

DERECHO

F. Müller/R. Christensen:

Juristische Methodik: Grundlagen; Öffentliches Recht [*Metodología jurídica: Fundamentos; Derecho público*]. Berlín: Duncker & Humblot 2002, 8.^a ed.: vol. I, 546 págs.

Pablo Sánchez-Ostiz

Veinte años después de su primera edición (1971), vuelve ahora Müller a presentar su concepción sobre la metodología jurídica, tema del que se viene ocupando incesantemente. Esta 8.^a edición se divide en dos volúmenes (el segundo anunciado, referido al Derecho de la Unión Europea). A partir de la 7.^a edición, 1997, R. Christensen se ocupa de algunos epígrafes adicionados a los de Müller (*cfr.* mención en el lugar respectivo del índice).* Este volumen se centra en los fundamentos de su concepción y en la metódica propia del Derecho constitucional.

En las obras generales que sobre metodología jurídica se vienen publicando en lengua alemana este trabajo de Müller se ha convertido en cita obligada. Pero su contenido difiere radicalmente de lo que es convencional sobre metodología. Ya desde las páginas iniciales se percibe que aquí se ofrece algo más que una exposición sobre metódica del Derecho. Conforme avanza la lectura, se tiene la impresión de que esta obra es más que un estudio sobre metódica jurídica, y que estamos ante una teoría del Derecho. Y al adentrarse en la parte central (cap. 3), la impresión se confirma: Müller presenta una ambiciosa teoría del Derecho, y del Estado de Derecho. Se trata de una elaborada construcción, fruto de varios años de trabajo en esta materia, para presentar los argumentos, ofrecer abundantes referencias jurisprudenciales y doctrinales en su favor y refutar las posibles críticas.

* Entre los que destaca por su interés, el dedicado a la influencia del Derecho comunitario (epígr. 328). Christensen es coautor de otra obra de gran interés en este contexto, pero en la que no podemos ahora detenernos, por exceder el objeto de esta reseña (R. Christensen/H. Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, Berlín 2001), además de otros trabajos sobre metodología jurídica (*cfr.* relación de bibliografía en Müller, 2002).

I.

La metódica jurídica se entiende, no como lógica formal ni retórica, sino como lógica *material*, esto es, como búsqueda de criterios de corrección y racionalidad en la aplicación del Derecho orientada al texto de la norma (núms. 1-3, 499). Se emplea «metódica jurídica» como supraconcepto para hermenéutica, interpretación, métodos de interpretación y metodología (núm. 7). Y así como «metodología» designa las reglas de interpretación del texto legal, «hermenéutica» se toma aquí como referida a la estructura de la normatividad jurídica y a los presupuestos científicos y de teoría del Derecho que están en la base de la metodología. Desde este presupuesto, aunque el autor defiende una diversidad metódica -puesto que las peculiaridades de los Derechos constitucional, civil y penal, obligan a adaptar el modo de proceder en cada uno-, pueden trazarse algunos mínimos comunes.

Müller pretende describir el modo de proceder de la aplicación del Derecho tal y como se da en la praxis, es decir, con sus problemas y condicionamientos reales, cotidianos. Los factores irracionales que acompañan a toda decisión son inevitables, pero no por eso han de dejar de exteriorizarse. De lo contrario, se estará negando la evidencia de cómo se adoptan las decisiones jurídicas, y perdiendo la oportunidad de ofrecer un control de éstas y así ganar en racionalidad. Se trata en definitiva de racionalizar esa praxis. Con ello queda formulada una de las premisas de su exposición: el Derecho, más que una ciencia del espíritu, es ciencia de (la toma de) decisiones (núms. 192, 270, 568).

Se parte de la base de que la idea liberal originaria del Estado de Derecho formal (entendido como imperio y dominio de la ley), acompañada de una metódica legalista, no es ya hoy sostenible, por constituir una ingenua visión reducida. La realidad social, en la que la actividad estatal, como también las demandas ante los tribunales, crecen sin cesar, ponen de manifiesto que es necesario, si se desea contar con verdaderas garantías en la aplicación del Derecho, reformular la idea de Estado de Derecho. Y Müller, desde la premisa de que «la actividad jurídica es actividad con textos» (núm. 528), se propone llevarlo a cabo a partir de postulados (de la teoría) del lenguaje («sprachreflexiver Begriff des Rechtsstaats»: «la única posibilidad que existe en el Estado de disciplinar, restringir, repartir y cultivar el poder acumulado reside en el lenguaje», núm. 222, -de donde se entiende que es exigencia del Estado democrático la *partici-*

pación en el lenguaje y por ello el control del poder que a través de él se manifiesta). Según su parecer, no hay alternativa: el poder, y el control de ese poder, exigen en la democracia del lenguaje como único medio.

Para exponer cómo opera realmente el Derecho, se comienza por describir el modo de proceder del Tribunal Constitucional alemán, según las reglas tradicionales de interpretación y aplicación del Derecho (epígr. 21). Se muestra entonces cómo en realidad la praxis es menos reglada de lo que se afirma, pues se recurre sin paliativos a argumentos como la realidad social, los derechos fundamentales..., que vienen a auxiliar al Tribunal en su labor de restringir la arbitrariedad de las decisiones. Pero con ello, en realidad, se pone de manifiesto lo ilusorio de entender la aplicación del Derecho como un proceso formal, nítido y lineal; y se confirma que las verdaderas garantías de la idea de Estado de Derecho no se están buscando en una aplicación formal, sino material, de éste. El análisis jurisprudencial se ve confirmado con la opinión general que la doctrina constitucionalista alemana emite sobre el modo de proceder la praxis de aplicación del Derecho (epígr. 22). Se repasa así la tesis de los cánones clásicos de la interpretación desde Savigny; y se llega a la conclusión de que entender el método de aplicación del Derecho (al menos, el constitucional; pero de la exposición se deduce que la afirmación tiene carácter general) como subsunción ya no es sostenible: junto a dichos elementos o cánones han ido entrando en juego en la praxis cotidiana criterios variados (interpretación conforme a la Constitución, integración judicial, «Natur der Sache», recurso a «instituciones», tópica...) que determinan el proceso de concreción de la norma. Dicha praxis pone de relieve que es preciso superar la pretendida separación radical entre ser y deber ser (núm. 131), tarea que ha de afrontarse en cualquier teoría de la norma jurídica que pretenda emprenderse. Y esto es lo que se propone llevar a cabo Müller, tras esta exposición, inductiva y crítica (cap. 2), en la parte más extensa, nuclear y constructiva: presentar un proyecto de metódica jurídica (cap. 3) propio de una «teoría estructurante del Derecho» («Strukturierende Rechtslehre»). El cap. 4 es una breve anotación sobre la resolución de casos; y el 5, un trazado resumido y muy gráfico de las líneas fundamentales de su modelo.

El punto de partida se expresa con claridad: no cualquier prescripción o enunciado jurídico constituye una norma (núms. 153-157). En la aplicación del Derecho se trata más bien de proceder a una *concreción progresiva de la norma* («Normkonkretisierung», epígr. 314.8), que compete de forma desigual a las diversas instancias jurídicas; a la judicial, por supuesto, para la cual la motivación de las decisiones se convierte en imprescindible (núms. 222, 274). A partir de aquí se expone la «teoría

estructurante del Derecho». En la resolución de un caso, más que de *aplicar*, se trata de *construir* una norma. En esta tarea, el valor del texto de la ley es limitado (núm. 193 y *passim*): no constituye todavía sino un enunciado gramatical que adquiere valor normativo en virtud de un proceso de concreción (como afirma Christensen, en núm. 67c, el lenguaje no es normativo, sino que lo son los agentes del lenguaje, que le imprimen fuerza normativa). Por eso, lo que ha de determinarse, no es el texto de la norma, sino la norma misma, una norma de decisión: hay que «extraer» el Derecho (núms. 225-229). «La norma jurídica *no* surge 'del' texto de la norma; *sino que* se mide con arreglo a éste y ha de acreditarse en relación a éste» (núm. 479). Que así la importancia de los cánones clásicos de interpretación se relativiza o devienen en ficticios es fácil de percibir (núm. 239). A pesar de ello, ha de comenzarse por el *texto* de la norma, que «proporciona un marco dentro del cual puede lograrse la determinación de una prescripción jurídica» (núms. 177, 305). En segundo lugar, desde el texto (como «datos lingüísticos» primarios), y el caso (como «datos reales»), se determina el *programa de la norma* (resultado de la interpretación); de éste, referido al caso que se le presenta, se acota, en tercer lugar, el llamado *ámbito de la norma* (conjunto de aquellos datos del caso que habrán de formar parte de la norma). Ambos conducen a la *norma jurídica* entendida, finalmente, como *norma de decisión*, que se plasmaría en la sentencia (núms. 14-16; 230 sigs.). De este modo, se actúa de forma progresiva: a partir del texto, pasando por el programa y ámbito de la norma, se llega a una determinación de la específica consecuencia jurídica a aplicar a un sujeto. Sólo entonces, cuando se logra tal resultado, el enunciado jurídico adquiere «normatividad».

En este planteamiento, la interpretación del texto es un elemento más en el proceso de concreción (núm. 248) y no un *objeto* que los cánones clásicos vendrían a descubrir y describir. Obviamente, ello supone prescindir de la identificación positivista entre validez, significado y legitimación de la norma, para partir, en cambio, de la validez del texto, seguir con su legitimación, y concluir en su significado, como colmación del texto de la norma para el caso concreto (núms. 185, 467). En esta «teoría estructurante del Derecho» no es que las reglas clásicas no jueguen ningún papel, sino que -cada una a su modo y con distinto alcance- se estructuran de forma diversa en el proceso de concreción: son un elemento más (núm. 375), importante sin duda, para dar con el ámbito de la norma y pasar de éste a la norma de decisión. Pero confiar en dichos cánones como instrumentos de precisión, o en el ideal de dar con la voluntad de la ley o del legislador, es ilusorio (núm. 443). Más aún, su modelo de una teoría estructurante del Derecho viene a *demoler* el plantea-

miento al uso que identifica la ley con el Derecho, que parte de la existencia de la *lex ante casum* y de su aplicación silogística (núm. 471). Aquí se halla una de las cualidades de esta obra: en haber desvelado un problema latente en el modo de entender habitualmente la actividad cotidiana de aplicación del Derecho, y por eso, también de la teoría del Derecho. Propósito reiterado del autor es «romper el molde» de la aplicación silogística del Derecho. Si lo ha conseguido, es algo que compete al lector juzgar.

II.

La exposición se centra en ejemplos y disposiciones del Derecho constitucional, que pueden dejar de lado temas específicos de otros sectores. Así, queda la duda del papel que han de desempeñar principios «constitucionales» propios del Derecho penal, como el mandato de determinación, por ejemplo. No se trata, según entiendo, de una mera particularidad propia del ámbito de aplicación del Derecho penal, sino un principio que habría de influir en la formación de la norma (penal) de decisión. Pero no era propósito del autor afrontarlo. Más bien, la pluralidad metodológica que se propone desde el inicio deja el camino preparado para reconstruir la metódica de los Derechos civil y penal en clave «estructurante».

Por otra parte, como el propio autor reconoce, las «leyes» gozarían de validez («Geltung») en cuanto tales, pero no ganarían normatividad hasta su concreción progresiva como norma de decisión (núms. 469, 534). De ser así, surge la inevitable cuestión de la eficacia de las leyes en sus destinatarios. En concreto: si la norma se va construyendo, estructurando, hasta *dar con* una «norma de decisión», entonces ¿cómo y por qué pautas se rigen los destinatarios, los ciudadanos, que van a ver resueltos sus conflictos jurídicos mediante normas de decisión emitidas por una instancia jurídica? La posición positivista criticada no resuelve en absoluto la cuestión de la real (in-)eficacia de las leyes en los destinatarios. Tampoco la exposición de Müller profundiza suficientemente, a mi modo de ver, en ello. Es posible que no sea una cuestión propia de la metódica jurídica, pero sí lo es del Derecho.

Como el autor reconoce (núm. 347), la función del juez es ejercicio efectivo de poder, por lo que adquieren especial sentido todos los criterios de la limitación del poder mediante la argumentación. Y su exposición se centra con detalle en fundamentar la construcción de la norma de decisión. Sin embargo, el gran ausente en esta exposición parece ser la justicia en la toma de decisiones. Al menos, se hace preciso contar con

criterios para discriminar argumentos en la búsqueda de la norma de decisión: dónde hallar los criterios para la evaluación de los argumentos.

Se plantea, más que una mera corrección, la superación radical del dualismo metodológico (ser/deber ser; norma/realidad; norma/caso) que ha dominado durante decenios (núm. 535). Pero cabe preguntarse si, después de la *deconstrucción* llevada a cabo por Müller, ganamos en certeza y seguridad en el proceso de determinación del Derecho que se propone; si se logra una construcción acabada que posibilite la racionalidad de las decisiones. Es decir, se presenta la duda de si, al haber despojado al texto, en cuanto expresión de la norma, de su papel acostumbrado de punto de partida de la interpretación, no habremos perdido seguridad y certeza en la limitación de la arbitrariedad de las decisiones. El propio autor parece adelantarse a estas posibles críticas de pérdida de racionalidad, por lo que no se detiene en presentar esta teoría estructurante, sino además en ofrecer de manera detallada los «elementos de concreción» de la norma (epígr. 32). En relación con lo anterior, si el Derecho se concibe como ciencia de la toma de decisiones, podría tratarse con más detenimiento lo que se refiere al estatuto científico de la dogmática jurídica, tema no olvidado ciertamente (epígr. 324).

La abundante referencia a preceptos y resoluciones del Tribunal Constitucional alemán, que abundan en la parte crítica (cap. 2), puede quizá hacer difícil la lectura si no se conocen éstos. La información que aporta la bibliografía -con una relación general, y otra seleccionada por temas- resulta de gran utilidad. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, muy abundante. El tratamiento de los temas, profundo. Puede discreparse tanto de la concepción general de esta doctrina como de aspectos de detalle, pero a la vista de un trabajo como éste, ha de concluirse que no es posible referirse a cualquier aspecto metodológico o de fundamentación del Derecho sin prestar atención a la obra de F. Müller.