistema sin lagunas, la decisión como una subsunción estrictamente lógica y con la supresión de todos los elementos del ordenamiento social no reflejados en el texto de la norma, se deja llevar por una ficción inaceptable en la práctica. Todavía en la afirmación de Kelsen, según la cual norma y realidad normada coexisten sin guardar ninguna relación entre sí (6), se manifiesta el error de un planteamiento que, sin más, aplica al Derecho un concepto de la ciencia actualmente en desuso incluso en el terreno de las ciencias naturales, en lugar de analizar directamente las características propias de la normatividad jurídica, basándose para ello en la aplicación concreta de las normas jurídicas. Tal análisis demuestra que la Norma Jurídica, en contra de lo que establece el planteamiento positivista, no debe entenderse como una orden abstracta de lo que debe ser, ni como un juicio hipotético o un acto de voluntad carente de todo trasfondo material. El axioma según el cual las decisiones jurídicas pueden ser deducidas en su totalidad del texto de la norma, es decir, de unas estructuras lingüísticas, aplicando la lógica formal, introduce de improviso unos supuestos que, en su carácter de fuentes de error incontrolables, precisamente por no admitidas, ponen en tela de juicio no sólo la anhelada autosuficiencia formalista del ideal positivista de la aplicación jurídica, sino también la racionalidad y claridad metodológica de la ciencia del Derecho. El estudio de la práctica jurídica demuestra que las interpretaciones gramatical y sistemática, por ejemplo, están obligadas a traspasar de distintas maneras los límites del texto normativo y su contexto. Hay que tener en cuenta además que Savigny no desarrolló sus reglas de interpretación pensando en el Derecho Constitucional. La jurisprudencia constitucional demuestra que las normas que ha de concretar no satisfacen a menudo ni remotamente las exigencias que la lógica formal tiene que establecer como premisas mayores para poder trabajar con ellas a través de conclusiones silogísticas. Las normas constitucionales no aparecen en la práctica como juicios hipotéticos lógificados, como órdenes idénticas a su tenor literal, sino como regulaciones que, además de los recursos metodológicos tradicionales, necesitan de numerosos elementos interpretativos procedentes de la realidad social normada, que no pueden extraerse mediante las reglas clásicas de la interpretación ni del precepto y de su génesis, ni del contexto sistemático de su significado.

(6) De, nuevo, recientemente, en «Was ist juristischer Positivismus?» (¿Qué es positivismo jurídico?), en *JZ*, 1965, p. 465; del mismo, «On the Pure Theory of Law» (Teoría pura del Derecho), en *Israel Law Review*, 1966, p. 1.

6. Las tendencias positivistas y neopositivistas de la Teoría del Derecho yerran necesariamente en lo tocante a la dependencia de la práctica jurídica respecto de contenidos materiales normados y, por consiguiente, en cuanto a la necesidad de distinguir dichos contenidos materiales desde puntos de vista normativos. Ni unos ni otros aspectos aparecen allí donde la diferencia entre la justicia material en cuanto al contenido y competencia para la decisión se radicaliza hasta el punto de convertirse en un contraste entre sujeto y contenido de la decisión, donde el acto decisorio desplaza el contenido de la norma y suprime con ello el poder histórico de una voluntad existencial (7) vinculada a la realidad material. Son ignorados también por una tendencia sociologista que niega a los preceptos jurídicos toda independencia normativa en el resultado porque quiere concebir las normas únicamente como expresión de una situación social preestablecida (8). La fuerza normativa del Derecho, sin embargo, es más que mera articulación selectiva y generalizadora de contenidos sociales «vigentes». El problema normativo de la relación existente entre Derecho y realidad sólo puede ser entendido por una teoría de la práctica jurídica (aquí, jurídico-constitucional) que investigue las condiciones esenciales de la realización del Derecho, sin perderse en un análisis limitado exclusivamente a los pormenores de la técnica metodológica.

Y es que un planteamiento general de la Teoría del Derecho dentro de las ciencias del espíritu tampoco puede, por las razones señaladas, comprender suficientemente la relación entre Derecho y realidad, ni siquiera al subrayar una correlación fundamental entre normatividad y facticidad (9). Incluso en tales doctrinas mediadoras, los contenidos sociológicos y teleológicos siguen siendo exclusivamente requisito y objeto de la Norma Jurídica, no se les considera aún como constituyentes de la normatividad. Impónense

(7) Véase CARL SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (Teología política. Cuatro capítulos en torno a la doctrina de la soberanía), 2.ª ed., 1934, p. 42.

(8) Así, en EHRlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (Fundamentación de la sociología jurídica), 1913, reimpr. 1929.

(9) Véanse SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht, Staatsrechtliche Abhandlungen* (Constitución y Derecho Constitucional. Estudios de Derecho del Estado), 2.ª ed., 1968, p. 119; HELLER, *Staatslehre* (Teoría del Estado), 1934; SCHINDLER, *Verfassungsrecht und soziale Struktur* (Derecho Constitucional y estructura social), 3.ª ed., 1950; LEIBHOLZ, *Verfassungsrecht und verfassungswirklichkeit. Strukturprobleme der modernen Demokratie* (Derecho Constitucional y realidad constitucional. Problemas estructurales de la democracia moderna), 1959, p. 277; HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung* (La fuerza normativa de la Constitución), 1959; HOLLERBACH, en *AÖR*, 85, 1960, p. 241.

a tales opiniones posiciones fundamentales propias de las perspectivas extremas —sea del positivismo jurídico, sea del decisionismo, sea del normologismo o del sociologismo—, entre ellas especialmente la de la oposición entre «ser» y «deber», inadecuada para el proceso de la realización práctica del Derecho. Del mismo modo, establecen *a posteriori* unas relaciones «correlativas», «dialécticas» o «polares» entre las abstracciones asumidas en un principio. Lo importante, en cambio, es que no se siga manteniendo una oposición global entre «la» realidad y el Derecho, sino que se distinga en concreto la realidad social, por un lado como ámbito de validez del Derecho sin más y, por el otro, como parcela de la realidad presupuesta, recibida o engendrada por las normas jurídicas singulares. La pregunta por el tema «norma y hecho», hasta ahora formulada generalmente desde un punto de vista jurídico-teórico, cambia sustancialmente cuando se trata de ponderar, dentro del marco de la concreción del Derecho, la proporción en que ambos se mezclan y el valor específico de dichos elementos.

7. La doctrina de la «fuerza normativa de lo fáctico» (10), la propuesta de una combinación de investigaciones hermenéuticamente no integrada entre sociología jurídica y técnica de la decisión jurídica (11), los intentos de la crítica ideológica (12) y de la fenomenología del Derecho (13) tampoco superan, en lo que a la estructura de la aplicación concreta del Derecho se refiere, el dualismo entre ser y deber en su versión neokantiana, aunque el neokantismo, con las categorías de Lask: la interacción de ambas esferas y la vigencia jurídica como 'vigencia hacia' (*Hin-Geltung*), hubiera dado ya un primer paso teórico más allá de la abstracción especulativa (14).

Puesto que en el terreno hermenéutico se trata de no sustancializar la «cosa» para luego ponerla en relación con una «norma» sustancializada o

(10) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre* (Teoría general del Estado), 3.ª ed., 7.ª reimpr., 1960, ante todo, pp. 332 y ss., 337 y ss.

(11) LUHMANN, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie* (Los derechos fundamentales como institución. Una aportación a la Sociología política), 1965, p. 39.

(12) Véase TOPITSCH, «Sachgehalte und Normsetzungen» (Contenidos, objetivos y ordenaciones normativas), en *ARSP*, XLIV, 1958, p. 189.

(13) A este propósito, LEIBHOLZ, *Zur Begriffsbildung im Öffentlichen Recht, Strukturprobleme der modernen Demokratie* (De la formación de conceptos en el Derecho público. Problemas estructurales de la democracia moderna), 1958, p. 262; del mismo, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit* (Derecho constitucional y realidad constitucional), 1958, p. 277.

(14) LASK, «Rechtsphilosophie» (Filosofía del Derecho), en *Gesammelte Schriften* (Obras completas), t. I, 1923, p. 275; del mismo, «Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre» (La lógica de la filosofía y la teoría de las categorías), en *Gesammelte Schriften*, t. II, 1923, p. 1.

lógicamente autónoma, sino de destacarla desde un principio constituyente de la normatividad jurídica, toca también valorar negativamente los intentos emprendidos hasta ahora de aprehender racionalmente la «naturaleza de la cosa» (15). El resultado de esto, según el cual la naturaleza de la cosa, como factor de orden objetivamente comprobable, contribuye de forma determinante a la constitución del Derecho, no indica aún cómo, en virtud de tal apreciación general, ha de cambiar en la práctica la concreción de las prescripciones legales, ni dónde hay que averiguar para una búsqueda de los límites jurídicos de la «cosa». No causa por ello asombro que el Tribunal Constitucional Federal, como puede demostrarse detalladamente a la vista de las sentencias dictadas, utilice la «naturaleza de la cosa» sólo de forma subordinada como recurso para concretar la prohibición de la arbitrariedad o como criterio para juzgar si los ordenamientos legales globales son consecuentes con el sistema (16).

8. Las posibilidades, ya de por sí limitadas, de la lógica formal jurídica se hallan aún más restringidas por la propia naturaleza del Derecho Constitucional. La estructura de la norma y la normatividad se presentan de forma distinta en cada una de las disciplinas jurídicas con sus diferentes tipos de norma. El Derecho Constitucional concierne a la organización de la colectividad estatal en su conjunto. Sus preceptos no se apoyan en normas del Derecho positivo de rango superior. El carácter abierto que ofrecen las estructuras de muchos de sus preceptos corresponde a la amplitud y la dinámica de su ámbito de regulación; la finalidad global constituyente del Derecho Constitucional marca, por ejemplo, las normas relativas a los derechos

(15) Véanse MAIHOFFER, «Die Natur der Sache» (La naturaleza de la cosa), en *ARSP*, XLIV, 1958, p. 145; A. KAUFMANN, *Analogie und «Natur der Sache». Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (Analogía y «naturaleza de la cosa». Simultáneamente una aportación a la teoría del tipo), 1965; STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»* (El problema teórico-jurídico de la «naturaleza de la cosa»), 1957; WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (Derecho natural y justicia material), 4.ª ed., 1962, y RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform. Festschrift für Laun* (La naturaleza de la cosa como forma del pensamiento jurídico. Homenaje a Laun), 1948, p. 157, con notas justificativas. Asimismo, BALLWEG, *Zu einer Lehre von der Natur der Sache* (Para una teoría de la naturaleza de la cosa), 1960, y SCHAMBECK, *Der Begriff der «Natur der Sache». Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung* (El concepto de la naturaleza de la cosa. Una interpretación a la investigación de los fundamentos en Filosofía del Derecho), 1964.

(16) Por ejemplo, en *BVerfGE*, 1, p. 141; 1, pp. 246 y ss.; 6, pp. 77 y 84; 7, p. 153; 9, p. 349; 11, pp. 318 y ss., 324 y ss., 292 y ss. 318 y ss., 362 y ss.; 12, p. 349; 13, p. 331. Además, RINCK, «Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache» (Principio de igualdad, prohibición de la arbitrariedad y naturaleza de la cosa), en *JZ*, 1963, p. 521.

fundamentales que no pueden ser aplicadas como si de leyes técnicas especiales se tratara. Por estas razones tan sólo resulta ya imposible comprender de forma específica la hermenéutica constitucional con los medios de la metodología, muy desarrollada, del Derecho civil y del penal. Después de todo, resulta que las clásicas reglas de interpretación no son métodos de validez universal, sino puntos de vista auxiliares más o menos fecundos, según la naturaleza de los preceptos jurídicos por concretar en cada caso. No son sistematizables en el sentido de la lógica formal y se encuentran en la práctica, a menudo de forma implícita, como conceptos genéricos válidos para aspectos de las más diversas procedencias. Con razón, el propio Savigny no desarrolló los 'cánones' como «formas de interpretación», sino como «elementos» de un proceso homogéneo de interpretación, cuyas relaciones mutuas no pueden determinarse sin tener en cuenta la particularidad material del caso (17).

9. Teorizando los resultados de un análisis de la jurisprudencia se aclara mejor la naturaleza de la normatividad jurídica que aplicando la hermenéutica filosófica a la jurisprudencia, aun cuando aquélla entienda la ciencia del Derecho como ejemplar desde el punto de vista de la «aplicación» y de una «comprensión previa» que incluye al propio intérprete (18). La pregunta acerca de la objetividad específicamente jurídica, sus condiciones y límites, se plantea, por el contrario, como pregunta acerca de la correspondencia práctica entre normatividad y estructura de la norma en la práctica de cada una de las disciplinas que se definen en verdad de forma distinta en función de sus respectivas materias. Lo mismo cabe afirmar de la tópica jurídica, cuyo valor, hasta ahora, ha sido objeto de discusión sobre todo en relación con el Derecho civil, pero que incluso en este terreno sólo puede reivindicar una ejemplaridad limitada (19). Debido a la relación existente

(17) Véase SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts* (Sistema de Derecho romano actual), t. I, 1840, pp. 212, 213, 215 y 320. Que los cánones no pueden desplegarse en el Derecho del Estado se hace manifiesto en *ibidem*, t. I, pp. 2, 23 y 39, así como en SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre* (Metodología jurídica), ed. Wesenberg, 1951, p. 13.

(18) Véase GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (Verdad y método. Principios de una hermenéutica filosófica), 1960, espec. pp. 280, 290 y ss., 307 y ss.; véase asimismo pp. 315 y 323.

(19) Cfr. en general, VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz* (Tópica y jurisprudencia); BÄUMLIN, *Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung* (Estado, Derecho e Historia. Un estudio acerca de la naturaleza del Derecho histórico concebido desde los grandes problemas de la Constitución y de la Administración), 1961, espec. pp. 26 y ss. y 33 y ss.; HENNIS, *Politik und praktische Philosophie. Eine Studie*

entre Teoría del Derecho y práctica de casos, es preciso que se complementen mutuamente el procedimiento problemático y el conceptual-deductivo. Un desarrollo «abierto» de los problemas en el Derecho civil no puede, en aras de la racionalidad y fiabilidad de la dogmática jurídica, renunciar a una conexión sistemática —materialmente limitada en cada caso— entre las deducciones. En el Derecho Constitucional, debido a sus mayores exigencias de obligatoriedad, es aún más necesario atenerse a la primacía de la vinculación a la norma por concretar atendida la peculiaridad del Derecho Constitucional (de este Derecho). Como regulación fundamental, no puede transferirse a él ese planteamiento tópico, que en su pregunta va más allá de la norma y pasa por encima de ella en cuanto parece no ofrecer ya ningún punto de partida para una solución razonable del problema (20). En ello hay que insistir también ante el intento teórico constitucional que pretende, por principio, confiar la normatividad de la Constitución a una dinámica de historicidad fluente (21). El acento ha de estar en la normatividad de la Constitución; es decir, en cuanto al análisis de las relaciones entre Derecho y realidad dentro de la interpretación de la Constitución se refiere, en la pregunta acerca de la estructura y el contenido material de las regulaciones jurídico-constitucionales. Dentro de este marco, las concepciones de la tópica en torno a la relatividad de las conexiones entre deducciones jurídicas siguen siendo, como puntos de vista auxiliares, tan fructíferos como los resultados de la hermenéutica de las Ciencias del Espíritu también para la eficacia de la comprensión previa. Pero los saberes de una hermenéutica filosófica tropiezan con estrechos límites si se intenta aplicarlos a la ciencia del Derecho, por cuanto

zur *Rekonstruktion der politischen Wissenschaft* (Política y filosofía práctica. Estudio de reconstrucción de la ciencia política), 1960, pp. 89 y ss.; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Teoría del método en la ciencia del Derecho), 1960, pp. 133 y ss.; EHMKE, *VVDStRL*, 20 (1963), p. 53, espec. 55 y ss. y 60. De modo restrictivo, en el sentido de una necesidad de complementación en el pensamiento tópico y dogmático-sistemático, ESSER, *Grundsatz und Norm* (Principio y norma), pp. 7, 24, 45 y ss., 85 y nota, 244, 239, 307 y ss.; *ibidem*, pp. 193 y ss.; del mismo, *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil* (Valoración, construcción y argumento en el juicio civil), pp. 21 y ss.; DIEDERICHSEN, «Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz» (Pensamiento tópico y sistemático en la ciencia del Derecho), en *NJW*, 1966, p. 697.

(20) Además, BÄUMLIN, *Staat, Recht und Geschichte*, pp. 26 y ss.; EHMKE, *VVDStRL*, 20 (1963), pp. 54 y ss., 60, 61 y ss. y 99; PESTALOZZA, «Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der BRD» (Notas críticas a los métodos y a los principios de la interpretación de los derechos fundamentales en la R. F. A.), en *Der Staat*, 2 (1963), pp. 425, 429.

(21) Véase BÄUMLIN, *Staat, Recht und Geschichte*, *passim*.

la aplicación del Derecho —gracias, por ejemplo, a las exigencias jurídico-positivas de determinación y de claridad de normas y métodos en el Derecho del Estado— está sometida a requisitos especiales en cuanto a la publicidad de insoslayables decisiones valorativas y estimaciones que, por razones legítimas y jurídicamente autónomas, pueden interrumpir el círculo hermenéutico.

II

1. El planteamiento aquí desarrollado acerca de la relación existente entre realidad y Derecho resulta fructífero para llevar a cabo un amplio análisis de la jurisprudencia (22). Sus resultados se han obtenido en cada caso partiendo del análisis de decisiones concretas; sólo puede aquí reproducirse en forma de un resumen abstracto.

Ni las reglas tradicionales de la interpretación que el Tribunal Constitucional Federal reconoce como suyas en su permanente jurisprudencia, aunque los quebrante prácticamente en una constante jurisprudencia, ni la «naturaleza de la cosa» u otros aspectos de la Teoría del Derecho son suficientes para llevar a cabo un análisis de esta índole. Antes bien, hay que poner de relieve en cada caso el elemento normativo que —discrepando a menudo del tenor literal de los considerandos— decide, en última instancia, sobre el fondo del caso concreto; elemento, por tanto, del que no se puede prescindir sin modificar esencialmente la resolución. Aquí se pone de manifiesto que, encubiertos por la forma verbal de la tradicional metodología jurídica, desempeñan importante papel un buen número de factores normativos adicionales. Una parte considerable de ellos tienen su origen en aquel ámbito que tradicionalmente suele definirse de forma global como «realidad» y contraponerse a la Norma Jurídica, ámbito que en el proceso concreto de la realización del Derecho es tratado, sin embargo, como parte integrante de la norma en la que se basa la resolución. Los elementos considerados normativos de «la» realidad tampoco coinciden, como ya dijimos, con los atributos típicos de los hechos por juzgar; frente a éstos, aquellos elementos se han de hallar más bien a un nivel de generalización superior, que, al tipificar, deja atrás las circunstancias del caso concreto y contribuye a definir el contenido vigente de la Ley Constitucional general. Tales elementos de decisión van desde soslayar en forma motivada el tenor literal del precepto, hasta

(22) Cabe remitirse a los ejemplos que trae F. MÜLLER, *Normstruktur und Normativität*, ante todo en pp. 114 y ss., y del mismo, *Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts*, passim.

introducir directamente el contexto de las deducciones determinantes para el caso de hechos y estructuras politológicas, económico-nacionales, sociológicas, estadísticos y otros, pasando por un retorno a las solas ideas subjetivas del legislador en el ámbito de la metodología tradicional (23). Toda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal dictada hasta hoy en resoluciones de diversa índole, se halla impregnada de tales perspectivas y de otras análogas. Reduciéndonos a unos cuantos epígrafes, señalaremos algunas resoluciones sobre el principio general de igualdad como cláusula general que remite a hechos objetivos; sobre los preceptos de igualdad y las prohibiciones de discriminación contenidos específicamente en la Constitución, tales como los principios de igualdad de voto, igualdad de oportunidades para los partidos, igualdad de derechos, justicia tributaria, etc.; sobre la transformación de las normas y la mutación constitucional a raíz de un cambio en las estructuras del segmento normado de la realidad; sobre la concreción de normas fundamentales, tales como el derecho fundamental de libre desenvolvimiento, entendido como libertad general de obrar sobre la fundamentación dogmática de las garantías de instituciones y de las garantías de institutos o figuras jurídicas; sobre el engranaje de los ordenamientos de Derecho civil y penal con el Derecho constitucional; sobre la proporción que ha de guardarse en la configuración y restricción de los derechos fundamentales por parte del legislador; sobre la estructura de la democracia de partidos; sobre la manera de completar perspectivas axiológicas con carácter de cláusulas generales por medio de resultados empíricos relevantes para el Derecho Constitucional; sobre el alcance y la delimitación mutua de las disposiciones constitucionales sobre competencias; sobre la concreción de los preceptos constitucionales tras el fracaso declarado de las reglas tradicionales de la interpretación; sobre el carácter normativamente determinante o no determinante de las consideraciones de política nacional; sobre la racionalización de la ponderación de los bienes en el Derecho Constitucional; sobre la distinción imparcial de un «orden objetivo de valores» positivizado en cuanto esté a su alcance por la Ley Fundamental, y sobre los requisitos que establece la Teoría de la Constitución para la práctica de la jurisdicción constitucional.

(23) Cfr., por ejemplo, *BVerfGE*, 1, pp. 144, 148 y ss.; 1, pp. 208 y 209; 1, pp. 264 y 275; 1, pp. 351, 366 y ss.; 2, pp. 266 y 276; 2, pp. 347 y 374 y ss.; 3, pp. 58 y 85; 4, pp. 299 y 304 y ss.; 4, pp. 322 y 328 y ss.; 5, pp. 85 y 129 y ss.; 6, p. 132; 6, pp. 309 y 349 y ss.; 7, pp. 377 y 397; 9, pp. 305 y 323 y ss., y en relación con el soslayo del tenor literal de la norma, véase *BVerfGE*, 8, pp. 210 y 221; 9, pp. 89 y 104 y ss.; 13, pp. 261 y 268.

Tras analizar los diferentes casos se llega, en resumen, a las siguientes conclusiones en cuanto a los fundamentos de la hermenéutica jurídico-constitucional se refiere.

2. Visto desde el proceso de la aplicación práctica del Derecho, no existe entre «Derecho» y «realidad» ninguna «relación», expresable con carácter general, de dos entidades independientes entre sí. La disposición y el orden por ellos establecido constituyen más bien momentos activos en la concreción del Derecho, dotados solamente de una independencia relativa. Lo que en el terreno jurídico actúa normativamente, se manifiesta en cada caso particular gracias a la acción combinada de diferentes perspectivas, que en la Teoría del Derecho aparecen como metáforas abstractas, tales como «norma» y «hecho», y como «relación» asimismo abstracta entre aquéllas. Las relaciones de vida que la ley tiene que regular, y que la jurisprudencia convierte una y otra vez en elementos de la interpretación, influyen al mismo tiempo, con los rasgos fundamentales de su estructura material, en el contenido normativo del precepto. En la medida en que forman parte, en este sentido, del «ámbito normativo», constituyen, desde el punto de vista hermenéutico, elementos de la regulación jurídica. Aquélla, en tanto que Norma Jurídica, de carácter general, no es «aplicable» sin más. Como norma de decisión regula el caso concreto de una manera cuya particularidad desenvuelta en cada caso, puede calificarse de «aplicativa». La norma de decisión representa el grado de condensación en el que se encuentra, en cada caso, la Norma Jurídica, pero no es, junto a ésta, otra entidad independiente.

3. Ni para la Norma Jurídica ni para la norma de decisión se presenta el ámbito normativo, en cuanto a su estructura básica se refiere, como suma de meros hechos, sino únicamente desde la perspectiva del planteamiento determinado por la ordenación o prescripción jurídica, por el programa de la norma. Los tribunales que, en la práctica, tratan de normativo al ámbito de la norma, no incurren, por tanto, en una normatividad apócrifa de lo fáctico; de ahí que su procedimiento no tenga nada que ver, según subraya el propio Tribunal Constitucional Federal, con una metodología menos jurídica, ni con el sociologismo.

La objeción de que una parte de dicho planteamiento hermenéutico podría llevarse a cabo recurriendo tan sólo a los métodos tradicionales, pasa por alto el hecho de que, en la práctica jurídica, los cánones tienen que corresponder lingüísticamente, y de continuo, a los elementos materiales del ámbito normativo, que sobrepasan su capacidad metodológica, y que por esta razón la exclusiva observancia de las reglas de Savigny resulta no pocas veces ficticia. El «método teleológico» no figura, por lo demás, entre las reglas elaboradas por Savigny. Pero ese método es precisamente un concepto

genérico que abarca puntos de vista materiales de la más diversa índole y que no se desprenden, precisamente, ni del tenor literal del precepto, ni de sus antecedentes histórico-jurídicos, ni de su génesis o de su posición sistemática. Hace falta aquí una distinción hermenéutica en aras de la claridad metodológica que exige el Estado de Derecho. Toda norma afecta a ciertos hechos del mundo social, los presupone, debe ratificarlos o modificarlos. Del conjunto de hechos afectados por un precepto, de la parcela de realidad que haya de regular, es decir, del «ámbito material», extrae la prescripción legal o «programa normativo», que ha de ser interpretado sobre todo mediante los recursos tradicionales, el ámbito normativo en cuanto parte integrante del precepto. El ámbito normativo no es, por consiguiente, un conglomerado de hechos materiales, sino una conexión, expresada como realmente posible, de elementos estructurales extraídos de la realidad social desde la perspectiva selectiva y valorativa del programa normativo, y que a menudo se hallan preformados jurídicamente. Con la distinción entre ámbito material y ámbito normativo queda descartada la «fuerza normativa de lo fáctico» como usurpación de la eficacia normativa por parte de meros hechos.

4. Los elementos materiales que tienen sus raíces en lo real sólo forman parte del ámbito normativo en la medida en que se pueda demostrar, al concretar la norma para un caso concreto, que se trata de componentes imprescindibles de la normatividad concreta. La Norma Jurídica es entendida, por tanto, como modelo de ordenamiento marcado por su materia, como proyecto vinculante de un ordenamiento parcial dentro de la comunidad jurídica, proyecto que el precepto jurídico refleja más o menos acertadamente a través del lenguaje, donde lo que ordena y lo ordenado se pertenecen mutuamente y se complementan a menudo en la realización práctica del Derecho. En el proceso de la realización del Derecho resulta que la norma es el modelo vinculante de un ordenamiento parcial signado por su materia, pero no por ello absorbido por los hechos materiales. Las distinciones establecidas, por ejemplo, entre ámbito normativo y programa normativo, entre partes del ámbito normativo creadas o no creadas por el Derecho, son reducciones conceptuales para el punto de vista aquí desarrollado.

5. Estos puntos de vista auxiliares que se añaden a los «métodos» tradicionales plantean problemas diferentes según el área jurídica en cuestión. Los datos relativos a la sociología familiar o económica, indagados por vía normativa; la historia del Derecho fundada en la historia social y la sociología, así como el Derecho comparado dentro del marco de la concreción de disposiciones jurídico-civiles, permiten poner los acentos hermenéuticos y metodológicos de manera distinta a lo que ocurre, por ejemplo, en la interpretación de ámbitos normativos jurídico-penales, con la ayuda de la crimi-

nología y el Derecho comparado o en las aportaciones de las ciencias de la administración y de la ciencia política, de la sociología política y la historia de las Constituciones, en el Derecho público, en la Teoría del Estado y en la Teoría constitucional. Las diferencias existentes entre las disciplinas se basan, y no en escasa medida, en la independencia material más o menos intensa de los distintos tipos de ámbitos normativos que predominan en aquellas. En extensos sectores de los ámbitos normativos no aparecen éstos como puntos de vista independientes porque son creaciones del Derecho; esto es lo que ocurre, por ejemplo, con las normas de procedimiento, organización, remisión y competencias, con las definiciones legales y las numerosas normas de un contenido referido exclusivamente a conceptos jurídico-dogmáticos. El ámbito normativo, que, por cierto, también forma parte de la realidad social por ser una creación del Derecho, desaparece aquí en el proceso de la aplicación del Derecho ante la presencia del programa normativo; aquí no supone ninguna ayuda adicional en la práctica. En cambio, cuanto más ligado está el precepto a su materia, tanto más necesitará de las perspectivas de su ámbito normativo. Los ámbitos normativos de los preceptos jurídico-constitucionales resultan ser especialmente fértiles y a menudo decisivos para la concreción. La jurisprudencia constitucional tiene, en este sentido, un valor cognoscitivo ejemplar para los requisitos esenciales de la hermenéutica jurídica, menos pronunciados quizá en otras áreas del Derecho. La jurisprudencia constitucional permite descubrir el valor que los elementos del ámbito normativo pueden adquirir tanto para el conocimiento concreto como para el desarrollo de la dogmática jurídico-constitucional. Basándose en los conceptos estructurales propuestos, permite asimismo examinar con mayor precisión de lo que ha sido posible por ahora, hasta qué punto los tribunales, con su recurso a circunstancias materiales, han traído ante sí a factores del ámbito normativo o quizá sólo a los del ámbito material; esto es: hasta qué punto juzgaron ateniéndose debidamente a las normas o prescindiendo indebidamente de ellas.

6. Debido a la conexión hermenéutica entre programa y ámbito normativos, también prescinde de la norma la jurisprudencia que —quebrantando los resultados obtenidos en la interpretación del programa normativo— pretenda sin más apoyar la decisión en puntos de vista estructurales del ámbito normativo. En el Derecho Constitucional hay que mantener firme, por tanto, el efecto clarificador y estabilizador del tenor literal de la norma como algo imprescindible en el Estado de Derecho, especialmente frente a las pretensiones de la investigación tópica del Derecho, esto es, tratar a la norma con sus límites trazados por el propio texto, como mero punto de partida para la solución de un problema, del cual además se puede hacer caso omiso en

cualquier momento en cuanto parece que deja de responder al contexto del problema. El texto determina los límites extremos de posibles variantes en el significado. Más allá de dichos límites no es lícito que los elementos del ámbito normativo, a menudo sólo insinuados en los preceptos constitucionales mediante palabras clave («Matrimonio y familia», art. 6, apartado 1, de la Ley Fundamental; «Arte y ciencia, investigación y enseñanza», artículo 5, apartado 3, 1.^a frase, de la Ley Fundamental; «Asociaciones y sociedades», artículo 9, apartado 1, de la Ley Fundamental; «Propiedad», «Derecho hereditario», artículo 14, apartado 1, 1.^a frase, de la Ley Fundamental, etc.) se conviertan en el factor decisivo de la aplicación jurídica. Como no podía ser de otro modo, habrá que decir algo distinto en aquellos casos en los que el texto resulte manifiestamente incorrecto, malogrado o equívoco.

7. Las distinciones entre ámbito material, ámbito normativo y programa normativo, sus subdistinciones en cada caso concreto y el trabajo con estos conceptos estructurales no pueden, en suma, ni garantizar sin más que las decisiones sean correctas ni sustituir los «métodos» tradicionales y recientes de la aplicación del Derecho. Sí ofrecen, sin embargo, nuevos puntos de vista auxiliares, elementos adicionales para la racionalización y la fundamentación y exposición, necesarias y minuciosas, que en numerosos momentos del análisis jurisprudencial demuestran su utilidad para el Derecho Constitucional (24); que pueden resultar fecundos para el Derecho administrativo, por ejemplo, en relación con la hipótesis a través de un «cambio normativo» o «cambio material», para conceptos de la jurisprudencia tales como «proporcionalidad» y «uso común» o para la fundamentación objetiva de conceptos discrecionales y «conceptos jurídicos no definidos», y que, en tanto que planteamiento hermenéutico fundamental con conclusiones metodológicas, también exigen en concreto a las otras disciplinas dogmático-sistemáticas, especialmente al Derecho civil y penal, que no se siga considerando a la historia, la sociología, las ciencias económicas y sociales, a la crimino-

(24) Por razones objetivamente esclarecedoras, es en la jurisprudencia relativa a los derechos fundamentales en donde se expresa con especial nitidez las líneas de principio que llevan a tratar también como normativos en el proceso de la concreción del Derecho a datos estructurales escogidos, partiendo del programa de la norma. Cfr., a este propósito, F. MÜLLER, *op. cit.*, nota 22. La vía de una concreción progresiva desde la hermenéutica, pasando por la metodología, hasta la dogmática (de los derechos fundamentales) se recorre en F. MÜLLER, *Die Positivität der Grundrechte* (La positividad de los derechos fundamentales), 1969, y *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik* (Libertad artística como problema de la dogmática de los derechos fundamentales), 1969.

logía y otros campos de investigación comparables como «ciencias auxiliares» que se limitan a aportar el «mero» material, sino que se proceda a transformar los planteamientos y los resultados parciales de aquéllas, enderezándose hacia unas síntesis parciales que deben su punto de referencia normativo, al igual que la legitimación normativa de su existencia, a la perspectiva selectiva del programa normativo como elemento esencial de la interpretación jurídica.