

Ángel L. Sanz Pérez★

**Müller, Friedrich
y Villacorta Mancebo, Luis-Quintín:
*Postpositivismo***

Ed. Tratamiento Gráfico del Documento,
Santander 2009, 224 pp.

Friedrich MÜLLER es un autor reconocido y conocido por cualquiera que se adentre en el mundo del Derecho constitucional y en el de la interpretación jurídica. Muy valiosos, entre su vasta obra, son sus *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional (fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico)*, *Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts*, una de sus pocas obras traducidas al español. *Postpositivismo* es el último libro de MÜLLER que aparece en castellano y lo hace junto con L. VILLACORTA. Desprende un conjunto de muy valiosas enseñanzas para el jurista: porque de la pluma de los autores se exponen las más sólidas ideas del completo pensamiento filosófico y jurídico de MÜLLER y su Escuela. La realidad del postpositivismo y su imposición como método interpretativo lleva a reflexionar al lector, de la mano de los autores, acerca de las evidentes imperfecciones de métodos más tradicionales y aparentemente más simples. Por la versatilidad de su contenido y la riqueza de sus ideas, el destinatario de la lectura puede ser tanto el estudiante, como el jurista algo más experimentado, que encontrarán tanto la descripción concreta del proceso interpretativo, como la insuficiencia de la interpretación tradicional. La personalidad y el significado de MÜLLER trascienden las del jurista tradicional y abarca aspectos multidisciplinarios que tienen un efecto conformador en su teoría. De la relevancia del autor da idea la traducción a más de diez idiomas de parte de su extensa obra, consagrada a la elaboración de la *Teoría estructurante del Derecho como Teoría postpositivista de la metodología jurídica*, que busca una ética que obligue al compromiso con el Estado social y democrático, y que obligue también a encontrar una solución justa cotidiana.

★ Letrado del Parlamento de Cantabria. Profesor Asociado del Derecho Constitucional de la Universidad de Cantabria.

El trabajo de L.VILLACORTA es cuidado y consigue hacernos llegar, para su comprensión y asimilación, la obra, compleja y completa, del autor alemán. Es evidente que, en esta ocasión, la labor del profesor español va mucho más allá de una mera labor de traducción. Es un libro de indudable interés, en el que se describe la labor del operador jurídico, y se teoriza sobre la necesidad de una convicción ética que debe presidir el trabajo jurídico. Para explicar la construcción de F. MÜLLER aparecen de un modo sucesivo los nombres de ADORNO, ESSER, DUBISCHAR o GADAMER. Todo para exponer con claridad las contradicciones del positivismo, y la necesidad de actualizar al máximo la comprensión/interpretación, evitando caer en el formalismo que niega al Derecho el contacto (necesario) con la Realidad.

El libro se divide en cuatro partes, cada una de ellas completada por una nota bibliográfica. Es, además, de una lectura sencilla con una notable maquetación y edición. La Primera parte es obra de L.VILLACORTA MANCEBO quien, de forma preliminar, expone la tesis y los pilares básicos de la *Teoría Estructurante*. La Segunda parte es el trabajo de F. MÜLLER «Tesis acerca de la estructura de la norma jurídica», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1989, pp. 111 y ss, traducida por el propio Profesor VILLACORTA. La Tercera es el trabajo «Positivismus», por F. MÜLLER (Traducción de L.VILLACORTA MANCEBO), «Positivismus», en *Ergänzbares Lexikon des Rechts*, ed. de Norbert Achterberg, Darmstadt, Neuwied, 1986, 2/400. Finalmente, la última parte de la obra es obra de F. MÜLLER «Unidad del ordenamiento jurídico», en: *Ergänzbares Lexikon des Rechts*, ed. de Norbert Achterberg, Darmstadt, Neuwied, 1986, 2/80. La última parte del libro también es traducción del profesor L.VILLACORTA MANCEBO.

I. PRELIMINAR

La primera parte del libro que se recensiona, está desarrollada enteramente por el profesor VILLACORTA, y en esta Preliminar aborda la *Teoría Estructurante del Derecho*, explicada como clara reacción hacia el modelo de interpretación desarrollado a través de los principios del método positivista. Constituye una introducción necesaria para comprender en toda su magnitud la segunda mitad del libro, compuesto por los tres referidos trabajos de MÜLLER. Reflexiona el profesor VILLACORTA acerca de las posibilidades y el alcance real de la *Teoría estructurante*. El propio Friedrich MÜLLER indica que la teoría positivista más tradicional entiende el «Derecho en cuanto poder objetivo y como ser independiente de la realidad, de igual modo que los números, los árboles o las casas». Pero las cosas para el jurista (y esta es la primera enseñanza de los autores) no son tan fáciles (¿o difíciles?). No hay puros hechos, ni normas puras desgajadas o apartadas de la realidad y empecinarse en que existe conducen a una «mala metafísica estrictamente mental», por recordar las palabras de MÜLLER. La *Teoría* de MÜLLER es una clara reacción contra

ese positivismo «rancio» que se considera, a sí mismo, capaz de proporcionar una voluntad jurídica única y limpia, objetiva y calculable.

Sin embargo, la interpretación significa, como se esfuerzan en exponer los autores, un enriquecimiento progresivo determinado por la fuerza de los hechos. Antes del caso que debe resolverse (*ante casum*) no hay norma. Si acaso, aclaran, un juicio previo «hipotético». No obstante, debe huirse, advierte el autor, de las simplificaciones excesivas, porque caben y hay muchas corrientes y múltiples opciones. Pero para la hermeneútica sólo puede comprenderse la Norma mediante la aplicación y su puesta en relación con el caso a resolver. El autor lo explica así: «si se quiere entender qué significa en la actualidad una determinada institución, se debe comprender, desde luego, qué es y ha sido exactamente la misma, o tener al menos una idea de cómo se ha desarrollado, y saber en qué consistió en un momento histórico concreto: una imagen total con un punto de partida de aprehensión global para concluir en un punto de llegada que es también global».

Lo que sucede es que la interpretación no es sólo un medio para lograr la comprensión, sino que se interpreta en la norma. Ello no supone dudar de la función de ordenación que tiene la Norma, «como representación existente de una voluntad normativa estable, independientemente de su aplicación». Por su lado, el error de los métodos interpretativos tradicionales es la aplicación de los conceptos modernos de ciencia y de método, «originariamente surgidos de las pretensiones de las Ciencias naturales, sin tener en cuenta las distintas “finalidades” planteadas en ambos tipos de conocimiento». Y es que estos métodos no son aplicables a las Ciencias sociales sin más. Con aquellos métodos exclusivamente, las denominadas Ciencias del espíritu olvidan (aunque lo necesiten) la vida social y el carácter inacabado de las mismas. Es evidente que la causalidad en la Naturaleza es diferente a la causalidad en la vida social y en las Ciencias del Espíritu. Y éstas se olvidan, a menudo, que una norma está inscrita en unos parámetros de espacio-tiempo que han de presidir las labores del intérprete. Y que la Norma no es ajena a la Realidad. El Derecho sería, así, Cultura y Ciencia del Espíritu. Y, por todo ello, Martín KRIELE se refería (como explica el autor) al método jurídico como «doctrina artística». El Derecho aparece entendido como arte y como creación. Y en definitiva, cada interpretación jurídica remite a un «horizonte de comprensión» que excede claramente la norma escrita. De modo que la labor del juez es labor de reconocimiento del sentido actual de la norma.

En este contexto, se vislumbra una premisa importante: la interpretación jurídica, nadie puede dudarla, se sitúa en un contexto histórico, social y objetivo. Y las soluciones al problema que se le plantea al intérprete «no se pueden extraer de un modo definitivo, y a través de operaciones puramente lógicas, ni de la ley general ni de un canon más o menos abstracto de reglas de interpretación». Por ello la interpretación jurídica se orienta por el resultado, por la experiencia y el intento por llegar a una capacidad de consensuar y averiguar una solución. Así, interpretación, precomprensión (por supuesto, no sólo individual) y solución están unidos, de forma el texto legal que va a

ser interpretado, interesa como «soluciones inteligentes» para resolver el caso. La actividad del intérprete se mueve hacia la elección de un general consenso para obtener una decisión razonable. Lo cierto es que a todos se nos ocurren «precomprensiones» en torno a la labor de interpretación. En torno a ella operan y basculan «infraestructuras» como las denomina el autor, que condicionan la función interpretativa. De este modo, la aplicación/decisión del Derecho se acerca a los casos y a los textos que deben ser interpretados. Con todos estos elementos, la interpretación procede de un modo selectivo, pues se destacan y acentúan la influencia de las ideas finales sobre la resolución. No debe olvidarse el intérprete que «trabaja con un entendimiento previo selectivo, incluso a la hora de analizar el fondo de modelos de regulación y de normativas existentes». Así, el entendimiento previo de Justicia se basa en el lenguaje y se orienta por un objetivo ordenador supraindividual, más allá de lo objetivo y de lo puramente individual. Y es esta precomprensión de Justicia, la principal de las que condicionan la interpretación.

Aunque F. MÜLLER construye su metodología estructurante como método válido para todo el universo jurídico, se desenvuelve de modo especialmente claro en el ámbito del Derecho constitucional. Cualquier operador del Derecho Constitucional sabe que surgen problemas interpretativos diariamente y que no pueden ser resueltos con la metodología positivista clásica de la subsunción. De este modo el Derecho constitucional es particularmente sensible «por cuanto evidencia ser el área jurídica más dependiente de la Realidad». Como el lector se puede imaginar de una forma sencilla, este presupuesto aleja a la *Teoría Estructurante del Derecho* del formalismo kelseniano que hacía de la Constitución pura forma y solo creación jurídica. Así, la nueva *Teoría* propone un «cambio hacia un paradigma sustancial, orientándose ahora al reencuentro de Derecho y Realidad en el Derecho constitucional».

La *Teoría* no importa Métodos interpretativos de otras Ramas del conocimiento. Se reivindica la autonomía de la Ciencia del Derecho como «Ciencia de la Decisión». «De igual forma a la sucedido en Theodor Adorno, el método más que depender del ideal metodológico lo hace de la cosa», puntualiza L. VILLACORTA. Por tanto, el método, está unido al objeto concreto de investigación. Para la *Teoría Estructurante*, la razón de los significados en el Derecho no reside en unas formas objetivas y previas, sino en el «uso práctico» extraído de la realidad, que convierte al trabajo del jurista en una labor creativa y que suprime la diferencia entre Norma y aplicación de la Norma. La *Teoría Estructurante* no crea Derecho, ni aplica Derecho, lo «extrae» mediante la progresiva concreción de la Norma. Para ello, se utilizan los elementos tradicionales (los del artículo 2 de nuestro CC), y de un modo principal los elementos de interpretación de la Constitución, elementos del ámbito de la Norma o, entre otros, «elementos de Política del Derecho y de Política Constitucional». Por tanto, se hace evidente y se reclama la necesidad de una intervención activa del operador.

Y el resultado de la operación interpretativa ha de ser comprensible «en cada uno de los momentos constitutivos de ese proceso», como explica el

autor. Pero el peligro por caer en el relativismo debe evitarse, y por ello F. MÜLLER defiende que el operador debe colocarse en lo que él denomina «la necesidad de una ética científica y práctica a través del combate a favor del Estado social y democrático de Derecho, como obligación impuesta por el Derecho positivo». El criterio último de razonamiento jurídico es ético y no lógico ni formal. Tiene, pues, razón MÜLLER en que esta labor creativa no puede alejar a la Norma de los presupuestos de legitimidad defendidos y asumibles.

En cualquier caso, como aclara el profesor VILLACORTA, la *Teoría Estructurante* busca la estabilidad de los procedimientos de la interpretación jurídica desde «una reflexión de la generación del Derecho en el sentido de un “análisis de la estructura de la Norma Jurídica como Norma de decisión”». La metódica jurídica debe ser fundamentada por medio de una teoría del Derecho: «pero no por una teoría “sobre” el Derecho que es, sino a partir de una teoría “del” Derecho que dice ser, por una teoría de la Norma Jurídica en los términos referidos; circularidad que comporta siempre una referencia o intencionalidad de tres elementos: las “normas”, los “hechos” y el “intérprete”». Se señala aquí una conexión íntima entre el programa y el ámbito de la norma. Por ello se debe concluir con el autor, que «programa y ámbito de la Norma se generan y conjugan envueltos en la mediación del lenguaje, esto es, destaca el papel del lenguaje y los argumentos en el estudio y empleo de los métodos jurídicos de trabajo, como nexo conjuntivo de un enfoque interdisciplinario y cooperativo; ninguno de los dos son, por consiguiente, algo dado “cósicamente”». Para la *Teoría*, el programa de la Norma ha de diferenciarse de su texto. El texto es sólo la «potencialidad» y es promulgado para ser trabajado en el marco del modelo estructurado de concretización. Esto significa que un mismo texto normativo se rescribe cada vez que se interpreta, y el programa normativo es el resultado del proceso de atribución de sentido a un texto. Este texto no vive disperso, no es hueco ni aislado en el mundo, sino que se integra en la realidad social.

Lo que se plantea en el trabajo, seguidamente, es la complejidad del trabajo del intérprete. El intérprete, el trabajador del Derecho debe partir de un estado de hechos existente en la realidad, y actuar conforme a un conjunto de estadios que el autor resume y enumera con rigor. En un primer momento, el operador selecciona las normas que piensa puedan ser aplicables de entre el *corpus* de textos vigentes. Esta primera selección es el límite extremo de la «generación posible del Derecho». En un segundo momento, se fijan las hipótesis que se han fijado como pertinentes para realizar la primera selección. Desde este punto, el «trabajador del Derecho» estrecha los ámbitos materiales del caso y los delimita. Pero la interpretación relevante a efectos de la decisión no se da en el texto legal, pues la solución jurídica tiene su conclusión en los tribunales. Friedrich MÜLLER lo señalaba con claridad: «no es que la norma jurídica provenga del texto de la Norma, sino que aquélla se ha de medir conforme a él». Y ello constituye también una de las claras premisas de la *Teoría*. La responsabilidad de los tribunales se ensancha y se relativiza, a su vez, la autonomía del Juez respecto a la Ley.

Ha de tenerse presente que el texto legal, considerado en su frialdad aislada, no tiene normatividad «pues ésta es justamente dinamismo, proceso y el lenguaje no es normativo por sí mismo sino que se le imprime fuerza normativa por los agentes del lenguaje». La normatividad no es la simple producción y elaboración de textos pues es, como se ha dicho, un proceso; y es un proceso «estructurado» (puntualiza el autor) por la realidad subyacente, que ordena la realidad. El trabajo de lograr lo que se denomina «programa de la Norma» se realiza a través de una labor de interpretación realizada mediante el trabajo con elementos lingüísticos, y mediante la aplicación de todos los medios reconocidos en lo referente a los métodos. En este punto F. MÜLLER (nos explica L. VILLACORTA) recurre al «círculo hermenéutico» que «emplea el lenguaje y la letra como medios». Y es que, como recuerdan los autores, el tenor literal, la letra de la Ley, es un elemento de la interpretación, pero sólo uno. A nadie se le debería escapar el uso habitual, casi ritual de «materiales legales, de manuales didácticos, de comentarios y estudios monográficos, de precedentes y de materiales de Derecho comparado», por recordar alguno de los citados por el autor. «La actividad jurídica es actividad con textos» sentencia MÜLLER. Y eso es una realidad inobjetable. Esta forma de operar funciona (obviamente) de un modo receptivo, pero también (de forma igualmente obvia) es una fórmula productiva de trabajo.

El intérprete, por tanto, se sitúa como parte de una comunidad jurídica propia, en la que priman y coexisten textos y «frases convertidas en objetivas, efectivamente pronunciadas o escritas». Sin duda, el intérprete está integrado en una «comunidad lingüística históricamente evolucionada», de modo que en el lenguaje se puede encontrar la «experiencia de la verdad». Y la precomprensión moldea y condiciona el resultado. Pero MÜLLER enriquece el sentido de la precomprensión, pues, a su juicio, la precomprensión excede de lo jurídico y «se toma también de la propia realidad y, expresado más exactamente, del lenguaje y de los fondos existentes de conocimiento que el lenguaje encierra implícitamente».

Con toda esta amalgama de materias, el ámbito de la norma se va fijando por el «trabajador del Derecho» en el momento en el que el programa de la Norma se fija a la realidad del caso. A lo largo de este proceso se crea la «Norma de decisión». Es decir, el ámbito de la Norma se concreta a partir de una selección «del ámbito material» con ayuda del ámbito normativo. Como recuerda el autor, para definir el trabajo jurídico, es preciso analizar elementos específicos del ámbito de la Norma y, con «ayuda del programa normativo escoger... la masa parcial de los hechos, de realidad social, que tomados en su estructura fundamental sustentan conjuntamente la Norma Jurídica general y la Norma de decisión». Pero los conceptos cambian para la *Teoría estructuralista* y, por ejemplo, por ámbito normativo se entiende una parte integrante de estructura de la Norma Jurídica, y que no está separada de la Norma.

En definitiva, se puede defender que el sistema hermenéutico tendría un doble carácter con este precipitado de material, pues trata de seleccionar la interpretación jurídica para diferenciar hechos jurídicamente relevantes y los

que no lo son. Y además, esta apertura obliga a asumir un cambio social «en el marco de una expectativa de homogeneidad» al deber aplicarse en una Sociedad democrática. En este ámbito, como demuestra el autor, el trabajador del Derecho efectúa una labor claramente constructiva pues construye y elabora la Norma abstracta y general, que «ha de formarse» por la cooperación de «programa» y «ámbito» de la Norma. Por eso la vigencia de la norma «pasa» por los trabajadores del Derecho pues, en cierta forma, la Norma jurídica es formada por el jurista y es una realidad en proceso. La norma no se limita pasivamente a recibir el objeto que debe ser interpretado, sino que «contribuye a crearlo con motivo de cada decisión». La vigencia sólo se produciría si, previamente, se ha incorporado la estructura real de la cosa.

En definitiva, como concluye el Luis VILLACORTA esta parte del libro, la Norma Jurídica es un producto. Como cada supuesto, cada caso necesita una nueva producción, un nuevo proceso, otro trabajo del trabajador del Derecho. La interpretación, por eso, desplaza el sentido de lo normativo. Y por ello la interpretación y la aplicación no se convierten en operaciones autónomas, pues ambas son la misma cosa.

Para finalizar, y como señala el autor de esta parte, encontrar las influencias recibidas por MÜLLER no es fácil: «la principal fuente de inspiración es él mismo, lógicamente». Pero se puede vislumbrar un punto de arranque en varias cuestiones de Ludwig WIGENSTEIN o de Nicolai HARTMAN. Además, siendo GADAMER uno de los iniciadores de la filosofía hermenéutica moderna debe inferirse que hay una conexión entre el propio GADAMER y MÜLLER. Con aquél comparte la revitalización del concepto hegeliano de mediación, o su desconfianza ante la filosofía del sujeto trascendental. A su vez, detrás de GADAMER se puede encontrar a Martín HEIDEGGER (con quien el autor comparte el concepto de entendimiento previo, que enlazaría con la idea de «estar proyectado») y Edmund HUSSERL que representan una ruptura con los planteamientos formalistas neokantianos. Y como puntualiza el autor MÜLLER «en el plano más estrictamente jurídico, por lo referido a su magisterio, a nuestro juicio depende más de Josef ESSER que de Konrad HESSE». Y aunque presente diferencias con todos ellos, no cabe dudar que les une a todos ellos una cierta consideración de la función social de la interpretación jurídica.

II. TESIS ACERCA DE LA ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICA

Escribía L. VILLACORTA MANCEBO en 1989, cuando se publicó por vez primera este estudio en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, que «F. MÜLLER es, en expresión feliz de Dieter SHUR, la conciencia “metodológico 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». Lo mismo se puede suscribir ahora, en 2010, en relación con esta interesante parte de la obra del autor, cuya comprensión se afronta mejor desde el estudio de la primera parte del libro.

Expone el autor que la construcción de las normas jurídicas ha sido examinada desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, pero nunca como un problema de aplicación del Derecho. Como se ha dicho, la Realidad es ignorada en el proceso de elaboración de la norma para la teoría más tradicional, y por ello su aplicación no es parte constitutiva de la ella, pues la Realidad no se integra en la misma. Es en la esfera del Derecho Constitucional en donde se «toma conciencia» de la cuestión en torno al Derecho normante y la realidad normada, aunque sea un dato común con el resto del ordenamiento. Y en este momento aparece la Hermenéutica, entendida como un concepto técnico que realiza el examen «de las condiciones esenciales bajo las cuales se lleva a cabo la interpretación jurídica».

Afirma el autor que la aplicación, en la interpretación jurídica, de los criterios manejados por las Ciencias Naturales produce una «generalización insostenible», pues implica una esquematización excesiva para que el objeto que hay que investigar se convierta en tal. Sin embargo, no se puede ignorar que Derecho y Realidad se compenetran intensamente, y que el objeto de la Ciencia del Derecho debe ser averiguar cómo actúan los elementos de la realidad social en la conformación del Derecho. En esta Ciencia, la objetividad absoluta desaparece, y reaparece una necesidad de racionalidad en la aplicación-creación de la norma. Ello constituye una crítica frontal a la teoría de Hans Kelsen, como ya se analiza en la primera parte del libro. Para Kelsen, Norma y Realidad, como se sabe, coexisten sin relacionarse entre sí, como universos paralelos. Para Müller, la norma no es una abstracción que expresa el deber ser, sino que tiene un trasfondo material evidente. Así, afirma el autor que «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». Es, sobre todo, una superación de la teoría de Savigny, si bien no hay que olvidar que estas reglas de la interpretación no se elaboraron sobre la base del Derecho Constitucional. En este sector del ordenamiento, las normas no son «juicios hipotéticos logificados», pues su interpretación requiere la aplicación de la realidad que es objeto de la misma norma. La relación entre Derecho y Realidad es entendible y asimilable, y sólo puede ser explicada mediante la investigación de las condiciones de la realización del Derecho. Aquí el contenido sociológico es constitutivo de la Realidad y por esa incapacidad de explicar de un modo coherente y completo la función normativa de la Realidad, no merecen una consideración positiva la Sociología jurídica y Técnica de la decisión jurídica, la Crítica ideológica o la Fenomenología del Derecho de Leibholz.

La estructura propia del Derecho constitucional motiva que la lógica jurídico-formal no sea el método más adecuado para interpretar adecuadamente sus normas. Y eso es así porque las normas de Derecho constitucional no se

apoyan en ninguna de rango superior y, además, es el sector del ordenamiento que organiza la sociedad en su conjunto. Esto implica que sus normas sean preceptos abiertos, con una amplitud y dinámica que no existen en otros sectores del ordenamiento jurídico. Y, por ello, las normas constitucionales no pueden ser interpretadas conforme los criterios del «Derecho civil y del penal», o del Derecho administrativo, pues cada sector usa métodos interpretativos propios, sin validez universal. El Derecho constitucional tiene unas evidentes exigencias de obligatoriedad, mayores quizá que en otros sectores del ordenamiento y, por ello, «es aún más necesario atenerse a la primacía de la vinculación a la Norma por concretar». En general, la aplicación de los criterios de la interpretación filosófica al mundo del Derecho tropieza con dificultades insalvables, en donde la interpretación está sometida a unas condiciones de publicidad que son inevitables, y que no se producen en otros ámbitos.

Este planteamiento de relación entre Realidad y Derecho es útil, afirma el autor, para analizar de un modo amplio la jurisprudencia. En la segunda parte de este artículo el autor pone de relieve que, en la numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán tiene una gran importancia un número de «factores normativos adicionales», no expresos en la norma, aunque sean incluidos en decisiones del Tribunal que se revistan de formalidad jurídica. El autor cita varios factores, como «desde soslayar en forma motivada el tenor literal del precepto, hasta introducir directamente el contexto de las deducciones determinantes para el caso de hechos y estructuras politológicas, económico-sociales, sociológicos, estadísticos y otros». Tras el análisis de la cuestión, el autor expone seguidamente las siguientes, que vienen a ser un compendio de su pensamiento:

1. Derecho y Realidad no son entidades independientes entre sí. «Lo que en el terreno jurídico actúa normativamente, se manifiesta en cada caso particular gracias a la acción combinada de diferentes perspectivas». Estos elementos de la Realidad son parte de la Norma en tanto se integran dentro de lo normativo y constituyen parte de la regulación jurídica.
2. Los Tribunales que tratan de normativo al «ámbito de la norma» no realizan un procedimiento de metodología sociológica, ni un método que no sea jurídico. Es más, este planteamiento no podría realizarse por los métodos tradicionales de SAVIGNY quien, además, prescindió del denominado «método sociológico». No se explica bien el conjunto de hechos afectados por la Norma y que vienen a conformar lo que se entiende por programa normativo. Por su lado, la «conexión» de elementos estructurales extraídos de la realidad social expresa un «ámbito normativo».
3. Los elementos materiales sólo se integran en el ámbito normativo cuando concretan la Norma para un caso determinado. La Norma Jurídica es entendida así, «como modelo de ordenamiento marcado por su materia».

4. Estos «puntos de vista auxiliares» se añaden a los métodos tradicionales y plantean problemas diferentes según el área jurídica en el que se planteen. Estas diferencias se basan en la independencia material de los diferentes tipos de ámbitos normativos que predominen. En algunos casos, el «ámbito normativo» desaparece o se atenúa, sobre todo cuando se trata de normas de procedimientos, organización y competencias. Por el contrario, en el marco constitucional el ámbito normativo es mucho más numeroso (y más interesante, cabría añadir), que permite ser descubierto mediante el estudio de la jurisprudencia constitucional.
5. En Derecho constitucional debe mantenerse el efecto «clarificador y estabilizador» del tenor literal de la Norma, aspecto fundamental del Estado de Derecho. El texto fija y marca los límites externos en el significado: más allá de esos límites no debe moverse el trabajo del intérprete.
6. Los conceptos «ámbito material», «ámbito normativo» y «programa normativo» sólo ofrecen nuevos puntos de vista auxiliares utilizados de forma constante por la jurisprudencia constitucional y que pueden resultar de utilidad en otros campos, como el Derecho administrativo.

III. POSITIVISMO

El tercer artículo del libro se centra en el estudio del positivismo y su evolución, desde que el término fuera acuñado por A. COMTE. Como es sabido, el positivismo trata de explicar todo el saber humano mediante una metodología empírica exacta. Analiza el autor seguidamente el origen del positivismo y su aplicación al ámbito del Derecho, que es un punto de vista que el autor denomina «positivismo de la validez del Derecho» y que se impone desde el mediados del siglo XIX.

La cuestión central es en qué ha de consistir la positividad del Derecho y distingue entre un positivismo psicológico, un positivismo sociológico y un positivismo estatista, que sitúa el positivismo del Derecho en lo legislado. Para el positivismo el Derecho es idéntico a las leyes estatales, con lo que (para esta versión del positivismo) el Derecho carece de toda referencia ética. De nuevo aparece la ajustada crítica a Hans KELSEN, quien fue un ejemplo claro de esta visión del Derecho: «cualquier contenido puede ser Derecho», afirmaba. Y es más, esta postura es mayoritaria hoy día.

El positivismo, explica el profesor F. MÜLLER, concibe la codificación como un sistema cerrado «al que se debe proporcionar unidad» exenta de contradicciones. Así, todos los casos jurídicos deben resolverse mediante una subsunción silogística. Los conceptos jurídicos debían proporcionar un «número redondo» de axiomas: las normas existentes se pueden destilar mediante principios y conceptos científicos. Pero, como advierte el autor, este sistema cerrado, axiomático, sólo puede ser manejado de modo formalista

«desatendiendo sus premisas y funciones históricas y políticas». En efecto, la explicación de esta corriente filosófica se sitúa en torno a unos parámetros espacio-temporales, pues se centró en conservar una determinada forma monárquico-conservadora y responde a una forma de entender el Estado.

Para el positivismo, las circunstancias sociales que han contribuido a la construcción de la norma carecen de interés, pues las normas no son realidades sociales. Sin embargo, la duda del profesor MÜLLER es evidente pues «nadie se percataba que con ello sólo se abarcaban textos normativos, únicamente datos lingüísticos, pero no normas». Pero no ha faltado la crítica al positivismo, como la que procedía desde la Jurisprudencia libre y desde la Jurisprudencia de intereses, que es certera pero limitada, al centrarse sólo en los detalles

De un modo más profundo, el autor detalla que pretender sólo encontrar la solución a un problema jurídico mediante la vía de una subsunción de unos hechos bajo una premisa mayor, es producto de considerar y confundir la Norma con su Texto. Concluye, por ello, el autor que la pregunta por la función de la Realidad en el Derecho no se resuelve eliminando la pregunta, pues Norma es una estructura compuesta por el programa normativo (datos lingüísticos) y de la cantidad de datos básicos (ámbito normativo) conformes con el programa normativo. Para finalizar el artículo, el autor apunta la única solución: recuperar todo lo que ha perdido el positivismo, impidiendo que la norma quede reducida a su mero texto, de modo que quede completado por la Realidad.

IV. UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La última de las partes que componen el libro analiza el concepto de unidad del ordenamiento jurídico. Este concepto tiene un significado muy inseguro y poco claro, pues puede ser utilizado como característica del sistema jurídico o como unidad del «conocimiento científico».

De nuevo el punto de partida ha de ser el positivismo y sus insuficiencias. El positivismo procede de un modo axiomático, y pretende construir un sistema riguroso de conocimiento previo, que responde a unos principios y reglas fijas. Todo ha de ser ordenado y anticipado mediante normas. Concluye el autor en esta parte que «la idea de una legislación exhaustiva, el optimismo social de una época de Derecho racional, se basaba ingenuamente tanto en conceptos de coherencia e integridad como en la ausencia de contradicciones internas». Los conceptos jurídicos elaborados por el positivismo se presentan como un *numerus clausus* y se presentan a sí mismos como solucionadores de todos los problemas jurídicos planteables al intérprete: nunca hay contradicciones ni presentan lagunas.

Pero el autor expone que el positivismo se engaña a sí mismo por una ficción de unidad del ordenamiento. Y se engaña porque confunde los conceptos de «integridad», «coherencia», «ausencia de lagunas» y, sobre todo,

«unidad» con la positividad del sistema jurídico. Por ello es preciso la diferenciación ente Norma Jurídica y Texto de la Norma, y eso aclararía la idea de Derecho vigente y supondría el abandono de pretender tratar el ordenamiento como una unidad.

La cuestión del concepto de unidad también se produce en el marco de la Constitución. El origen de la teoría de la unidad de la Constitución se sitúa en la República de Weimar y la dogmática de la época. Recuerda el autor que para SMEND la Constitución atendía a la totalidad del Estado y a todo su proceso de integración. Por su lado, para Hans KELSEN la unidad del Estado sólo puede ser fundamentada desde el punto de vista normativo y se basa en la unidad del ordenamiento compuesto de normas que no se contradigan. Carl SCHMITT, por su parte, señaló la deficiencia del sistema que se limitaba al mandato positivista aislado. Sin embargo, la «voluntad decisionista existente, que no se desea más que a sí misma, atropella cualquier normatividad materialmente vinculada a unos hechos». No obstante, la crítica a este planteamiento es evidente, y ha de hacerse desde la base del Estado Democrático y del Estado de Derecho.

A pesar de ser la tesis seguida por el Tribunal Constitucional Federal, o el Tribunal Federal Supremo el autor defiende una visión crítica de la unidad de la Constitución. Afirma el autor que la Ley Fundamental tiene lagunas y presenta contradicciones, igual que cualquier texto constitucional, podría añadirse: no es una unidad perfecta, ni un sistema. Sin embargo, la Constitución presenta una integridad y rigor en su texto, sin que haya jerarquía alguna entre preceptos constitucionales. La Constitución sí tiene una unidad de «rango jerárquico de las fuentes del Derecho y... unidad de estructura normativa». No obstante, todas estas características se presentan como consecuencia de la naturaleza escrita de la Constitución, y no como algo interno del texto final, ni como una característica del sistema.

Y es que, como concluye el autor, todas las cuestiones sobre la unidad de la Constitución se explican mediante las características que proporcionan su positividad y ello vale para los tipos como los de «unidad documental, unidad del rango jerárquico de las fuentes, así como de la estructura normativa de la Constitución». Por todo ello, la unidad de la Constitución puede ser abandonada tanto como hecho dado o como meta inspiradora de la práctica interpretativa. En definitiva, la unidad de la Constitución no es sino un axioma, desprovisto de valor y realidad jurídica.