

Capítulo III. El aspecto de un poder estatal limitado o en expansión

- § 33. Los derechos fundamentales: problemas de validez .341
- § 34. Libertad, igualdad, fraternidad347

2. *El Estado industrial de regulación intensiva*

- § 35. La necesidad de regulación y previsión en el Estado moderno358
- § 36. La planeación como instrumento de conformación racional de la sociedad368
- § 37. El papel de la burocracia376

y a informar a las Naciones Unidas sobre el particular. También se prevé la posibilidad de interponer un recurso por violación de los derechos otorgados ante un Comité de Derechos Humanos, integrado por especialistas independientes.

Otra aplicación concreta, ya en funcionamiento, del programa de la ONU, es la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades fundamentales, del 4 de noviembre de 1950, firmada por los Estados integrantes del Consejo de Europa (BGBI. 1952 II, 585; en la versión de 1968, BGBI. 1968 II, 1111, 1120). Fue suscrita "con la intención de tomar los primeros pasos en el camino hacia una garantía colectiva de ciertos derechos dados a conocer en la Declaración Universal (de 1948)", para alcanzar así una unión más estrecha entre los miembros (Preámbulo). Las partes contratantes reconocen a toda persona dentro de su jurisdicción, una serie de derechos y libertades que, a grandes rasgos, corresponden a los derechos humanos clásicos (arts. 1-14). A fin de asegurar el respeto de los compromisos contraídos, se instituyeron una Comisión Europea de los Derechos del Hombre y un Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre (art. 19). Ante la Comisión puede denunciarse la violación de la Convención por cualquier parte contratante ("queja de Estado") y, además, por las personas que se consideren víctimas de la violación de un derecho garantizado ("queja individual"), en el caso que el Estado demandado reconozca este procedimiento (arts. 24 y 25). El Tribunal ejerce la función de una instancia de control supraordinada (arts. 47 s.).

Como complemento de la Convención, los Estados del Consejo de Europa aprobaron la Carta Social Europea, del 18 de octubre de 1961 (BGBI. 1964 II, 1261). Compromete a los Estados signatarios a garantizar determinados "derechos fundamentales sociales", en particular, un derecho al trabajo, a condiciones salubres e higiénicas de trabajo, a una remuneración justa, a la atención médica y la seguridad social. No existe, por razones evidentes, un procedimiento para la aplicación coactiva de estos "derechos" (al respecto, § 34 III).

§ 33. Los derechos fundamentales: problemas de validez

I. La validez "pre-estatal"

H. Planitz, Das Naturrecht und die Menschenrechte, Jurist. Blätter 1948, 111 ss.; Le fondement des droits de l'homme, 1966; *G. Oestreich* (citado en el § 32), 39 ss., 47 ss., 57.

La idea de los derechos "inalienables" del hombre no sometidos al poder de disposición del Estado, nace del mundo concep-

tual de la teoría contractualista (§ 15 II). La teoría de Locke sobre el origen de la sociedad da una formulación clásica a la idea de los derechos innatos e inalienables del hombre.

Locke (*Two Treatises of Government*) partió de la hipótesis de un estado de naturaleza del hombre, estado que es de completa libertad e igualdad (II § 4). La sociedad se funda por la necesidad de preservar la vida, la libertad y la propiedad de los individuos (II § 123). Se origina en una unión voluntaria (II §§ 95, 119). El poder del Estado es la totalidad de las facultades que los individuos transfieren a la comunidad para que ésta los proteja.

Sin embargo, el individuo no puede permitir a la sociedad la disposición sobre bienes de los cuales no puede disponer él mismo. Ya que el poder del Estado no es otra cosa que "el poder conjunto de todos los miembros de la sociedad, traspasado a una persona o asamblea que legisla, no acertará la entidad de este poder a sobrepujar lo que tales personas hubieren tenido en estado de naturaleza antes que en sociedad entraren, y traspasado luego a la comunidad. Porque nadie puede transferir a otro más poder del que encerrare en sí, y nadie sobre sí goza de poder absoluto y arbitrario, ni sobre los demás tampoco, que le permitiese destruir su vida o arrebatarse la vida o propiedad ajena. El hombre... no puede someterse al poder arbitrario de otro; y no teniendo en el estado de naturaleza arbitrario poder sobre la vida, libertad o posesión de los demás, sino sólo el que la ley de naturaleza le diera para la preservación de sí mismo y el resto de los hombres, éste es el único que rinda o pueda rendir a la república, y por ella al poder legislativo; de suerte que éste no lo consigue más que en la medida ya dicha" (II §§ 135, 23).

Por lo demás también en la doctrina del derecho natural se halla la idea de que al hombre le pertenecen derechos innatos que el Estado no puede suprimir por completo. Así por ejemplo, Christian Wolff señala que todos los hombres son, por naturaleza, iguales (*Institutiones juris naturae et gentium*, § 70) y libres (§ 77), y que poseen derechos innatos (§ 74), a saber, los derechos a la igualdad, la libertad, la seguridad y defensa y al castigo de quien los viole (§ 95). El legislador está también sujeto al derecho natural; por tanto, no se debe obediencia a la autoridad cuando esta ordena algo contrario a los derechos naturales (§§ 42, 1079; *Jus naturae*, VIII S 973).

La idea de la inalienabilidad de los derechos innatos del hombre se introdujo en las codificaciones de derechos fundamentales del siglo XVIII. Así, el art. 1 del *Bill of Rights* de Virginia, del 12 de junio de 1776, dispone: "Que todos los hombres son por naturaleza libres e independientes y tienen ciertos de-

rechos innatos, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto..." Una fórmula similar contiene el art. 2 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789. La Ley Fundamental de Bonn (art. 1, inciso 2) se sustenta claramente en la concepción de que existen "derechos humanos inviolables e inalienables", anteriores al Estado, que no son creados por el poder estatal sino que éste simplemente los "reconoce".

Pero la tesis de la validez pre-estatal de los derechos tiene su raíz en los múltiples significados del concepto de validez (Zippelius RPh, §§ 6, 7 V): pueden ser "pre-estatales" la obligatoriedad moral y la validez ético-social de una norma, no así su validez (eficacia) como derecho garantizado. Esta clase de validez depende del funcionamiento de una organización de tutela jurídica que garantice la aplicación coactiva de la norma en cuestión. La validez jurídica en este sentido se halla condicionada por el Estado y, por ello, no es pre-estatal.

II. El efecto triple de los derechos fundamentales

Maunz-Zippelius, § 18 II (bibl.); *H. Huber*, Aufs, 139 ss.; *W. Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960; *H.C. Nipperdey*, en: K.A. Bettermann et al. (ed.), Die Grundrechte, II, 1954; *id.*, Grundrechte und Privatrecht, 1961; *B. Moser*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und das bürgerliche Recht, 1972.

Un difundido concepto de los derechos fundamentales ha sido el de "un *status negativus* o *libertatis* del individuo... que se dirige contra el poder público, que estatuye un derecho a una esfera independiente del Estado o que confine los medios de intervención del Estado dentro de límites plenamente determinados" (Nipperdey 1954, 19). Este concepto se halla en consonancia con la teoría de que los derechos fundamentales son derechos de libertad oponibles únicamente al poder estatal. No serían, en cambio, garantías de libertad absolutas que también obligaran a los ciudadanos en la conformación de sus relaciones jurídicas privadas.

Sin embargo, ya desde una perspectiva histórica, parece cuestionable aplicar al contenido completamente diferenciado de las garantías jurídicas fundamentales, la sencilla fórmula de que tales derechos no son sino facultades de defensa contra las amenazas a la libertad por parte del Estado. En concepción de los derechos fundamentales se contiene más bien la idea de que existen situaciones jurídicas elementales del individuo sobre las que nadie puede disponer (J. Locke, *Two Treatises of Government*, II §§ 23, 135).

Y en la realidad, la libertad de uno siempre va en detrimento de la libertad de otros miembros de la comunidad. Se atribuye a Abraham Lincoln haber dicho que la servidumbre de los esclavos era correlativa a las libertades de los esclavistas. Kant consideraba como función general del Derecho el establecimiento de reglas según las cuales el uso de la libertad por un hombre "puede subsistir con la libertad de los demás, según una ley general" (cfr. § 34 I 2). Los límites de las libertades fundamentales del individuo deben determinarse incluso en interés de sus conciudadanos. Por ejemplo, a la libertad de prensa debe corresponder la garantía del honor y de la esfera privada e íntima de los demás. La garantía de la propiedad debe estar limitada por la sujeción social de ésta, que proteja los intereses de los demás. De este modo hay que delimitar los ámbitos de libertad en función incluso de los intereses recíprocos de los ciudadanos. Tal tarea recae sobre el Estado.

Considerado simplistamente como el único opresor de la libertad individual, el Estado se presenta, así visto, también como regulador de la libertad ciudadana y sus competencias tienen su límite extremo en los ámbitos de libertad garantizados por los derechos fundamentales.

La autorregulación privada de los derechos y deberes personales aparece como contraparte de la regulación estatal. Es evidente que estas regulaciones "autónomas" no pueden estar sujetas a los derechos fundamentales con igual rigor que si se tratara de actos estatales. Cuando el individuo participa libremente en la conformación de sus propias relaciones de derecho, el respeto por su autonomía privada y su dignidad induce precisamente a sujetarlo, en lo fundamental, a las obligaciones que ha contraído voluntariamente, incluso a aquellas que el poder público no puede imponer unilateralmente a los ciudadanos. Sólo un Estado paternalista se permite proteger de sí mismos a los ciudadanos. Así, por ejemplo, a pesar del derecho fundamental a la libertad de opinión, al ingresar en una empresa periodística ideológicamente comprometida, alguien debe poder obligarse a defender en sus artículos una determinada ideología. Además, en tanto la propiedad siga concibiéndose como un derecho de libre disposición, un particular debe tener la facultad de poder limitar sus obsequios y donaciones de última voluntad a los miembros de una determinada confesión, no obstante la prohibición de la discriminación religiosa contenida en el principio de igualdad. El donante no interviene, regulándolos, los derechos y libertades garantizadas de terceros.

Entre los ámbitos de regulación estatal y la autonomía privada "clásica" se sitúan casos en que los individuos están sujetos a

un poder superior de regulación y disposición que adopta formas de derecho privado. Si los derechos fundamentales han de desempeñar la función de protección a las libertades básicas, deben, entonces, restringir a un poder superior de regulación y disposición cuando éste proviene de los poderes sociales, no estatales. En la sociedad pluralista, el individuo debe ser protegido a través de los derechos fundamentales, particularmente frente a aquellas organizaciones y demás poderes sociales que amenacen sus libertades en virtud de una posición de poder superior. Los derechos fundamentales impiden, por ejemplo, que asociaciones dominantes en el mercado de trabajo establezcan condiciones de contratación que priven a los individuos de su libertad de coalición; o bien, que una parte contratante muy poderosa, restrinja el derecho de su contraparte a contraer matrimonio, mediante una cláusula de celibato, o que bloquee el acceso de los miembros de ciertas confesiones religiosas a determinadas ramas ocupacionales (cfr. § 27 II 1).

Toda vez que en el ámbito privado alguien se halle sometido al poder superior de regulación de otro, puede surgir la necesidad de protección a través de un derecho fundamental; así, por ejemplo, el derecho fundamental del niño a la libertad religiosa a partir de una cierta edad (la capacidad religiosa) podría exigir prioridad sobre el derecho de educación de los padres.

Los derechos fundamentales no sólo brindan protección contra las intervenciones reguladoras del Estado, sino también contra las de carácter fáctico. Esta protección debe ser igualmente aplicable, en forma escalonada y según el caso, a las intromisiones de los poderes sociales y aun de los ciudadanos comunes. Así, por ejemplo, todo mundo debe ser capaz de exigir el respeto por la dignidad humana, pretensión que, de conformidad con el orden jurídico de la República Federal de Alemania, se concreta en un derecho general de la personalidad, susceptible de reclamación ante los tribunales.

Desde el punto de vista técnico-jurídico, la protección de las esferas de libertad puede llevarse a cabo de distintos modos. Se pueden hacer justiciables los derechos fundamentales, como en el caso del derecho general de la personalidad. Se les puede conferir validez directa en el tráfico jurídico al declarar nulos los negocios jurídicos contrarios a ellos (art. 9, inciso 3 LF). También se puede lograr ampliamente la protección deseada de estas libertades si las concepciones valorativas proclamadas en el catálogo de derechos fundamentales se aplican como pauta para la interpretación de las demás normas, como en general respecto de las decisiones de valor que dejan abiertas las normas jurídicas (el así llamado "efecto indirecto de los de-

rechos fundamentales"). De este modo, los conceptos jurídicos que precisan un contenido valorativo (como el de las "buenas costumbres") se convierten en "puertas abiertas" a través de las cuales las concepciones valorativas contenidas en los derechos fundamentales logran acceso al derecho privado (cfr. BVerfGE 7, 205).

III. Sujeción del Estado a los derechos fundamentales tratándose de actos de derecho privado

Wolff-Bachof, S 23 II; *G. Dürig*, en: Maunz-Dürig et al., Grundgesetz, Art. I, Rdn. 134 ss.; *K. Zeidler*, Schranken (citado en el § 30 III); *E. Forsthoff*, Der Staat als Auftraggeber, 1963, 10 ss.; *H.H. Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968, 165 ss.; *G. Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 1969, 141 ss.; *V. Emmerich*, Die Fiskalgeltung der Grundrechte, JuS 1970, 332 ss.

Si se orienta uno por los requerimientos reales de la protección de la libertad, se plantea entonces la cuestión de hasta qué punto se halla el Estado sujeto a los derechos fundamentales cuando participa en el tráfico jurídico bajo formas de derecho privado.

Los cierto es que esta sujeción resulta necesaria respecto de algunas actividades de derecho privado. Cuando el Estado y los titulares de la administración paraestatal desempeñan tareas públicas, no es admisible que, a través de una "evasión hacia el derecho privado" (F. Fleiner), se desvinculen de los derechos fundamentales que según la Constitución vigente, son aplicables al cumplimiento de funciones públicas. Así, por ejemplo, si el Estado o los municipios desempeñan las tareas públicas de dirección de la economía, o de la procura existencial, con medios de derecho privado, es preciso que se subordinen estrictamente, digamos, al principio de igualdad de trato. Si el Estado controla una demanda vital, debe estar sujeto al derecho público, ya que los individuos dependen y se hallan a merced de la comunidad en lo referente a las necesidades elementales (§ 30 III).

La exigencia de su sujeción a los derechos fundamentales se plantea siempre que el Estado actúa desde una posición de monopolio o de poder, aun cuando ésta no se presente como supraordinación jurídica, sino como simple superioridad fáctica. Las obligaciones que se exigen de algún "poder social", resultan imprescindibles en toda situación comparable de fiscalización. Es suficiente como superioridad de hecho una posición dominante en la competencia económica, que resulte perjudicial en alto grado, no solamente para la libertad de otra parte

contratante, sino para la de los propios competidores. Es obvio que en tales casos, la cuestión de la vigencia de los derechos fundamentales permanecerá latente, por la razón misma de que las libertades y posiciones de igualdad que éstos garantizan, se hallan ya suficientemente protegidas por otras normas jurídicas (por ejemplo, a través de una posibilidad de liquidación general de las empresas monopólicas).

Por otro lado, sería una simplificación inadecuada aplicar esquemáticamente esta sujeción a los derechos fundamentales a toda relación de derecho privado. Así, por ejemplo, serán ampliamente respetadas las obligaciones voluntariamente contraídas frente al Estado, ámbito en el que se impone igualmente el respeto de la autonomía privada. Este sería el caso de un vocero de prensa empleado en una dependencia oficial quien, por haber contraído libremente esta relación de empleo, puede obligarse a ejercer solamente en forma leal a su patrono su derecho fundamental a la libre expresión.

El atenuar la sujeción de la mano pública a los derechos fundamentales respecto de sus relaciones de derecho privado, no sólo depende de cuál sea la otra parte contratante, sino simplemente del hecho de que en algunos casos el Estado participa en el tráfico jurídico como cualquier otra persona privada, de manera que no existe una necesidad especial de obligación específica para proteger la libertad. Una cervecería del Estado que interviene en el tráfico jurídico bajo las formas de derecho privado y que realiza operaciones bajo las mismas condiciones de competencia que sus contrapartes privadas, debe tener cierta libertad para escoger a sus socios. Rebasaría la finalidad propia de los derechos fundamentales si, en el ejemplo dado, se admitiera a cualquier mesonero el exigir un suministro por parte de esta cervecería, de acuerdo con el derecho fundamental a un trato igual.

§ 34. Libertad, igualdad, fraternidad

§§ 29 II; 30 III; 35 III; *H. Schambeck*, Grundrechte und Sozialordnung, 1969; *H. F. Zacher*, Freiheitliche Demokratie, 1969, 95 ss., 110 ss., 200 ss.; *Herzog*, 372 ss.; *H. H. Klein*, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1972, ²1974.

Las grandes consignas de la Revolución Francesa, "*liberté, égalité, fraternité*", permanecen como conceptos centrales en la comprensión de los derechos fundamentales. Todavía hoy se clasifica a los derechos fundamentales en "derechos de libertad" y "derechos de igualdad". Es apenas en nuestros días que la "*fraternité*" ha alcanzado su pleno desarrollo bajo el nombre de "Estado social" o de "solidaridad".

Por su parte, ésta ha ejercido influencia sobre la concepción de la "libertad" y la "igualdad", ya que cada vez se toma mayor conciencia de que la "libertad" no debe considerarse únicamente en sentido formal, sino que también hay que garantizar las condiciones materiales de su desenvolvimiento, particularmente las que son de tipo económico. También se ha entendido que la "igualdad", lo mismo que la "libertad", posee un componente "material" y que el postulado de la igualdad demanda no sólo una equiparación jurídica formal, sino una distribución equilibrada de las oportunidades fácticas, sobre todo en cuanto al acceso a la profesión y a la riqueza, pero también en cuanto a un equilibrio en la repartición de ésta.

Sin embargo, no es sólo la "*fraternité*" que se halla en conexión con la "libertad". Entre la libertad y la igualdad existen relaciones mutuas: demasiada libertad pone en peligro la igualdad y la equiparación extrema aniquila la libertad. Por otro lado, un cierto grado de igualdad, a saber, de oportunidades reales de desarrollo, es imprescindible para preservar duraderamente la libertad, en tanto que libertad común. Examinando con mayor detenimiento la cuestión, se advertirá prontamente que detrás de estos lemas aparentemente simples se esconden interrelaciones sutiles y, sobre todo, cuestiones de la medida justa.

Aun tomando para sí uno de estos elementos, la "libertad", nos la tenemos todavía con un concepto rico en facetas: "libertad" significa no solamente mantener un campo de desarrollo individual exento de las intromisiones estatales, sino también una participación en la formación de la voluntad de la comunidad. No sólo significa una defensa contra la intromisión estatal, sino también la delimitación de las esferas de libertad e interés entre los miembros de la comunidad misma.

I. Libertad

Sobre 1: *G. Jellinek*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, ²1905, 81 ss.; *id.*, *AS(L)*, 418 ss.; *Radbruch*, 156 ss.; *Maunz-Zippelius*, §§ 12 III 7, 13, 18 III (bibl.).

Sobre 2: *J.J. Rousseau*, *Du contrat social*, 1762, libro I, cap. 8; *J.G. Fichte*, *Grundlage des Naturrechts*, 1796; *L. Kant*, *Metafísica de las costumbres*, (I parte 1797, ²1798), Introducción a la doctrina del derecho, §§ B, C.

Sobre 3: *Fichte*, citado en 2; *id.*, *Der geschlossene Handelsstaat*, 1800; *L.v. Stein* GsB; *G. Stratenwerth*, *Zum Prinzip des Sozialstaats*, en: F.f. K. Eichenberger, 1982, 81 ss.

1. *Status negativus, status activus, status positivus*. Aristóteles (Política, 1317 b) enseñaba que la libertad de los ciudada-

nos posea dos elementos: "Una característica de la libertad es el ser gobernado y gobernar por turno, y, en efecto, la justicia democrática consiste en tener todos lo mismo numéricamente y no según los merecimientos, y siendo esto lo justo, forzosamente tiene que ser soberana la muchedumbre, y lo que aprueba la mayoría, eso tiene que ser el fin y lo justo... Otra es el vivir como se quiere". Esta es una versión temprana de la contraposición de libertad "democrática" y libertad "liberal".

El concepto liberal de libertad se funda en la idea de que el poder estatal (en particular) se abstenga de intervenir en una determinada esfera de libertad individual y garantice una libertad sin trabas de acción individual. El individualismo liberal y la idea de ciertos derechos intangibles subyacen a la protección contra las invasiones a la esfera del individuo y, en especial, a los derechos fundamentales a la vida, la integridad corporal, la libertad de la persona, la libertad de residencia, la inviolabilidad del domicilio, la propiedad y el derecho de herencia. Jellinek llamó *status* negativo a la situación jurídica del individuo determinada por estos derechos de defensa.

Por el contrario, el derecho de cada individuo a participar en la formación de la voluntad política de la comunidad, se halla en correspondencia con el concepto democrático de libertad. Siguiendo a Jellinek, podemos denominar *status* activo a la situación jurídica del individuo delimitada por estos derechos de participación. Estos implican que cada uno debe contribuir a la formación de la voluntad común a la que está sometido. Tal concepto de libertad surge en la obra de Rousseau por un motivo liberal-individualista, el de hallar un orden social en el que cada quien no obedezca más que a sí mismo, en el que, por ello, se realicen un mínimo de coacción heterónoma y un máximo de autodeterminación (§ 17 III; véase también el § 28 II 1). Pero, en la práctica, este concepto democrático de la libertad puede entrar en conflicto con el concepto liberal, ya que encubre el peligro de la tiranía nada liberal de una mayoría democrática (§ 30 I 1). Por otro lado, ambos principios de libertad, el democrático y el liberal, tienden a converger, lo cual es evidente en aquellos derechos fundamentales que, junto con la libertad individual de desarrollo, garantizan a la vez el "campo previo" de la formación de la voluntad política; así, por ejemplo, en las libertades de opinión, de prensa, de asamblea y de asociación (§ 30 II).

La libertad, lo mismo que la igualdad (II 1), posee un componente material, en el sentido de que los hombres sólo son libres cuando disponen también de las condiciones materiales para el desarrollo de su persona. De ahí resulta, como objetivo

constitucional, que el Estado social procure a cada uno también las condiciones reales para su desenvolvimiento. La cuestión es si, a estas tareas estatales corresponden derechos individuales tendientes a que el propio Estado establezca tales condiciones. Dichas pretensiones a las prestaciones positivas por parte del Estado se discuten actualmente bajo el título de "derechos fundamentales sociales". Tales pretensiones designan conceptualmente aquella posición jurídica que Jellinek llamó "*Status positivus*", equivalente a los derechos a las "prestaciones positivas del Estado en interés del individuo". El posible objeto de estas pretensiones serían, por ejemplo, la previsión estatal en cuanto a necesidades básicas, atención médica general, viviendas adecuadas, instituciones educativas de acceso general, plazas de trabajo suficientes y de libre elección, así como la atención en caso de vejez o invalidez. Dadas estas vastas exigencias, surgen dudas, no obstante, de si y en qué medida sea realista y compatible con la función de las instancias políticas, el transformar la justicia social y el bienestar común a cargo del Estado, en un catálogo justiciable de derechos fundamentales sociales (al respecto III).

La libertad tiene valor pleno sólo cuando es libertad garantizada. Diversas medidas institucionales y procesales contribuyen a su garantía efectiva. Gracias a esta garantía procesal, es como si le "pusieran dientes" (Dürig) al sistema de los derechos de libertad e igualdad. Para este fin, se abre un cauce jurídico para la tutela de los derechos de libertad y al afectado en sus derechos se le otorga una pretensión a la tutela jurídica (acceso a la justicia). La Ley Fundamental de Bonn incluso concede una pretensión semejante bajo la forma de un derecho fundamental formal (art. 19, inciso 4) y esto no sólo para la defensa de los derechos fundamentales, sino para todo caso en que el poder público vulnera los derechos de alguien. Esta pretensión pertenece también al "*status positivus*" del ciudadano, se orienta entonces a un cierto hacer de los órganos del Estado, ya que otorga el derecho de exigir del tribunal correspondiente el examen y resolución de la pretensión de tutela jurídica.

2. **La correlación de libertad y sujeción.** No existe tal cosa como una cornucopia de la libertad para una comunidad; no es posible multiplicar la libertad individual con sólo desearlo. El problema de la libertad es, en gran medida (aunque no exclusivamente), un problema de su justa distribución. Esto se debe fundamentalmente a que el deseo de desarrollo de un individuo tropieza siempre con el de sus conciudadanos. Las libertades jurídicas de uno se interrelacionan invariablemente con las pretensiones de libertad y desenvolvimiento de los hombres con quienes convive en la comunidad jurídica. "La li-

bertad de extender tu brazo termina donde empieza la nariz de tu vecino", reza un dicho norteamericano.

Las libertades jurídicamente garantizadas de uno son necesariamente correlativas a la sujeción de otro. La sujeción de todos es el precio que debe pagarse por asegurar las libertades de cada uno. El trazar límites en un campo libre hasta el momento garantiza un espacio a cada uno, pero sólo a costa de restringir la libertad de movimiento de otros: tal es el acto civilizador que reemplaza el derecho del más fuerte. La correlación entre libertad garantizada y sujeción era conocida también en la época del individualismo. "Por el contrato social", dice Rousseau, "el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desee y pueda alcanzar"; a cambio obtiene la libertad civil y un derecho cierto a la propiedad. Debe, pues, distinguirse entre "la libertad natural, que tiene por límites las fuerzas individuales, de la libertad civil, circunscrita por la voluntad general"; de igual manera, entre la propiedad que es simple efecto de la fuerza o de la primera ocupación, y una propiedad jurídicamente fundada.

El problema jurídico de la libertad no radica, en principio, en definir derechos de libertad para los individuos aislados, sino en establecer principios para la coexistencia de la libertad de uno con la libertad de otro. Kant (1798) percibió esta tarea con toda claridad, si bien su formalismo era incapaz de darle una solución satisfactoria. También para Fichte, la tarea fundamental de un orden comunitario consiste en hacer posible la "coexistencia de la libertad de varios... conforme a una regla"; se trata, entonces, de un orden en el que "cada ser libre se propone como ley el circunscribir su libertad por el concepto de la libertad de los demás" (1796, § 8). Ya que la libertad de uno sacrifica el campo de desarrollo de otros, es preciso distribuirla con justicia.

La comprensión de la correspondencia entre libertad y sujeción, esto es, que la obligación jurídica de uno es el precio a pagar por la libertad garantizada del otro, debía conducir a la idea de que existen ciertos deberes fundamentales, es decir, obligaciones básicas del individuo como contrapartida de los derechos fundamentales intangibles. Fue, en particular, la doctrina del contrato social la que puso en evidencia esta idea y que incluso concebía a la comunidad estatal en términos de derechos y deberes. La doctrina del derecho natural de Pufendorf, Thomasius y Christian Wolff contenía ya amplias teorías sobre los deberes naturales de los hombres (*Zippelius Gesch.*, cap. 15). Como deberes fundamentales de los ciudadanos se planteaban, en este sentido, los de conservar la paz entre sí y de

obedecer las leyes expedidas por la autoridad establecida en común. Más tarde, la Constitución francesa del 22 de agosto de 1795 agregó a la declaración de derechos una declaración de deberes de los ciudadanos, entre los cuales se contaban: los deberes frente a la comunidad como tal, no solamente un deber de obediencia a la ley, sino también el de defender y servir a la comunidad; a éstos se añaden los deberes frente a los demás ciudadanos, sobre todo el de no hacer a otros lo que no se desea para uno mismo. Esto ponía de manifiesto que un Estado sólo puede existir como comunidad en libertad si cada quien respeta las mismas libertades de los otros y si los ciudadanos cumplen con su deber de obediencia a las leyes, que precisamente delimitan entre sí las libertades civiles. También en las constituciones más recientes tiene acogida la idea de los deberes fundamentales del ciudadano, que pretenden garantizar no solamente el respeto por las libertades de los demás, sino establecer las bases de una comunidad bien organizada y funcional; aparte de un deber de lealtad a la Constitución y las leyes, hallamos también un deber fundamental democrático de tomar parte en los asuntos públicos, así como los deberes de participación en las cargas públicas, de auxilio en casos de emergencia y de defensa contra el peligro común y, en ocasiones, la obligación de los padres de educar a sus hijos. La correlación de libertad y sujeción es muy clara en aquellos deberes que definen los límites de los derechos de libertad y que, en consecuencia, prescriben un dejar de hacer. Así, por ejemplo, la propiedad se halla limitada por una responsabilidad social, especialmente por el deber de consideración hacia la comunidad en el ejercicio de este derecho; además, la libertad de desarrollo de la persona se halla restringida, en forma genérica, por la obligación de un comportamiento compatible con la vida en común (para mayor precisión, véase Maunz-Zippelius, § 22).

3. La distribución de la libertad en el Estado social Al igual que en la realización de la igualdad (II 1), la delimitación recíproca de la libertad implica no solamente un principio formal, sino también un problema material de distribución. Ya Fichte había observado que la libertad posee un elemento económico (1796, § 18; 1800, c I cap. 1).- Lorenz von Stein (GsB, IV 2, 3) señalaba que la posesión de bienes es "el supuesto absoluto... de toda lucha contra la falta de libertad en el Estado y la sociedad", y que era imposible apoyar a una clase con la libertad estatal sin asegurarle la independencia social. La libertad, es decir, autodeterminación, no puede pensarse ni llegar a ser real sin dominio sobre bienes espirituales y materiales.

Los principios constitucionales ya mencionados, que estable-

cen la sujeción social de la propiedad (reserva de la determinación por ley del contenido y límites de la propiedad, autorización de la expropiación y la socialización) y según los cuales todos se hallan obligados a participar en las cargas públicas, anuncian ya como misión del Estado, sobre todo en conexión con el principio del Estado social, la de una justa repartición de las libertades, incluso de las condiciones materiales para el desenvolvimiento de la persona.

El problema de la justa distribución de la libertad en la comunidad no puede solucionarse admitiendo simplemente el *laissez-faire*. No se puede garantizar una libertad adecuada omitiendo meramente cualquier intervención, sino sólo a través de una acción estatal adicional. Esto es, en esencia, lo que Fichte contemplaba al atribuir al Estado no solamente la tarea de proteger la propiedad del individuo, sino también la de distribuir rectamente los bienes, es decir, de "dar primero a cada quien lo suyo, de instalarlo en su propiedad" (cfr. Zippelius *Gesch.*, cap. 17 a). Esta es la misión que el Estado social ha redescubierto y hecho suya en tanto que gestor del bienestar general y de la justicia social (§ 35 III). Entendidos como meros derechos de defensa, los derechos fundamentales aseguran insuficientemente la libertad y posibilidad de desarrollo del hombre. Por eso se desprenden de ellos pretensiones a una prestación o, si estas resultan impracticables (III), objetivos vinculantes para el Estado, un mandato constitucional que obligue a una acción estatal positiva tendiente a poner al individuo en situación de conformar dignamente su existencia humana.

También bajo este aspecto, la libertad de uno tiene como precio las libertades de otro, ya que si uno recibe prestaciones, los demás deben proporcionar los medios para ello. Donde unos obtienen beneficios de la sujeción social de la propiedad, otros pierden precisamente debido a esto. De ahí que subsista como tarea la de buscar un compromiso óptimo y justo entre las necesidades de todos al desenvolvimiento personal. En esta búsqueda de los principios generales según los cuales habrán de delimitarse rectamente los ámbitos de libertad, se resume y se refleja la interminable discusión acerca de la justicia.

La cuestión de la distribución adecuada de la libertad material concierne también a la medida de la nivelación deseada.

II. La aportación de la idea de la igualdad

Tocqueville DA, II 2 cap. 1, II 4 cap. 3; Menger NSTL, 22 ss., 64 ss.; Binder, 299 ss.; Krüger, 530 ss.; G. Dürig, en: Maunz-Dürig et al, Grundgesetz, Art. 3, Rdn. 120 ss., 156 ss.; W. Leisner, Der Gleichheitsstaat, 1980.

Sobre I: Maunz-Zippelius, § 25 (bibl.); Th. Ramm, Die grossen Sozialisten, I 1955, 138 s., 160 ss. (sobre Babeuf).

Sobre 2: *Leibholz* StP, 66 ss., 88 s., 152 s.; *K.H. Volkmann-Schluck*, *Polit. Philosophie*, 1974, 146 ss.; *H. Laufer*, *Freiheit und Gleichheit*, en: *F.f.W. Geiger*, 1974, 337 ss.; *J. Rawls*, *Teoría de la justicia* (ingl. 1971) esp. 1979 (al respecto, *Zippelius RPh*, § 18 III); *D. Bell* (citado en el § 25 III), 312 ss.

1.- La igualdad en el Estado social democrático. Hay que considerar más de cerca la conjunción de libertad e igualdad. Antes deben hacerse algunas reflexiones sobre la relación que guarda el postulado de la igualdad con los principios de la democracia y el Estado social.

Es evidente que la igualdad desempeña un papel central en la democracia. La igualdad en el valor numérico de cada sufragio en votaciones y elecciones políticas es un principio democrático en la formación de la voluntad política, pero también en el ámbito "no político", la tendencia hacia la igualdad corresponde a la mentalidad democrática, según ya había hecho notar Tocqueville.

En este punto convergen la tendencia democrática con los postulados del Estado social, ya que el principio de igualdad de trato busca una nivelación social, particularmente de tipo económico, por encima de una igualdad jurídica meramente formal cuando detrás de ésta se esconde una profunda desigualdad social. Así se convierte en farsa "la ley, que con su magna justicia prohíbe por igual al rico y al pobre que duerman bajo un puente, pidan limosna en la calle y roben pan" (*A. France, Le lis rouge*, 1894, cap. 7). Así, ya en la Revolución Francesa, sobre todo en el círculo de Babeuf, había surgido el postulado de una *égalité de fait*, más allá de una igualdad puramente formal ante las leyes: "Bienestar para todos, enseñanza para todos, igualdad, libertad y felicidad para todos" (*Ramm* 1955, 162). De estas consideraciones ha nacido la idea moderna que ha asignado al Estado social la función de "apoyo a los débiles y limitación a los fuertes", de "compensación de la desigualdad social" (*Radbruch*, 159).

2. Libertad e igualdad. La relación entre libertad e igualdad es de tensión y, a la vez, de dependencia recíproca:

Al ideal liberal de libertad e igualdad se traduce en la equivalencia de las "oportunidades de salida". Es una "igualdad de arranque en la carrera, que se transforma rápidamente en desigualdad" (*Radbruch*, 157 s.), porque, dependiendo de su habilidad individual, los hombres aprovechan iguales condiciones de salida en forma muy diversa. Esto puede acarrear una distribución de bienes muy desigual.

Sin embargo, existen diversos argumentos contrarios a un desenvolvimiento desenfrenado de la libertad y de la extrema

desigualdad que de ello resulta, no solamente razones de una política social pluralista (§ 26 VI 3), sino también razones de la igualdad y la libertad. — Desde el punto de vista de la igualdad, existen objeciones contra las diferencias extremas en la distribución de bienes, sobre todo si nadie puede pretender que los éxitos económicos extraordinarios se deben exclusivamente a sus méritos. Por lo común, no sólo la habilidad y la fortuna personales tienen su parte en tales resultados, sino que muchas veces también intervienen el atropello o la colaboración de otros. ¿Acaso no es la capacidad misma, al menos en parte, el resultado inmerecido de nuestras cualidades hereditarias, no más que un caso afortunado en la “lotería genética”? — Bajo el aspecto de la libertad debe tenerse en cuenta que una excesiva desigualdad en la distribución de bienes pone en peligro la misma libertad de muchos. La historia del naciente capitalismo industrial ofrece un impresionante ejemplo al respecto (§ 29 II). — Así, pues, es obvio que las oportunidades concedidas a cada uno no pueden ser de tal modo ilimitadas que pongan seriamente en peligro la libertad de sus conciudadanos y una equilibrada distribución de bienes.

Tampoco es suficiente garantizar, en algún tiempo y lugar, una “igualdad de oportunidades en la salida”. Considerando más de cerca la cuestión, se observará que también la demanda de igualdad de oportunidades se halla cargada con una serie de problemas no resueltos: ¿es que no deben crearse, de nueva cuenta, iguales condiciones de salida para cada hombre, esto es, para cada generación? El liberalismo individualista admite que cada quien obtenga la recompensa de su propio tesón, pero no del esfuerzo de sus antecesores. Aun desde el punto de vista del liberalismo, no es suficiente que alguna vez haya existido igualdad de oportunidades en la sucesión de generaciones. Más bien habría que crear de nueva cuenta esta igualdad, siquiera una vez por cada generación. Pero, ¿sólo una vez? ¿De qué modo? ¿Y en qué momento? Por lo pronto algo puede darse por cierto: que para mantener la libertad, en cuanto libertad común, es necesario también llevar a cabo, de continuo, una equilibrada igualdad material de oportunidades.

Una distribución continua proporcional de bienes implicaría la continuidad más radical. Sin embargo, una igualación extrema y permanente de este género sería inaceptable, lo mismo desde el punto de vista de la igualdad, que desde el de la libertad. Sería insatisfactoria bajo el criterio de una adecuada igualdad de trato, si se parte de que un mayor rendimiento debería producir una ventaja superior, puesto que en él interviene un mérito “digno de recompensa”. Un igualitarismo exagerado destruiría, ante todo, la libertad: la rígida puesta en

práctica de una distribución de bienes proporcional, esto es, la búsqueda de una compensación continua de toda ventaja lograda por el individuo, convertiría al Estado en el manipulador omnipresente de la igualdad. Esto bloquearía la libertad de los ciudadanos y el desenvolvimiento de su persona de modo difícilmente tolerable (§ 35 IV).

Una igualación extrema y continua sería inaceptable no sólo bajo los aspectos de la conveniencia y la libertad; lo sería también en un sentido político-social, ya que la recompensa del rendimiento personal contribuye al bien común. Una nivelación demasiado intensa haría desaparecer el eficaz declive, la tensión que estimula el esfuerzo. Si el Estado se precipita a compensar toda desigualdad que es la retribución a la capacidad personal, elimina el principal estímulo para sobresalir, para destacar en la competencia y producir así resultados que benefician a los demás ciudadanos. La doctrina marxista reciente también tiene en cuenta lo anterior, pues admite que los ingresos y ahorros obtenidos del propio trabajo sean propiedad personal de los ciudadanos y, "el trabajo socialmente útil y sus resultados determinan la posición del hombre en la sociedad" (arts. 13 y 14 de la Constitución de la URSS, de 1977)

Las cuestiones de la libertad y la igualdad no encierran una disyuntiva radical, sino la tarea de hallar la medida justa de ambas; bajo el aspecto de la igualdad, se plantea como la tarea de alcanzar una adecuada distribución de bienes, lo cual es un problema de la *justitia distributiva*. Bajo el aspecto de la libertad, se presenta como la labor de delimitación racional de la libertad de uno frente a la de otros, en lo cual Kant veía el problema central del derecho justo (I 2). Ambos aspectos implican la cuestión de la justicia.

III. ¿Es traducible la justicia social en un catálogo de derechos fundamentales?

Maunz-Zippelius, §§ 18 III 3, 20 I 1 (bibl.); *Th. Tomandl*, Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, 1967; *G. Brunner*, Die Problematik der sozialen Grundrechte, 1971; *L. Wildhaber*, Soziale Grundrechte, en: Gedächtnisschrift f. M. Imboden, 1972, 371 ss.; *J. P. Müller*, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, 1973, ² 1982; *P. Badura*, Das Prinzip der sozialen Grundrechte usw., en: Der Staat 1975, 17 ss.; *E. W. Bäckenförde et al.* (ed.), Soziale Grundrechte, 1981; *P. Krause*, Die Entwicklung der sozialen Grundrechte, en: Birtsch (citado en el § 32), 402 ss.; *G. Lorso*, Die sozialen Rechte in der ital. Verfassung, en: Der Staat, Beiheft 5, 1981, 29 ss.; *W. Schmidt*, Soziale Grundrechte im Verfassungsrecht der BRD, op. ult. cit., 9 ss.

La justicia no puede traducirse sin más en un catálogo

de derechos fundamentales, por el hecho mismo de que éstos entran en conflicto y requieren una delimitación recíproca. Por no mencionar más que dos ejemplos, esto es válido cuando hay que delimitar la libertad de decisión religiosa del adolescente frente al derecho de educación de los padres, o cuando es necesario hallar un compromiso entre la garantía a la libertad de empresa y la tarea de asegurarle al individuo un empleo y, en consecuencia, una base esencial a su libertad de práctica profesional. Bien podría uno inclinarse a opinar que también esta ponderación y delimitación es susceptible de concretarse y dogmatizarse en un catálogo de derechos fundamentales.

Sin embargo, las decisiones sobre la configuración de la justicia poseen siempre un importante elemento de ponderación y elección continuas. Ante todo es preciso mediar, en la cambiante situación histórica y política, una y otra vez entre los principios contenidos en los derechos fundamentales, y buscar un compromiso óptimo que lleve a los respectivos derechos a su máximo desenvolvimiento y que además corresponda al *ethos* social imperante. La cuestión de la justicia se plantea una y otra vez, aun en relación con un catálogo de derechos fundamentales.

Precisamente allí donde la acción estatal debe crear las bases materiales para el desenvolvimiento de la libertad individual, no es posible dogmatizar completamente la justicia social, puesto que las normas de los derechos fundamentales establecen, con mayor o menor precisión, representaciones de objetivos, trazan límites y otorgan garantías mínimas. No obstante, en lo particular ciertas posibilidades de elección, sobre todo de prioridades y medios a emplear, deben permanecer abiertas y bajo la competencia y responsabilidad de los poderes legislativo y ejecutivo, porque el género y extensión de las prestaciones que el Estado ha de ofrecer, dependen de la respectiva situación del desarrollo social y económico, así como de los medios siempre cambiantes, que el Estado tiene concretamente a su disposición; no es posible programar completamente, mediante un rígido sistema de normas constitucionales, una política social condicionada por la situación. Además, las condiciones materiales del desenvolvimiento de la libertad individual son afectadas, directa o indirectamente, por una pluralidad inextricable de actividades estatales; de un punto de vista técnico, es posible abarcar todas estas actividades, siquiera aproximadamente, mediante derechos públicos subjetivo y someterlas a un control jurídico completo.

Así, pues, la labor del Estado en favor de la justicia social no puede traducirse, hasta en el detalle, en un sistema de

derechos fundamentales, para someterla así al control completo de la jurisdicción. En una palabra, la simple garantía de los derechos fundamentales no permite dogmatizar totalmente la justicia social y la vía concreta para su realización.

2. El Estado industrial de regulación intensiva

§ 35. La necesidad de regulación y previsión en el Estado moderno

§ 26 IV; *A. Wagner*, en: *Handwörterb. d. Staatswiss.*, VII 1911, 727 ss.; *W. Eucken*, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 1952, 1975; *H.G. Schachtschabel*, *Wirtschaftspolit. Konzeptionen*, 1967, 1976; *U. Runge*, *Antinomien des Freiheitsbegriffs usw.*, 1971; *U. Scheuner* (ed.), *Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft*, 1971; *R. Schmidt Wirtschaftspolitik und Verfassung*, 1971; *J.K. Galbraith*, *Economics and the Public Purpose*, 1973; *B.B. Gemper* (ed.), *Marktwirtschaft und soziale Verantwortung*, 1973; *E. Tuchtfeldt* (ed.), *Soziale Marktwirtschaft im Wandel*, 1973; *A. Utz*, *Entre neoliberalismo y neomarxismo* (al. 1975) esp. 1976; *D. Duwendag* (ed.), *Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft*, 1976; *N. Reich*, *Markt und Recht*, 1977; *E.J. Mestmäcker*, *Die sichtbare Hand des Rechts*, 1978; *F.C. Lehner*, *Grenzen des Regierens*, 1979, 7 ss.; *F. Böhm*, *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*, 1980.

I. Causas principales de la regulación y la previsión estatales

Sobre 1: § 29 II 2; *A. Rüstow*, *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus*, 1945, 1950; *D. Meadows et al.*, *The Limits of Growth*, 1972; *M. Mesarovic*, *E. Pestel*, *Menschheit am Wendepunkt*, 1974; *W. Ber*, *Die Verwaltung des Mangels*, en: *Der Staat*, 1976, 1 ss.; *A. King*, *Der Zustand unseres Planeten* (ing. 1976) al. 1977; *J. Tinbergen et al.*, *Reshaping the International Order*, 1976; *D. Gunst*, *Biopolitik zwischen Macht und Recht*, 1978.

Sobre 2: *Luhmann* RS, 294 ss., 343 ss.

Dentro de la antítesis que marcan las tendencias liberales y las reguladoras (§ 29 III), debemos ahora abordar este segundo aspecto. Se tiene cada vez mayor conciencia de que, en el Estado industrial moderno, se requiere la regulación planificada, con medios estatales de la economía y, en general, del acontecer social.

1. Aspectos particulares. La autorregulación, esperada por el liberalismo, de los procesos económicos y de los sociales en general, no funciona en la sociedad industrial en la magnitud necesaria.

En la sociedad dejada a sí misma surgen grandes desigualdades en las posiciones de poder económico, que ponen en peligro una compensación de intereses equilibrada y jus-

ta. La miseria de los trabajadores en el naciente capitalismo industrial mostró esto con harta claridad (§ 29 II 2).

Incluso se ve en peligro el mecanismo de mercado, el "libre juego de las fuerzas". Con ayuda de las libertades liberales se producen fenómenos de concentración de empresas, se forman cárteles y, en caso preciso, se emplean los medios de una competencia ruinosa, con la consecuencia de que se elimina la competencia liberal y se hace ineficaz el mecanismo de mercado y de precios.

La crisis económica mundial iniciada en 1929, probó en forma drástica que la economía era incapaz de una autorregulación coyuntural. Las crisis financiera y monetaria de aquella época pusieron de relieve la necesidad de regulación y control en este sector.

Poderosos grupos de interés y asociaciones buscan obtener influencia, a menudo desproporcionada, sobre el gobierno y la legislación y en ocasiones amenazan con la extorsión a las instancias políticas (§ 26 IV, V 2).

Al resumir estas experiencias, de ellas debía desprenderse como tarea para el Estado, la de procurar un equilibrio de los poderes sociales, contrarrestar los procesos de concentración, impedir el abuso de las posiciones de poder, para así garantizar, en términos generales, una adecuada compensación entre intereses antagónicos y, además, una política económica coyuntural y la regulación y supervisión del sistema monetario y crediticio, que protejan a la economía de crisis y daños.

Igualmente se ha puesto de relieve, como importante función de la regulación estatal, la "administración de la escasez". Muchos bienes y servicios son fundamentalmente escasos, como por ejemplo, los recursos del suelo, la riqueza pesquera de los mares, el terreno susceptible de urbanización, las regiones naturales de recreo, la capacidad de las aguas para recibir desperdicios y del espacio aéreo para absorber ruido y gases de escape, pero también la aptitud educativa de las escuelas superiores y las plazas de trabajo calificado. Los problemas de distribución y limitación que esto plantea no hallaron una solución satisfactoria en el "libre juego de las fuerzas".

Independientemente de los casos anteriores, hoy día es claro que el mercado libre es fundamentalmente incapaz de resolver en forma satisfactoria algunos problemas de política económica y social, pues está orientado unilateralmente a promover la oferta de los bienes más rentables. En cambio, no atiende del todo, a lo hace en grado insuficiente, otros

objetivos igualmente deseables de política social como por ejemplo, la conservación del medio ambiente y la eliminación de sustancias dañinas. En otro sentido, el mercado, dejado a sí mismo, reacciona tardíamente en ocasiones, así por ejemplo, a una inminente escasez de materias primas. También se requiere la intervención del Estado para atender adecuadamente necesidades y peligros que el mercado libre registra en forma insuficiente.

Que hoy día ya no es posible dejar las cosas a su libre curso, resulta particularmente evidente en virtud de ciertas amenazas de proporciones apocalípticas, pues la técnica moderna no sólo ha traído al campo de lo posible la destrucción del medio ambiente natural, sino también la autoaniquilación de la humanidad. Los avances de la medicina han contribuido a un crecimiento incontrolado de la población mundial lo que se ha convertido en una amenaza de consecuencias imprevisibles.

Las demandas planteadas al Estado, sin embargo, no se agotan meramente en intervenciones reguladoras y contramedidas preventivas de peligros incipientes. La sociedad industrial tiene necesidad, además, de providencias positivas. A diferencia de lo que ocurría en la sociedad agrícola, el individuo ya no puede procurarse los bienes satisfactores de las necesidades cotidianas. A diferencia del campesino, el ciudadano industrial es incapaz incluso de eliminar los desechos que él mismo produce. En tanto que otros no garantizan en forma adecuada servicios vitales como el suministro de agua, energía y transporte, debe proporcionarlos el Estado. Además, el principio del "Estado social" (contenido en el art. 20, inciso 1 LF) impone en buena medida al Estado industrial el deber de dar prestaciones positivas, por ejemplo, de fomento a la creación de instituciones educativas, centros de población, hospitales, instalaciones deportivas, por nombrar únicamente unos cuantos ejemplos. (Ya se señaló en otro contexto que esta finalidad estatal no se traduce sin más en derechos individuales a una prestación, § 34 III).

2. Aspectos globales. La comprensión de la necesidad de la regulación estatal se integra en una determinada concepción fundamental de la posición del hombre en el mundo, pues la sociedad en su conjunto, lo mismo que el individuo, no dispone de reguladores suficientes de acción automática, que garantizaran un estado óptimo. Debido al peligro de autoaniquilación, se advierte claramente, como nunca antes,

que los hombres tienen la posibilidad fáctica de elegir entre alternativas funestas o benéficas y que esta opción no es gobernada suficiente u óptimamente por los instintos, ni por los mecanismos sociales.

Hoy día se sabe que hay que efectuar esta elección según consideraciones de fines y oportunidad, esto es, con base en reflexiones racionales sobre cuáles sean las situaciones deseables y los medios idóneos para alcanzarlas. Uno de los fenómenos más notables de nuestra era es que el ser humano se ha dado a la empresa de planear y configurar el orden político y jurídico en el que vive según conocimientos racionales en proporciones muy superiores a lo que anteriormente sucedía.

La idea de que las condiciones de vida son factibles, de la inevitabilidad y la carga que significa decidir sobre el futuro, se ha convertido en un sentimiento dominante, y cada vez más angustioso, en nuestra época. - Hallamos un antecedente de esta actitud en el ímpetu con el que la ilustración pretendía conformar racionalmente constitución del Estado y, por tanto, el orden social. Así, Hegel festejaba como logro de la Revolución Francesa el que se hubiera percibido "que la existencia del hombre se centra en su cabeza, es decir, en el pensamiento, por cuya inspiración construye el hombre el mundo de la realidad" (Filosofía de la Historia IV 3, cap. 3). - Así mismo, la creciente positivización del derecho había de guiar el pensamiento por los cauces mencionados, pues cuanto más se consideraba al derecho como un orden a disposición del legislador, tanto más patente era la tarea de una política jurídica, a saber, la de bosquejar los modelos obligatorios de coordinación de la convivencia humana conforme lo requirieran las necesidades e ideas del presente.

Actualmente es necesario introducir hasta en los rincones y detalles de la vida política diaria, como principio existencial del Estado moderno, el que las estructuras sociales sean conformadas según criterios racionales y que el bienestar común y la justicia social se realicen mediante la planeación y la regulación.

II. ¿Dirigismo holístico o ingeniería experimental del futuro?

K.R. Popper (citado en el § 26 II 2); *id.*, Miseria del historicismo (ingl. 1957, al. 1974) esp. 1973, 21981; *H. Flohr*, Sozialphilosophie und Wissenschaftstheorie, en: Rechtstheorie 1972, 62 ss. *K. Bayertz*, *J. Schleifs-*

tein, Mythologie der "Kritischen Vernunft", 1977; B. Molitor, Wissenschaft und Politik, 1977, 153 ss.

La acertada apreciación de la necesidad de medidas de regulación racional se convierte fácilmente en una excesiva voluntad de planeación. Esto ocurre marcadamente donde se pretende realizar concepciones políticas globales que se fundan en una amplia interpretación del mundo (ideología), dogmáticamente defendida. Tal dirigismo holístico encaja en el contexto de una política utópica que desearía ofrecer y llevar a la práctica el proyecto de un sistema social óptimo (§ 1 III). Igualmente entra en el contexto de aquellas teorías del Estado, que, como el marxismo, aspiran a comprender la estructura y el desarrollo de la sociedad a partir de una concepción global (§ 25 II). Estas teorías se esforzarán por integrar las regulaciones particulares dentro de su modelo global del orden social deseado, o de su bosquejo total del desarrollo de la sociedad.

Sin embargo, existen dudas fundadas de que tales concepciones globales logren describir y explicar apropiadamente, en su complejidad, el acontecer político-social (§ 25 II 7).- A estas sospechas teóricas se suman las experiencias históricas obtenidas de "políticos de programa", ideológicamente impregnados, como Stalin, Hitler y Pol Pot. Ante estas experiencias, Popper (1974, p. VIII) llegó a la "conclusión de que la idea de una planeación social utópica a gran escala es un espejismo que nos atrae hacia un pantano. El fantasma por el cual intentamos hacer realidad el reino de los cielos sobre la tierra nos lleva a convertir en un infierno nuestra buena tierra; un infierno como el que sólo el hombre es capaz de destinar a sus congéneres" (en términos similares, A. Huxley, *Eyeless in Gaza*, 1936, cap. 35). Una técnica social holista o utópica, que pretende "rehacer" a la sociedad como un todo de "acuerdo con un determinado plan o modelo", tiene siempre un carácter público y totalitarios (Popper 1974, pp. 54, 63; 1981, pp. 81, 95), y aspira también a remodelar a su semejanza a los seres humanos (p. 56; 1981, p. 84).

Por el contrario, Popper propone una especie de ingeniería experimental del futuro, para la cual toda planeación y toda regulación son, por principio, fragmentarias, a saber, el intento experimental de mejorar la situación presente allí donde se perciban deficiencias (1974, p. VIII), reconociendo "que sólo una minoría de instituciones sociales se proyecta

conscientemente, mientras que la gran mayoría ha 'nacido' como el resultado impremeditado de las acciones humanas" (p. 52; 1981, p. 79). Quien se adhiere a esta opinión persigue objetivos de alcance limitado, paso a paso, según el "principio de corrección permanente del error", es decir, en el esfuerzo constante por vigilar los resultados de sus acciones, para corregirlas a tiempo (pp. IX, 70; 1981, p. 102). Por tanto, avanzará "paso a paso, comparando cuidadosamente los resultados esperados con los resultados conseguidos, y siempre alerta ante las inevitables consecuencias indeseables de cualquier reforma; y evitará el comenzar reformas de tal complejidad y alcance que le hagan imposible desempeñar causas y efectos, y saber los que en realidad está haciendo" (p. 54; 1981, p. 81). Sin embargo, también las regulaciones parciales deben ser "compatibles con el sistema", en un sentido determinado y restringido, esto es, han de tener en cuenta que la sociedad industrial es una formación altamente diferenciada, con numerosas interdependencias. No es admisible que la intervención reguladora en un ámbito parcial de la estructura social repercuta de tal modo en otros ámbitos, que el total de inconvenientes sobrepasen las ventajas globales.

III. Del compromiso en favor del Estado social, en particular

§ 34; *E. Forsthoff*, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938; *Maunz-Zippelius*, §§ 13, 28 I (bibl.); *Wolff-Bachof*, §§ 137 ss. (bibl.) *Stern*, § 21 (bibl.); *H.F. Zacher*, *Was Können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?*, en: *F.f. H.P. Ipsen*, 1977, 207 ss.

Sobre los diversos campos e instrumentos: *Wolff-Bachof*, §§ 38 III, 133, 137 ss. (bibl.); *I.V. Münch* (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 1969, §1982, Abschn. IV-VII; *F. Neumark*, *Grundsätze gerechter und okonomischer Steuerpolitik*, 1970, 186 ss.; 822 ss., 282 ss.; *H.F. Zacher*, *Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung*, *DOV*, 1970, 3 ss.

Un campo importante de la actividad reguladora y productiva del Estado moderno se halla caracterizado por el postulado del "Estado social", cuyos principales elementos son el bienestar público y la preocupación por la justicia social.

La tendencia hacia el Estado benefactor se pone de manifiesto particularmente en el hecho de que la procura existencial (*Forsthoff*) es, cada vez más, una tarea de la administración. Fueron antecedentes de esto la municipalización de las empresas locales de provisión y transporte así como la estati-

zación del correo y el ferrocarril, ya que, por razones técnicas, el suministro de agua, electricidad, gas y de medios públicos de transporte y comunicación requieren de organismos más o menos centralizados; al mismo tiempo, es precisamente en la sociedad muy diferenciada, en que el individuo depende en alto grado del suministro de estos bienes de consumo básico. Por otro lado, parecería perjudicial dejar las necesidades básicas a la disposición, monopólica en mayor o menor grado, de los empresarios privados; de ahí que hayan tomado a su cargo este suministro los servicios públicos.

Mientras tanto, la actividad de planeación, regulación y servicio del Estado benefactor se ha extendido a otros múltiples ámbitos: la seguridad social y la protección al trabajo, el arbitraje laboral y el seguro de desempleo, el desarrollo de la familia, la política de salud, el fomento de la colonización, la planeación del espacio urbano y regional, la protección del medio ambiente, la política educativa, la promoción de la ciencia, etcétera. El Estado social también se encarga de prestar auxilio si ocurren desastres, o de compensar cualquier otro riesgo, así por ejemplo, la asistencia a refugiados e invidentes, el auxilio en caso de catástrofes naturales o de malas cosechas, o las indemnizaciones a las víctimas de delitos violentos.

A través de una política de coyuntura, el Estado se esfuerza por lograr estabilidad en el nivel de precios, un alto grado de ocupación, el equilibrio en la economía externa y, por lo pronto, también por un crecimiento económico constante y adecuado.

La atención hacia la justicia social se cruzan en múltiples ocasiones con las medidas de bienestar, así por ejemplo, en el campo de la seguridad social o la protección al trabajo. El Estado se convierte crecientemente en gestor de la justicia distributiva cuya tendencia hacia la igualación es cada vez más pronunciada (§ 34 II 1). El derecho fiscal, por ejemplo, puede servir como instrumento para redistribuir el ingreso y la riqueza nacional piénsese sobre todo, en los impuestos progresivos al ingreso, el patrimonio y las herencias. A esta se agregan otras posibilidades de fomentar una más amplia y equilibrada distribución de la riqueza nacional, por ejemplo, ofreciendo un estímulo a la participación de los trabajadores en el capital productivo a través de salarios de inversión (§ 26, VI 3).

En ocasiones, el principio del Estado social se aparece como "*Fata Morgana*" (Zacher 1977) de la más amplia previsión en favor de un óptimo desarrollo de la persona, una justa distribución de bienes y la supresión, o al menos el control de las dependencias sociales - *Fata Morgana* debido a que los simples llamamientos tienen escasa repercusión, pero las providencias institucionales que contribuyen a ampliar la felicidad y libertad de la humanidad, crean nuevos lazos de dependencia (§ 29 I; 35 IV). Aun sobre estas esperanzas se pronuncia el escepticismo de Aldous Huxley: "Las tentativas que el hombre emprende una y otra vez para hacer realidad la idea de la libertad, siempre sustituyen una forma de esclavitud por otra" (*Eyeless in Gaza*, 1936, cap. 12).

Para alcanzar sus fines, el Estado social no siempre emplea directamente el instrumental de la administración imperativa, sino que estimula conductas y medidas, "conforme al plan", dejan al ciudadano una libertad de decisión más o menos amplia, por ejemplo mediante facilidades o restricciones crediticias, reducciones o desventajas fiscales. A esto se suma la creación de instituciones de medios de promoción. De especial importancia para la sociedad industrial es la regulación de la economía mediante la política estatal de inversiones: de estímulo a corto plazo, o inversiones a largo plazo orientadas al crecimiento; por el otro lado, la restricción a las inversiones estatales y la ayuda a la inversión, para atenuar un periodo de auge.

IV. El problema de la amplitud de la regulación y la previsión estatales

H. Schelsky, *Der selbständige un der betreute Mensch*, 1976; *G.K. Kaltenbrunner* (ed.), *Kapitulation des Bürgers*, 1977, 43 ss., 75 ss.; *E. Noelle-Neumann*, en: *H. Baier* (ed.), *Freiheit und Sachzwang*, 1977, 208 ss.; *H. Geissler* (ed.), *Verwaltete Bürger*, 1978; *C.A. Andrae et al.*, *Von Bürokratisierung und Privatisierung*, 1980; *W. Dettling* (ed.), *Die Zähmung des Leviathan*, 1980; *K. Eichenberger*, *Der Staat der Gegenwart*, 1980, 114 ss.; *H. Klages*, *Überlasteter Staaverdrossene Bürger?*, 1981.

El Estado social liberal, se encuentra en un dilema:

En cuanto a Estado social debe velar por la justicia social y el bienestar común, en especial, por una adecuada distribución de bienes y por condiciones de vida humanas, entre las que cabe contar posibilidades adecuadas de educación, trabajo y esparcimiento y un medio ambiente benigno. Cuando el mecanismo del mercado libre es incapaz de lograr éstos y otros objetivos de política económica y social, es necesario

alcanzar estas metas a través de las intervenciones y servicios planeados del Estado, esto es, corregir y complementar con otras técnicas el mecanismo de mercado y de precios.

En cuanto Estado liberal, sin embargo, se le exige a la vez dejar un margen de acción, tan amplio como fuera posible, al desenvolvimiento de la persona y también a la iniciativa empresarial. El exceso en la intervención del Estado surge no sólo por la confianza exagerada en la planeación (II), sino que se produce ya cuando el Estado pretende desempeñar y desempeñar completamente demasiadas tareas, sobre todo en forma de administración centralizada. Ya Tocqueville nos había prevenido contra el Estado que todo lo administra, que conduce y guía a todos, que se ha convertido en único socorro en todo apuro, en educador y benefactor nacional (§ 23 III). La gran necesidad de regulación y previsión que existe en una sociedad industrial, también trae consigo el peligro de que la comunidad política caiga bajo la dominación de un aparato burocrático centralizado que se aparta de los ciudadanos. Un dirigismo extenso entra en conflicto con la necesidad, profundamente enraizada, de desenvolvimiento personal, pues vacía de contenido, en gran medida, los derechos individuales de libertad, asfixia la iniciativa privada y paraliza la función selectiva de la competencia (§ 34 II 2).

Quizá no sólo sea contrario a la naturaleza del hombre un dirigismo extenso, sino también una atención y asistencia totales. El Leviatán difunde angustia, aunque adopte el aspecto de una vaca lechera (A. Gehlen). A partir de una cierta etapa de la procura existencial por el Estado, parece que una ulterior ampliación de la prestación de asistencia y servicio público ya no va acompañada de una creciente aceptación del Estado, sino de un cierto desagrado hacia él en amplios sectores de la población. Esto significaría que las pretensiones crecen con mayor rapidez que las prestaciones. Sin embargo, bien podría ser un indicio de que en el ser humano existe una necesidad de independencia y de autarquía, limitada al menos, que se halla estrechamente vinculada a la autoestima. Casi todos disfrutan más de lo alcanzado por merecimientos propios que de lo que se les concede. Dentro de ciertos límites, quiere uno verse desafiado a responder y cuidar de sí y del prójimo, incluso afrontar ciertos riesgos vitales. En suma, sería contrario a la naturaleza humana el ser totalmente atendido y tutelado. Así, el Estado social liberal se halla atrapado en una antinomia que no es posible resolver sin contradicciones. Dentro del cambio de las constelaciones, se enfrenta, día con día, a la difícil tarea de hallar la medida justa respecto de sus funciones de regulación, con-

trol, arbitraje y de promoción de la paz y la justicia: en medio de la turbulencia provocada por la ambición y la pugna de los intereses individuales y sociales organizados, en la cual se mezclan indisolublemente el desarrollo de la persona y el egoísmo desconsiderado (§ 26 V 2).

En esta situación, debería aspirarse a conservar, desde el punto de vista organizativo, la pluralidad estructural y la división de funciones, especialmente una organización y administración autónomas de los diversos ámbitos de vida. Ejemplo de ello sería una autonomía no tutelada de municipios, universidades, cámaras de industria y comercio, gremios y cámaras artesanales, pero también la autonomía en la contratación laboral colectiva. Promover la pluralidad estructural y la división de funciones significa, asimismo, dejar a la iniciativa privada todo aquello que sea compatible con la vida común. Una comunidad concebida de esta suerte debe funcionar como conexión de acción entre subsistemas, que cooperan, y se controlan entre sí, en la cual debe aspirarse continuamente a encontrar una relación proporcionada entre la autorregulación de las unidades parciales y las disposiciones centrales (§ 3 I; 17 I 2; 26 II 1; 31 I).

En resumidas cuentas, se advierte que la solución no radica en un "principio" o en una construcción social a establecer de una vez por todas, sino que constituye la tarea permanente (§ 3 I) de hallar la proporción óptima entre la reglamentación estatal, por un lado, y la regulación y el desarrollo "autónomos" por el otro. La búsqueda e implantación de la medida justa se presenta como la tarea y el arte verdaderos de la política, la cual se ve desafiada cotidianamente. El examen teórico sólo puede intentar dar transparencia a la compleja estructura de relaciones, pero no soluciona la función de la política, que es la de hallar la medida justa según la situación respectiva. Con el fin de aproximarse a un equilibrio entre la regulación central y la autonomía, habría que dar una configuración más simple y abarcable al sistema de la regulación estatal, y recortar las burocracias, para así hacer transparente y menos complejo su funcionamiento, lo mismo que se debería agotar las posibilidades de la descentralización con el fin de crear nuevamente ámbitos de administración con el fin de crear nuevamente ámbitos de administración y de vida de cuya actividad fuera partícipe y responsable el individuo.

En ocasiones pareciera que, en el curso de la historia universal, se cumple como destino irresistible, la visión que Tocqueville tuvo de una democracia centralmente adminis-

trada, niveladora y providente: "... veo una multitud innumerable de hombres iguales y semejantes, que giran sin cesar sobre sí mismos para procurarse placeres ruines y vulgares, con los que llenan su alma. Retirado cada uno aparte, vive como extraño al destino de todos los demás, y sus hijos y sus amigos particulares forman para él toda la especie humana. Se halla al lado de sus conciudadanos pero no los ve; los toca y no los siente... Sobre éstos se eleva un poder inmenso y tutelar que se encarga sólo de asegurar sus goces y vigilar su suerte. Absoluto, minucioso, regular, advertido y benigno, se asemejaría al poder paterno si, como él, tuviese por objeto preparar a los hombres para la edad viril, pero, al contrario, no trata sino de fijarlos irrevocablemente en la infancia y quiere que los ciudadanos gocen, con tal de que no piensen sino en gozar. Trabaja en su felicidad, mas pretende ser el único agente y el único árbitro de ella; provee a su seguridad y a sus necesidades, facilita sus placeres, conduce sus principales negocios, dirige su industria, arregla sus sucesiones, divide sus herencias y lamenta no poder evitarles el trabajo de pensar y la pena de vivir". (Tocqueville DA, II 4, cap. 6).

§ 36. La planeación como instrumento de conformación racional de la sociedad

§ 25 III; *K. Mannheim, Mensch und Gesellschaft im Zeitalter des Umbaus* (ingl. 1940) al. 1958, partes IV ss.; *Maunz Zippelius*, § 36; *J. H. Kaiser* (ed.), *Planung*, I 1965, II 1966, III 1968, VI 1972; *K. Lompe, Gesellschaftspolitik und Planung*, 1971; *V. Ronge, G. Schmiege* (ed.), *Politische Planung im Theorie und Praxis*, 1971; *D. Aderhold, Kybernetische Regierungstechnik in der Demokratie*, 1973; *B. Schafers* (ed.), *Gesellschaftliche Planung*, 1973; *F. W. Scharpf, Planung als polit. Prozess*, 1973; *J. H. Kaiser, F. Ossenbühl, F. Rietdorfen: Verhandl. des 50. Dt. Juristentages*, 1974; *C. Lau, Theorien gesellschaftlicher Planung*, 1975; *C. Brünner, Politische Planung im parlamentar. Regierungssystem*, 1978; *W. Vitzthum, Parlament und Planung*, 1978; *R. Wahl, Rechtsfragen der Landesplanung und Landesentwicklung*, I 1978, 21 ss.; *R. Voigt, Die Rechtsformen staatlicher Plane*, 1979; *Th. Württenberger Staatsrechtliche Probleme politischer planung*, 1979; *E. H. Ritter, Theorie und Praxis parlamentarischer Planungsbeteiligung*, en: *Der Staat*, 1980, 413 ss.; *Stern*, § 40.

I. Concepto y función básica del plan

Planear significa proyectar mentalmente un objeto o situación deseados y señalar los medios y métodos para su consecución. Por tanto, un plan comprende el esbozo de una cierta concepción de objetivos, así como los medios técnicos y

los métodos para su realización. En ambos aspectos, la planeación es capaz de "racionalizar" la acción y, en especial, de hacerla transparente; al plano las propias representaciones de objetivos son fijadas (particularmente si hay conflictos de fines), se determina con mayor precisión su importancia relativa y se les delimita entre sí. Los medios y métodos para la realización del objetivo son seleccionados con auxilio de leyes y datos de la experiencia de modo tal que se alcance en la forma más segura, completa, rápida y con el menor costo posible.

¿Qué relación guardan los planes y las normas generales entre sí? Desde una perspectiva típico-ideal parecen ser sustancialmente distintos. En apariencia, el plan tiende a hacerse superfluo una vez que se ha ejecutado su programa se ha alcanzado su objetivo, se ha construido la calle o puesto en marcha el desarrollo industrial. Las normas generales, en cambio, pretende validez como reguladores permanentes de la conducta, que no pierden su objetivo en el momento de su cumplimiento: no porque se le preste obediencia una sola vez, deja de tener vigencia en el tránsito de vehículos, la regla de que se conduce por la derecha y se rebasa por la izquierda. Sin embargo, no se puede establecer entre el plan y las normas generales una diferencia tan tajante como la que sugeriría esta contraposición. Al proponer la imagen-guía de un determinado estado de la sociedad, por ejemplo, de una equilibrada distribución de la riqueza o de un tránsito de vehículos fluido y seguro, se puede considerar el modelo de esta situación como el "objetivo del plan", al que hay que llevar a cabo primero y después conservar permanentemente. Así, las normas generales como las del derecho fiscal, de imposición al ingreso, patrimonio y herencias, o las del derecho vial) se presentan entonces como instrumentos para lograr el "objetivo del plan". No obstante, se puede considerar directamente aquella imagen-guía como norma de conducta, como mandato (aunque muy vago) que ordena hacer todo aquello que dé origen y mantenga la situación proyectada.

También cuando se tiene presente la relación entre planeación, leyes "instrumentales" y medidas particulares, se pone de manifiesto la posibilidad de una obtención de nacionalidad. La elaboración de programas amplios y a largo plazo para la política, en los cuales se integre una pluralidad de proyectos legislativos detallados y de medidas particulares, puede favorecer la transparencia y continuidad de la actividad estatal y, a un mismo tiempo, contribuye a crear certeza de orientación.

La política sensata ha planeado desde siempre. Lo carac-

terístico de la política moderna no es la invención de la planeación sino —dada la creciente complejidad de las condiciones de vida la enorme necesidad de planear que se tiene.

II. La distribución de las funciones de planeación en el Estado

H. Harnischfeger, Planung in der sozialstaatlichen Demokratie 1969; *E.W. Bockenforde*, Planung zwischen Regierung und Parlament, en: Der Staat, 1972, 429 ss.; *Hochschule Speyer* (ed.), Regierungsprogramme und Regierungspläne, 1973; *R. Mayntz, F. Scharpf* (ed.), Planungsorganisation, 1973; *W. Kewenig*, Planung im Spannungsverhältnis von Regierung und Parlament, DOV 1973, 23 y ss.; *H.J. Hoenisch*, Planifikation, 1974; *W.E. Pfister*, Regierungsprogramm und Richtlinien der Politik, 1974; *U. Scheuner*, Zur Entwicklung der politischen Planung in der BRD, en: F.f.W. Weber, 1974, 369 ss.; *M. Schoder*, Planung auf staatlicher Ebene, 1974; *B. Dobby*, Die politische Planung als verfassungsrechtl. Problem zwischen Bundesregierung und Bundestag, 1975; *D. Frank*, Politische Planung im Spannungsverhältnis zwischen Regierung und Parlament, 1976.

Sobre 1: § 37 IV 2; *P. Grottian*, Strukturprobleme staatlicher Planung, 1974, 215 ss.; *J. Hauschildt*, Entscheidungsziele, Zielbildung in innovativen Entscheidungsprozessen, 1977, 77 ss. 113 ss.

Sobre 2: § 14 I 3; *F. Grube* et al., Politische Planung in Parteien und Parlamentsfraktionen, 1976; *K. König* (ed.), Koordination und integrierte Planung in den Staatskanzleien, 1976; *H. Siedentopf* (ed.), Regierungspolitik und Koordination, 1976; *W. Brohm*, Strukturprobleme der planenden Verwaltung, JuS 1977, 500 y ss.

Sobre 3: *J. Th. Blank*, Regierungsplanung und parlamentarische Kontrolle, DVBl 1978, 193 ss.

En el Estado moderno, la planeación debe organizarse mediante división del trabajo: tanto la proposición de fines políticos, como el examen y preparación técnicos de los medios de realización deben enlazar ordenadamente entre sí. En especial hay que poner en movimiento y coordinar el extenso saber técnico que es necesario para comprender y regular condiciones de vida complejas.

1. Elección de objetivos y saber técnico. Desde un punto de vista típico-ideal, la selección de objetivos, se mutua ponderación y delimitación, así como su formulación programática recae en las instancias políticas. Las burocracias de partidos y ministerios aportan su conocimiento técnico coordinado (§ 37 IV); deben preparar oportunamente las bases objetivas de información para la selección de los objetivos políticos; además, elaborar los instrumentos más económicos y de mayor efectividad jurídica y técnico-administrativa para la obtención de estos objetivos; finalmente poner al descubierto, en la medi-

da de lo posible, los efectos secundarios y remotos del programa, tanto positivos como negativos, así como investigar, en lo particular, si su puesta en ejecución genera otras necesidades, sobre todo aquellas que hallaban una satisfacción latente en el medio actual.

Sin embargo, es obvio que, en la práctica, los objetivos y el instrumental para su realización no se presentan en aislamiento típico-ideal, sino que resultan de una conjunción de los razonamientos político y técnico. Con frecuencia la misma elección de objetivo se ve modificada en atención a los medios requeridos. Cuando más compleja es la situación, tanto más depende la elección de objetivo del saber técnico, en especial, del conocimiento de esta situación y de los medios y consecuencias de la realización del objetivo. La participación del saber técnico en la elaboración y comparación de las diversas alternativas de decisión es mayor en la medida en que sean más complejas las circunstancias que requieren esta decisión. Así, la función de la dirección política se ha convertido crecientemente de una simple "elección de metas", en la conducción del proceso de definición de objetivos.

2. Etapas de la concretización, problemas de coordinación. Los programas que los partidos elaboran, reinterpretan y revisan en sus congresos, desempeñan ya una función orientadora respecto de la política futura.

Estos programas básicos determinan decisivamente los programas electorales que los partidos elaboran para una próxima legislatura y presentan a los votantes. En esta etapa tiene lugar una retroalimentación significativa de los procesos de definición de objetivos políticos, con la voluntad probable del electorado. (§ 23 II 3).

Además, la concepción anticipada de futuros modelos de ordenación y programas de acción para la política, tanto interna como exterior, ha sido desde siempre, función característica del gobierno, que no se reduce meramente a la administración y la ejecución de la ley, ni encuadra fácilmente en el esquema clásico de la división de poderes (§ 31 III). En muchas ocasiones, los programas de gobierno constituyen la base para las actividades de política exterior y los proyectos de ley en la política interna.

Con frecuencia es posible dividir en planes particulares los planes, más amplios, del gobierno. La realización de un plan particular subordinado resulta ser entonces un medio para poner en ejecución el plan de mayor jerarquía. En el nivel del gobierno, el principio de cartera constituye un importante esquema de división según el cual las competencias de regu-

lación y planeación se asignan a los diversos ministerios conforme a ámbitos de funciones orientadas a una finalidad.

Si el Estado ha de estar a la altura de su función ordenadora, entonces los servicios de planeación así distribuidos deben coordinarse continuamente y ser integrados en un proyecto global de la política. Así, en el plano del gobierno hallamos varios mecanismos de coordinación; las directivas de la política dadas por el jefe del gabinete definen el marco de planeación. Las divergencias de opinión entre varios ministerios se resuelven obligatoriamente dentro del gabinete. Los ministerios cuya esfera de gestión pueda verse afectada por un proyecto de otro ministerio, reciben de éste información y una oportunidad de participación (práctica del "refrendo"). Además, se ha demostrado la conveniencia de crear oficinas de planeación especiales dentro de los ministerios y a nivel del jefe del gabinete, las cuales deben preocuparse, por coordinar ya en su etapa de desarrollo, los nuevos planes que trasciendan el plano de departamentos y ministerios, así como por descubrir a tiempo posibles conflictos entre los planes, para resolverlos mediante propuestas constructivas.

Son etapas importantes en la ejecución de los programas del gobierno: la elaboración de proyectos de ley, la preparación de tratados internacionales y de un plan de economía interna, del que se ha dicho que es, verdaderamente "el programa de gobierno traducido a las finanzas" (J. Heckel).

3. Gobierno y parlamento. Para la realización de sus objetivos, el gobierno necesita de la colaboración del parlamento. Este aprueba las leyes, ratifica los tratados internacionales, confiriendo así su forma obligatoria a la política del gobierno. Aprueba también los recursos económicos que permiten el gobierno ejecutar sus planes en el aspecto financiero. Pudiera pensarse que es de este modo como el parlamento mantiene un control completo sobre la política del gobierno.

Pero esto no es así. Una vez alcanzado el estadio de una realización parcial, una política de gobierno consecuente puede provocar un "movimiento obligado", pues los planes que esbozan concepciones a largo plazo sobre una base amplia (tal como la planeación del desarrollo) son capaces de forzar su continuidad, una vez iniciada la etapa de ejecución. La libertad de disponer sobre fines políticos, y particularmente la posibilidad de modificar objetivo se ve entonces restringida de hecho (cfr. también el § 23 II 4).

Debido a estas consecuencias, es de desearse, por principio, que el gobierno haga participar oportunamente al par-

lamento, y en especial a la oposición, en los procesos fundamentales de orientación de la política, para así atraer éstos, al menos en potencia, a la luz pública. En términos generales, esto sucede comúnmente a través de las declaraciones del gobierno; en este sentido los usos vigentes están ya en correspondencia con la situación constitucional anhelada. En no pocas ocasiones, el gobierno expone al parlamento, con motivo de una interpelación, planes concretos para el desarrollo, por ejemplo, en el campo de la energía atómica.

La participación del parlamento tiene un mayor grado de formalidad cuando se presentan proyectos concretos del gobierno en relación con la ley del presupuesto, con el fin de fundamentar los principios financieros previstos para ello. En repetidas ocasiones se exige una participación formal más acentuada del parlamento en la definición de los objetivos y medios de la política gubernamental mediante "leyes de programa", acaso siguiendo el modelo de la "*planification*" francesa, conforme al cual el gobierno establece un plan de varios años para el desarrollo económico y social que requiere de la aprobación parlamentaria a través de una ley formal.

Sin embargo, no debería perderse de vista que la tendencia hacia esta formalización de la planeación se halla en contradicción con la necesidad de mantener flexible la política. Por lo demás, son aplicables a la exposición de los proyectos políticos los requisitos de ponderación y límites a que está sometido, en general el mandato de la publicidad (§ 23 II 5).

III. Puede racionalizarse el proceso de planeación y decisión del Estado?

Sobre 1: C. Bohret, *Entscheidungshilfen für die Regierung*, 1 H.C. *Recktenwald* (ed.), *Nutzen-Kosten-Analyse und Programmbudget*, 1970; A. Nagel, *Leistungsfähige Entscheidungen in Politik und Verwaltung durch Systemanalyse*, 1971; H. Reiner mann, *Programmbudgets in Regierung und Verwaltung* 1975 (bibl.); P. Eichhorn, P. Friedrich, *Verwaltungsökonomie*, I 1976, 104 ss.; W. Blaas, P. Hensele, *Theorie und Technik der Planung*, 1978.

Sobre 2: N. Luhmann, *Die Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten*, en: *Die Verwaltung*, 1968, 3 ss.; F.H. Tenbruck, *Zur Kritik der planenden Vernunft*, 1972.

Las consideraciones de la planeación contienen siempre una selección entre varias alternativas posibles, las cuales poseen, respectivamente, ventajas e inconvenientes, y que dan mayor satisfacción en parte a éstas, en parte a otras necesidades relevantes. La comparación entre varias alterna-

tivas de la planeación es susceptible de racionalizarse hasta cierto punto. En ocasiones se han puesto esperanzas, obviamente excesivas, en las posibilidades de la planeación racional. De ello depende entonces la expectativa irreal de que la política es concebible, en general, como quehacer racional. De ahí la importancia capital de tener presentes, a grandes rasgos cuando menos, las posibilidades y los límites de un proceso calculable de planeación y decisión.

1. Métodos de una racionalización. Se alcanzaría un grado relativamente elevado de racionalización, si la planeación tuviera como único objetivo el de la utilidad económica. En este caso, un programa global (por ejemplo: mejoramiento de la situación económica en barrios pobres) podría dividirse en una serie de programas particulares (por ejemplo, establecimiento de fábricas, creación de un tráfico de abastecimiento a las regiones industriales ya existente, de cursos de aprendizaje y capacitación, asistencia médica).

Luego debe hacerse un cálculo aparte de costos/beneficios respecto de cada programa específico, esto es, sobre la relación existente entre costos y beneficios si se empleara esta o aquella cantidad en la realización de un programa determinado. Después habría que variar los gastos proyectados respecto de cada programa particular, con el fin de establecer los límites dentro de los cuales el beneficio económico supera a los costos, así como los gastos óptimos (en que la relación entre costos y beneficios es la más elevada). De estas variantes de los programas particulares se podría entonces seleccionar y combinar entre sí, en términos económicos, aquellos en que la utilidad rebasa los costos; o bien, se puede reunir las variantes óptimas.

Por lo general, el análisis de las decisiones políticas no puede aspirar exclusivamente a una finalidad única (como el beneficio a la economía nacional), sino que debe someter a consideración metas diversas. En el ejemplo del saneamiento de barrios pobres, tales serían, entre otras: el beneficio económico, el mejoramiento de la salubridad, una alimentación más abundante, una vivienda más agradable, una mayor satisfacción de los deseos ocupacionales y la disminución de la criminalidad. Se intentará sopesar todos los objetivos sometidos a consideración, para lo cual es deseable determinar, en forma susceptible de un mayor o menor consenso, la importancia relativa (expresada en un porcentaje) que debe atribuirse a cada uno de los objetivos parciales (en comparación con el resto de ellos).

Los objetivos parciales y su peso pueden asentarse en una matriz, asignándoles las distintas medidas capaces de contribuir a su realización, por ejemplo: construcción de viviendas,

creación de cocinas populares, atención médica, asentamiento de fábricas, establecimiento de un tráfico de suministro a las zonas industriales existentes, de cursos de adiestramiento y capacitación, introducción de rondas policíacas.

Después se puede intentar expresar con valores numéricos (más o menos exactos) la probabilidad con la que cada una de estas medidas habrá de conducir a la realización de cada meta parcial. Si se multiplica cada valor probabilístico con la importancia que se ha asignado a un objetivo parcial, se obtiene el valor parcial de utilidad de la medida correspondiente (que ésta posee respecto del fin global, por el hecho de que conduce con una probabilidad determinada a la realización de una finalidad). El valor total de utilidad de una medida particular se obtiene al sumar los valores parciales de utilidad que aquella tiene respecto de todos los objetivos parciales. De este modo se puede calcular el beneficio total que proporciona cada medida en lo individual.

De manera similar hay que estimar las desventajas de cada medida. Los inconvenientes referidos a un objetivo pueden incluirse ya en las consideraciones antecedentes (con cifra negativa), mientras que otras desventajas deben evaluarse por separado. Se trata de medidas que son benéficas a todas luces; basta con apuntar como "desventaja" los costos necesarios.

A continuación es posible determinar en qué grado la utilidad total de cada medida supera a la desventaja total. Para terminar, se pueden jerarquizar las diversas medidas de acuerdo con la magnitud de este "beneficio excedente" que cabe esperar de cada una de ellas.

2. Límites de la racionalización. No obstante, las técnicas del género mencionado no justifican su fe ciega en la planeación.

Un primer límite a la racionalización de la planeación viene dado por la circunstancia de que los diversos fines posibles que han de incluirse en las consideraciones de un plan, requieren de una ponderación, y esta ponderación provoca divergencias; las disposiciones valorativas de los hombres son distintas y no susceptibles de una solución racional (lo cual no impide insertar las valoraciones personales en un procedimiento "racional" orientado, por ejemplo, hacia una decisión mayoritaria). La relatividad de las valoraciones individuales se refleja en las preferencias respectivamente imperantes en la comunidad. Estas inclinaciones se hallan sujetas a tiempo y situación, y frecuentemente se desplazan ya en el curso de la realización del plan, incluso en razón de la satisfacción misma de las necesidades.

Una segunda limitación a la racionalización reside en la imposibilidad de predecir con exactitud el acontecer social.

Y ello no es factible primeramente porque en el acontecer proyectado desempeña un papel la acción humana, que no se halla rígidamente determinada, y sí es influida por necesidades y representaciones valorativas cambiantes (§ 2 IV).

Sin embargo, los pronósticos exactos tampoco son posibles debido a la complejidad de las situaciones que ha de comprender y regular la planeación. Ante todo, no se puede abarcar plenamente las interdependencias y los efectos laterales con que debe contarse al intervenir en la estructura social. Los hechos sociales complejos pueden entenderse en muchas de sus conexiones y repercusiones, pero no en todas, y se les juzgará siempre sólo en forma selectiva. Incluso las organizaciones administrativas de planeación suelen estar programadas para ciertas tareas, por lo cual se marca institucionalmente, el límite de su horizonte, es decir, la selectividad de su atención y sus reflexiones.

A esto se agrega la urgencia del tiempo que limita todo análisis. Con alguna exageración ha descrito Tocqueville (DA II 1, cap. 10) este apremio para la acción: "El hombre que obra tiene frecuentemente que contentarse poco más o menos con lo que consiga, porque nunca llegaría al término de su objetivo si quisiese perfeccionar cada cosa individualmente... El mundo no se conduce mediante largas y sabias demostraciones, pues la visión rápida de un hecho particular, el estudio de las mudables pasiones de la muchedumbre, la casualidad del momento y la habilidad de aprovecharse de él, deciden en todos los negocios". Para la sociología de hoy, es una verdad de Perogrullo que la capacidad para planear y decidir racionalmente depende de las limitadas condiciones de la percepción humana y de la escasez del tiempo; aun éste incide selectivamente sobre las "metas objetivas que se pueden perseguir y las informaciones que se pueden aprovechar" (Luhmann RS, 350).

El proceso de conformación racional de la sociedad, emprendido con la planeación, se encuentra "abierto" en el sentido de que requiere cerciorarse continuamente del grado en que se han alcanzado los objetivos con los medios aplicados; también de que, mientras tanto, se ofrezcan medios más adecuados para la obtención de estos fines, o quizá que los objetivos y prioridades en que se sustenta la planeación hayan cambiado ya.

§ 37. El papel de la burocracia

M. Weber, WuG; id., GesPolSchr., 308 ss.; *A. Kättgen*, Das Deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, 1929; *C. A. Emge*, *A. Gehlen*, Bürokratisierung, K.Z.f. SS 8 (1950/51), 179 ss.; *R. K. Merton* (ed.), Reader in Bureaucracy, 1952; *Th. Eschenburg*, Bemerkungen zur

deutschen Bürokratie, 1955; *Finer* III, 201 ss.; *F. Morstein Marx*, Einführung in die Bürokratie, 1959; *Lange*, 161 ss.; *M. Teschner*, en: *EvStL*, 237 ss.; *R. Mayntz* (ed.) Bürokratische Organisation, 1968. ²1971; *H. Jacoby*, Die Bürokratisierung der Welt, 1969; *M. Albrow*, Bürokratie (ingl. 1970) al. 1912; *R. Mayntz*, Soziologie der öffentlichen Verwaltung, 1978; *E. Kamenka*, *M. Krygier*, Bureaucracy, 1979; *W. Rudolf*, *F. Wagener*, Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart, en: *VVDStRL* 37 (1979), 175 ss.

I. La indispensabilidad de la burocracia

En todos los sistemas modernos de planeación y regulación, no sólo de la administración estatal (a la que aquí nos circunscribimos), sino también de la economía, de los partidos, de las asociaciones y de los medios de comunicación masiva, se plantea la tarea de gobernar idóneamente estados de cosas complejas. La burocracia, entendida como combinación organizativa de funcionarios especializados, constituye, con mucho, el instrumento más efectivo para tal fin. Se trata, pues, de adjudicar, mediante división del trabajo, tareas complejas a los especialistas y, a la vez, de coordinar sus funciones.

En consecuencia, al crear una burocracia, deben resolverse dos problemas básicos: primeramente, una división vertical y horizontal de las funciones, tan económica como sea posible, a través de esquemas de distribución de asuntos y ordenanzas de competencias; en segundo término, la garantía de una coordinación eficaz.

Según constata Max Weber, la moderna administración de masas tiene que "elegir entre la burocratización y el diletantismo". La eficacia de la tramitación de asuntos por la burocracia se funda en el saber profesional, "la precisión, la rapidez, la univocidad, la oficialidad, la continuidad, la discreción, la uniformidad, la rigurosa subordinación, el ahorro de fricciones y de costas objetivas y personales" (*M. Weber WuG*, 128 s.; 561 s.; *ES*, 178, 731).

II. La estructura de la burocracia y el estilo de la administración burocrática

Sobre 1 y 2: §§ 14 I, IV 1; 36 II 1; *A. Kieser*, *H. Kubicek*, Organisation, 1977 43 ss.; *B. Rückwardt*, Koordination des Verwaltungshandelns, 1978; *H. Scholz*, Ein Organisationsmodell für Bundesministerien, *DOV* 1979, 229 ss.

Sobre 3: *K. Mannheim* (citado en el § 36), 374 ss.

Sobre 5: *F. Morstein Marx*, Freiheit und Bürokratie, *ARSP* 42 (1956), 351 ss.; *C. N. Parkinson*, Parkinsons Gesetz, (ingl. 1957) al. 1958; *C. H. Ule*, Parkinsons Gesetz und die deutsche Verwaltung, 1960.

1. **Especialización.** La resolución de asuntos mediante división del trabajo conduce a la especialización, a la cual la burocracia debe, por un lado, su gran eficiencia en el manejo técnico de situaciones complejas. Por otro lado, la especialización presenta inconvenientes considerables.

Encubre, ante todo, los riesgos del perfeccionismo en el detalle, del egoísmo y la ceguera seccionales, ya que resultan sobrevalorados los intereses para los cuales se es experto y de los cuales uno se ocupa constantemente, mientras que otros son desatendidos o subestimados. Esta deficiencia puede compensarse mediante la participación (por ejemplo, con el "refrendo") de otras dependencias o autoridades. De este modo se combinan el saber técnico y la experiencia de varios especialistas. Por otro lado, esta técnica es lenta y costosa; será económicamente viable sólo cuando deba obtenerse un resultado valioso y equilibrado (como es el caso de la elaboración de un proyecto legislativo).

La distribución de todas estas funciones estatales en un esquema de sectores objetivos presenta un peligro de abandono de las tareas públicas no "programadas" y, en relación con esto, una tendencia a la inmovilidad que hace aparecer a la burocracia como atrasada. De ahí que se plantee la exigencia de mantener abierto el aparato burocrático frente a las nuevas tareas públicas y, en lo posible, de institucionalizar esta adaptabilidad por medio de un personal de planeación propio.

2. **Coordinación y "formalización".** La resolución de tareas complejas mediante división del trabajo requiere, por un lado, de la especialización y, por el otro, de la coordinación (integración) de las funciones así desempeñadas. Las normas de distribución de asuntos y las ordenanzas de competencias cumplen entonces con la doble tarea de dividir funciones y de coordinarlas en formas determinadas.

El desempeño de un cargo mediante "normas generales susceptibles de aprendizaje, más o menos fijas y más o menos completas" (M. Weber WuG, 552; ES, 718), tales como las disposiciones jurídicas que "programan" en forma general las actividades concretas de la burocracia, contribuye primeramente a la coordinación de los actos oficiales. Entre las normas generales se cuentan también los reglamentos de servicio y las disposiciones administrativas internas; éstas son instrucciones generales para el ejercicio de facultades discrecionales que son dictadas en cumplimiento de la "vigilancia técnica". Los planes y esquemas generales de objetivos adquieren creciente relevancia como instrumentos de dirección y coordinación racionales de la acción oficial.

A esto se añaden actividades de coordinación que se realizan solamente en el caso particular, y cuyo funcionamiento puede ser jerárquico o guiarse por el principio de acuerdo propio.

Las facultades de vigilancia son de naturaleza "jerárquica". A ellas pueden ir unidas diversas atribuciones: el derecho de dictar instrucciones particulares que regulen el ejercicio de la discrecionalidad (vigilancia técnica); o simplemente el derecho de oponerse a los actos antijurídicos de funcionarios e instancias inferiores; además, el derecho de avocarse la decisión de un asunto; finalmente, el derecho de revisar una resolución con base en un recurso, de anularla y de dictarla nuevamente (§ 14 I 2). La estructura jerárquica, monocrática de autoridades y organizaciones de autoridades satisface la necesidad de una pronta reacción y de una proposición clara de objetivos. Por otro lado, presenta desventajas a las que se intenta subsanar mediante elementos "cooperativos" (§ 14 IV 1).

La coordinación puede realizarse también, en lo fundamental, a través del acuerdo de los interesados. Ejemplo de ello es la práctica por la cual los ministerios requieren la participación de otras dependencias en las decisiones que afectan los intereses de éstas; en caso de malograrse este acuerdo, la decisión obligatoria puede obtenerse por acuerdo del gabinete (§ 41 II 2).

3. Calculabilidad e imparcialidad. El desempeño de su cargo según reglas generales y calculables en lo posible, favorece no solamente la coordinación formal de la acción de la autoridad. Además, la sujeción a una regla abstracta cumple con un postulado del Estado de Derecho, el de la previsibilidad y el control de la acción estatal (§ 30 I). Igualmente satisface la necesidad de "igualdad jurídica en el sentido personal y real". Promueve una resolución "objetiva" es decir, una resolución "sin acepción de personas" (M. Weber WuG, 562, 567; ES, 732, 738). Cuando menos en un sentido típico-ideal, el que la burocracia desempeñe sus tareas *sine ira et studio*, objetivamente ("discreción conforme a deber") y sin acepción de la persona, forma parte del estilo de su administración.

Junto con la jurisdicción, corresponde particularmente a la burocracia ocupada por un funcionariado profesional adiestrado, la tarea de actuar como representante del saber técnico, de la objetividad y como "poder imparcial" en el conflicto de intereses de las fuerzas sociales. Esto quiere decir que, en sus resoluciones administrativas y proyectos de ley, la burocracia debe equilibrar con justicia e imparcialidad los intereses presentes en la comunidad (§§ 26 V 1; 27 II). En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha considerado a la burocracia profesional como institución que, "fundada en el saber objeti-

vo, el rendimiento profesional y el cumplimiento leal del deber, debe garantizar una administración estable y representar así un factor de compensación frente a las fuerzas políticas que configuran la vida del Estado" (BVerfGE 7, 162).

Es evidente que, en la sociedad pluralista, la burocracia no es susceptible de una diferenciación de una medida conforme al modelo típico-ideal de la separación de Estado y sociedad (§ 27 II 3). Según parece, un enfoque realista tendrá que resignarse a que la estructura social pluralista se refleje en alguna medida en las actividades de la burocracia. Las presiones de los grupos de poder pluralistas perturban la imparcialidad de la burocracia, ya sea porque ejerzan influencia sobre el jefe político de las administraciones municipales o de los ministerios, o bien, que impulsen hacia los puestos burocráticos a personas de quienes esperan un especial favor (§ 26 III). Aparte de tal patrocinio de los cargos y el correspondiente oportunismo, también el compromiso natural con el ámbito de vida administrado puede dar origen a que el funcionario se identifique precisamente con los intereses que debe administrar. Existe el peligro de que la lealtad del empleado hacia el Estado se deforme y convierta, de este modo, en lealtad hacia un partido, sindicato o iglesia.

4. Tramitación confidencial de los asuntos. Las burocracias se inclinan a impedir que el saber oficial interno se haga público. Esta tendencia se halla objetivamente condicionada y justificada en parte, pues a menudo satisface el interés, del ciudadano afectado, en la discreción. En muchas ocasiones, por el contrario, se debe a un interés público perentorio. Los planes para la defensa nacional, por ejemplo, no pueden darse a la publicidad, y las negociaciones diplomáticas rara vez se desarrollan completamente a la luz pública.

Pero, por encima de estas razones objetivas, el interés de la burocracia en el poder favorece su propensión al manejo confidencial del saber oficial y de servicio. "Toda burocracia procura incrementar esta superioridad del saber profesional por medio del secreto de sus conocimientos e intenciones" (M. Weber WuG, 572; ES, 744).

La tendencia hacia la tramitación confidencial de los asuntos entra en innegable conflicto con el principio democrático del control público del poder estatal, tanto más si la burocracia constituye un factor verdaderamente importante de este poder público (§ 23 II 5).

5. Pro y contra del estilo burocrático. Las reflexiones planteadas hasta este punto nos revelan ya con claridad la ambivalencia del estilo de la administración burocrática: la superioridad de la especialización y la movilización del saber técnico en

el detalle tienen como contrapartida —en todo caso desde la óptica típico-ideal la “ceguera seccional” del burócrata, esto es, el horizonte limitado que es propio del especialista. A la sujeción a reglas, la uniformidad y objetividad de la acción burocrática corresponden —nuevamente como tipos ideales— la obstinación del burócrata, su “impersonalidad” y la carencia del “sentido común” que sabe ajustarse a las peculiaridades de la situación. La tramitación confidencial de los asuntos no sólo sirve a los intereses legítimos en la discreción, sino que contribuye a edificar el poder burocrático y a sustraerlo del control público.

La desarticulación de extensas tareas estatales en funciones específicas, así como su coordinación análoga a un engranaje, también traen consigo, aparte de las ventajas mencionadas, considerables inconvenientes e incluso peligros graves. Detrás del “curso regulado” de los negocios oficiales, se oculta, con harta frecuencia, la cómoda rutina, la pereza mental, la carencia de iniciativa y de una sensibilidad despierta hacia la situación, así como la falta de sentido de responsabilidad. Junto con las funciones, se fragmenta también la responsabilidad por el resultado global y disminuye, en suma, cuando todos se sienten exonerados de ella por el sistema dentro del cual sirven. De ahí la propensión de las burocracias a la torpeza, a la disminución del sentido de responsabilidad, incluso a “automatismos” peligrosos.

A ello se suman otros elementos negativos del burocratismo, menos alarmantes pero sí molestos y costosos: la complejidad y la lentitud del procedimiento burocrático, la estrechez de miras del burócrata que considera obvias e importantes todas las minucias de su esfera y, finalmente, la aversión a abandonar los caminos trillados. Bajo el rubro de “molesto y costoso” debe incluirse también la “introversión” de la burocracia: cuanto mayores son sus dimensiones, tanto más vigorosamente tiende a convertirse en su propio fin. Ello se demuestra por ejemplo, en el incremento de modelos de cooperación complejos y de estériles conflictos de competencia, pero también en la propensión a extender el aparato mismo. Por la incapacidad de limitar disciplinadamente su trabajo a lo esencial, es frecuente que los jefes de autoridades y dependencias estimulen la multiplicación de plazas. Muchas veces esto ocurre por ambición, sobre todo si las oportunidades de ser promovido aumentan conforme crece el aparato subordinado a uno.

III. Componentes personales

Staatsdienst in der BRD, 1972, 147 ss.; Bericht der Kommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, 1973; H. Hattenhauer, Geschichte des Beamtentums, 1980.

Sobre 1: N. T. Gönner, Der Staatsdienst, 1808, SS 58 ss.; Finer III, 225 ss., 295 ss., 325 ss., 355 ss.; W. Pippke, Karrieredeterminanten in der öffentlichen Verwaltung, 1975; G. Brinkmann, Aufgaben und Qualifikation der öffentlichen Verwaltung, 1976.

Sobre 2: Th. Eschenburg, Der Beamte in Partei und Parlament, 1952; A. Frowein, Die polit. Betätigung des Beamten, 1967; K. Laewenstein, (citado en el § 41), 468 s., 473 ss.; G. Sturm, Die Inkompatibilität, 1967, 41 ss.; J. Baltes, Die Neutralität des Berufsbeamten, 1973; P. Dagdoglou et al., Verfassungspolitische Probleme einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, 1973, 43 ss., 86 ss.; B. Steinkemper, Klassische und politische Bürokraten in der Ministerialverwaltung, 1974; G. Püttner, Zur Neutralitätspflicht des Beamten, en: F. f. C. H. Ule, 1977, 383 ss.

La selección, *status* y deberes de los titulares de un cargo tienen como objetivo el rendimiento y la imparcialidad de la burocracia.

1. Garantías de la eficiencia. En interés del rendimiento de la burocracia, el acceso a sus puestos se asocia básicamente a la comprobación de una cualificación profesional. Dentro de la burocracia existen carreras de diversas categorías; según la categoría, los requisitos de preparación y examinación son cada vez más exigentes. Inclusive dentro de las diversas carreras, la situación inicial (oportunidades de destacar, perspectivas de ascenso) se atiene al certificado de cualificación obtenido en un examen presentado bajo condiciones competitivas. Esto ocurre bajo la suposición, frecuentemente confirmada, de que por regla general, el rendimiento profesional es equivalente al de un examen, si es que el sistema de reconocimiento utiliza criterios de selección adecuados al empleo, esto es, si el rendimiento exigido en la prueba se aproxima lo más posible al requerido en la ocupación a desempeñar.

El ascenso se produce con base en los conocimientos y en la experiencia profesional adquirida. Sin embargo, no es fácil reglamentar el ascenso a los puestos superiores de la burocracia también conforme a los criterios, claramente acreditables, de la aptitud, capacidad y rendimiento, en razón de las dificultades que presenta la inclusión de todos los atributos necesarios para las posiciones de dirección en exámenes de colocación "objetivos". En este sentido, hay que pensar no sólo en capacidades intelectuales como la imaginación, el discernimiento y la mesura, sino también en cualidades del carácter como la capacidad de imponerse y la disposición al compromiso, la audacia y el tacto. Para apreciar estos rasgos y otros similares se requieren elementos de juicio adicionales que pueden obtenerse

de modo medianamente neutral dentro de la burocracia y que desembocan en la cooptación de las élites burocráticas (§ 22 II 3).

Este sistema de cualificación y de carrera se ha desarrollado principalmente en Alemania (en concurrencia con otros principios de selección) y ha sido adoptado, entre tanto, por muchas otras burocracias. Con todos sus defectos, es todavía el mejor modelo para la selección de personas. El patrocinio de los cargos fundado en criterios no objetivos, es decir, que no dependen de la cualificación profesional, resulta posible, de hecho, en alguna medida (§ 26 III), pero viene a ser irregular, y si desprecia groseramente el principio del rendimiento, enfrentará habitualmente la resistencia de una burocracia consciente de su condición.

La eficiencia de la burocracia requiere, además, que el desempeño de sus funciones sea para los burócratas una ocupación principal. La realización de tareas públicas como actividad secundaria funciona, por lo común, "más lentamente, menos sujeta a fórmulas, con menos precisión y uniformidad, porque es más independiente de las autoridades superiores y... resulta con frecuencia más costosa de hecho" (M. Weber WuG, 562; ES. 731).

Contribuye a una eficaz coordinación de las funciones burocráticas la disciplina interna, que es garantizada por un derecho disciplinario propio, por el *ethos* profesional y, sobre todo, por las oportunidades de ascenso.

2. Garantías de la imparcialidad. La función de los órganos estatales, que consiste en procurar una compensación justa (II 3), se refleja en el tradicional deber de imparcialidad y honradez de jueces y funcionarios y, particularmente, en la obligación burocrática de servir a todo el pueblo y no a un partido, de realizar las tareas con imparcialidad y justicia, y de tomar en consideración el bien de la colectividad en el desempeño de un cargo.

El deber de objetividad e imparcialidad debe quedar institucionalmente asegurado, particularmente al "desprender" los papeles estatales, es decir, haciéndolos tan independientes como sea posible de la influencia de grupos particulares de interés u opinión (§ 27 III 3). Tal "institucionalización de la independencia" es de difícil realización respecto de los miembros de los cuerpos legislativos en la realidad constitucional actual (no obstante el reconocimiento verbal del mandato representativo, § 24 III). Tanto más apremiante resulta esta independencia en los ámbitos de la burocracia y la jurisdicción.

Favorece esta independencia el que los burócratas ejerzan su

cargo como ocupación principal, por la cual reciben una remuneración y atención adecuadas que los libera del cuidado por la subsistencia, y que les impide dedicarse a cualesquiera otras actividades que comporten lazos de interés.

Otra garantía de la independencia consiste en el nombramiento vitalicio de los burócratas, de modo que no pueden ser arbitrariamente removidos de su cargo ni se vean obligados, como los funcionarios electos por un periodo, a tomar en consideración aquellos grupos que pueden influir sobre su reelección. Al mismo tiempo, gracias al principio vitalicio se obtiene en la burocracia un factor de continuidad y estabilidad que actúe como refugio del saber técnico y la experiencia de servicio, frente al cambio de los gabinetes y las mayorías en partidos y parlamentos, que pueda llevar a cabo consecuentemente la planeación a largo plazo, mas allá de un periodo legislativo, y que, en suma, permita al Estado superar una serie de crisis en el gabinete sin caer en la desorganización. Las ventajas que aporta el principio vitalicio requieren, sin embargo, ciertas restricciones al rigorismo democrático, pues en un determinado sector de la actividad estatal es necesario postergar el postulado democrático de que los funcionarios del Estado pueden ser removidos en todo momento de su cargo, o que al menos requieran una confirmación periódica en él.

La independencia de los burócratas presupone que éstos sean seleccionados conforme al principio del rendimiento, el cual no sólo promueve la eficiencia, sino que (en tanto es un criterio de selección "objetivo", referido a una función) elimina el influjo de los intereses. Mientras no se hallen providencias institucionales adecuadas que garanticen que los burócratas sean empleados y promovidos estrictamente según su aptitud, capacidad y rendimiento profesional (cfr. el art. 33, inciso 2 LF), el campo para el oportunismo seguirá siendo amplio. Sin estas garantías, incluso, el funcionario vitalicio se halla expuesto, dentro de la burocracia, a la tentación de ser parcial en todo caso cuando ya no espera una promoción o ya no teme un traslado.

Sin embargo, es difícil hallar técnicas procedimentales que garanticen positivamente la objetivización de la carrera burocrática. Tanto más apremiante es la finalidad negativa de impedir influencias extrañas y corruptoras, particularmente el patrocinio de los cargos por partidos y asociaciones, para así diferenciar lo más posible la función del burócrata. La exigencia de una mayor incompatibilidad del papel de burócrata con las funciones ejercidas en otros ámbitos de poder, del Estado o la sociedad, se plantea entonces no sólo en interés de una separación de poderes organizativa y social, sino también en provecho

de la independencia de los funcionarios. La costumbre tradicional de no designar para un alto puesto burocrático a nadie que no tenga que presentar un examen último (aparte de otras cualificaciones), introduce un factor objetivador en el proceso de selección. Una función similar desempeña la práctica mencionada de otorgar los ascensos preferentemente con base en evaluaciones internas de la burocracia. Se ganaría una eficaz defensa contra las influencias extrañas si se estableciera como costumbre, que el compromiso personal de un partido o grupo de presión fuera más perjudicial que benéfico a la carrera burocrática. Sólo bajo estos supuestos queda libre el burócrata de la tentación de pactar con grupos influyentes para acrecentar sus posibilidades de progreso. Sólo así será digna de crédito la función del Estado como "poder imparcial" en este importante ámbito (§ 27 II 3).

En profunda contradicción con todos estos requerimientos se halla la práctica que consiste en promover hacia las posiciones superiores de la burocracia a funcionarios comprometidos con algún partido político. Volveremos todavía sobre los principales motivos de este fenómeno (IV 3). Independientemente de que esto constituye un proceso negativo, se sobreentiende que una carrera burocrática determinada por criterios puramente objetivos es un tipo ideal al que la realidad de la administración no logrará más que aproximarse. En la práctica no es posible evitar del todo que entre los miembros de la burocracia se establezcan lazos de solidaridad y protección personal que influyan sobre su carrera.

IV. Burocracia y dirección política

Sobre 1 y 2: *Th. Ellwein*, *Regierung und Verwaltung*, I 1970, 19 ss.; *G. Schmid*, *H. Triber*, *Bürokratie und Politik*, 1975, 122 ss.; *A. Peyrefitte*, *Was wird aus Frankreich?* (fr. 1976) al. 1978, caps. 16 ss.; *R. Steinberg*, *Faktoren bürokratischer Macht*, en: *Die Verwaltung*, 1978, 309 ss.; *Th. Würtenberger*, *Staatsrechtliche Probleme* (citado en el § 36), 165 ss.; *Th. Leuenberger*, *Führung gegen Bürokratie*, en: *Rechtstheorie*, 1980, 443 ss.

Sobre 2: *M. Weber* *WuG*, 127, 833, 836 s.; *id.*, *GesPolSchr*, 322 ss.

Sobre 3: bibliografía de III 2.

1. El poder del saber técnico y de la organización establecida. En el Estado moderno, la inevitable organización de dominación representa, como tal, un fuerte elemento oligárquico-elitista (§ 22). La burocracia es, dentro de esta organización, un factor de poder que, por su parte, posee un cierto grado de independencia frente a los órganos políticos de los poderes legislativo y ejecutivo. A través de la elaboración de información y propuestas de decisión, la burocracia ejerce una considerable

influencia sobre los estudios y resoluciones del parlamento y el gobierno.

En primer término, la burocracia debe su peso específico al hecho de que constituye una estructura de sujetos de papeles burocráticos sólidamente establecida, coordinada, disciplinada y unida incluso, por un espíritu de cuerpo. Lo debe, en segundo lugar, a su saber técnico, esto es, sus conocimientos especiales, su familiaridad con las disposiciones jurídicas aplicables y su "saber de servicio" que va más allá de los simples conocimientos técnicos, esto es, los conocimientos adquiridos de la experiencia específica del servicio o depositados en actas (M. Weber WuG, 129; ES, 179). En tercer lugar, la estabilidad de la burocracia frente al cambio relativamente rápido de los funcionarios políticos, le permite poseer un peso propio y no ser reducida al papel de simple instrumento técnico en manos de los políticos.

El jefe político de una autoridad se halla supeditado al asesoramiento técnico de su ministerio, aun tratándose de decisiones políticas, ya sea en el campo de la política exterior, la económica, financiera o de estrategia militar. Frente al empleado capacitado y experimentado en la administración, el político se halla "en la misma posición en que se encuentra el 'diletante' frente al 'especialista'" (M. Weber WuG, 572; ES, 744).

El requerir ampliamente la capacidad de trabajo del jefe político de la autoridad, presentándole "problemas pendientes" y propuestas de solución que orienten su actividad hacia determinados temas, forma parte de los medios de dirección de la burocracia. Además, los burócratas actúan como "cancerberos" ("*gatekeeper*") del flujo de información que llega en lo interno al jefe y que reclama su atención. Es por sobre todo la exposición deformada de las posibles ventajas e inconvenientes de una medida que puede influir sobre las decisiones del jefe según los deseos de la burocracia, particularmente si la escasez del tiempo le impide a aquél investigar por cuenta propia.

Finalmente, cuando se trata de aplicar reglamentos, la burocracia conserva todavía medios para imponer su voluntad: empezando por el uso de facultades discrecionales en su provecho, hasta la obstaculización y el sabotaje de las instrucciones de la dirigencia política, siguiendo acaso el dicho: "Rusia es grande y el zar está lejos".

El poder burocrático del saber técnico, por un lado, y la voluntad política creadora del parlamento, por el otro, dan origen, en la realidad política, a un peculiar equilibrio de los poderes, en el cual la censura corre por debajo del plano del gabinete, mientras que el correspondiente esquema jurídico-constitucional lleva una existencia puramente fantasmal en

tanto la mayoría parlamentaria y el gabinete se hallen bajo control de los partidos dominantes y no garanticen un equilibrio de poderes que pueda tomarse en serio (§ 31 IV).

2. Límites del saber técnico. Desde la óptica típico-ideal, los límites del saber técnico residen en su función meramente instrumental, pues debe revelar la forma técnica de lograr objetivos preestablecidos. Sin embargo, no se halla especialmente calificado para decidir, en último extremo, cuáles son los fines políticos a alcanzar. Esta limitación del saber técnico se traduce en que, a la cabeza de los ministerios (y en forma similar, de las grandes empresas económicas) se hallan políticos (o empresarios) que representan un compromiso de tipo distinto del que corresponde al carácter instrumental del asesor experto, a saber, el compromiso en favor de objetivos políticos (o empresariales), cuya elección no es problema del mero saber técnico.

Precisamente porque el saber técnico cumple con una función instrumental, y dado que su fuerza radica en señalar y aplicar técnicas para la realización de fines preestablecidos, uno y el mismo aparato burocrático es susceptible de ponerse efectivamente al servicio de fines políticos o sistemas de dominación diversos. Max Weber (WuG, 570 s.; ES, 742) enumeró algunos ejemplos al respecto: "El sistema burocrático racionalmente ordenado sigue funcionando cuando el enemigo ocupa el territorio y se apodera de los puestos superiores" y también bajo "el cambio de gobernantes, el aparato del dominio ha seguido siendo el mismo en Francia desde el Primer Imperio".

No obstante, en la práctica el entrelazamiento de saber técnico y decisión política es más fuerte de lo que pudiera indicar su confrontación típico-ideal. Aunque el centro de gravedad y la fuerza específica de la actividad burocrática residen en el saber técnico coordinado, no se limitan en modo alguno a éste (§ 25 III). En las situaciones complejas, la definición de objetivos se guía por el saber técnico, especialmente por el conocimiento de las circunstancias y de los medios y las consecuencias de la decisión (§ 36 II 1). De igual manera, la función de la burocracia como factor de justo equilibrio en los conflictos de intereses, tampoco es cuestión del mero conocimiento técnico. Además de lo anterior, las burocracias pueden desarrollar una "obstinación" política y asumir funciones políticas.

Es conocida la tendencia de la burocracia hacia un conservadurismo que vacila en adaptarse a las cambiantes circunstancias, necesidades e imágenes guía. En parte esto se debe, a la inercia, pero en parte, también a la prudencia del práctico experimentado que titubea en renunciar precipitadamente a las instituciones ya acreditadas para experimentar con modelos

nuevos cuyos costos e inconvenientes no es posible, todavía, estimar por completo.

Precisamente en la burocracia ministerial surgen de la larga experiencia de los principales especialistas propuestas positivas que logran introducirse en los proyectos legislativos y medidas administrativas de los ministerios. Recuérdese en este contexto, la sugestiva "política" de los prusianos Schulze y Althoff como directores de educación superior, política que contribuyó decisivamente a conferir su antiguo prestigio a las escuelas superiores y a la ciencia alemanas: a través de la primacía dada a la investigación, el rigor de su escala de selección y el campo libre que al mismo tiempo concedió a las universidades. Inclusive llega a presentarse el caso de una burocracia que llena el vacío surgido por el fracaso de la dirigencia política en una época de continuas crisis de gobierno; un ejemplo de ello fue la Cuarta República Francesa.

Sin embargo, en muchas ocasiones, los programas de objetivos y las prácticas administrativas que desarrollan los burócratas adolecen de la ceguera seccional del especialista, de la deficiente capacidad para desechar los esquemas de pensamiento acostumbrados y ajustarse con sentido común a las necesidades y particularidades de la situación concreta, pero también de la ambición de poder de los pequeños y grandes potentados de la administración.

La elección de objetivos por los políticos se realiza generalmente en forma menos esquemática, con un mejor "sentido de la situación", en una "retroalimentación" más sensible con la actitud de los afectados y con la opinión pública. No obstante a menudo padece de unilateralidad de otra especie, de prejuicios partidistas, de favorecimiento hacia los grupos influyentes, y no menos de un deficiente conocimiento de las condiciones de realización.

Así, la confrontación de la burocracia y la instancia política, el diálogo entre el ministro en última instancia facultado para decidir y sus funcionarios profesionales, pueden conducir a la clarificación del proceso de decisión. Esto presupone que el ministro traiga consigo voluntad de objetividad, que no rehuya el esfuerzo considerable, y que posea la suficiente fuerza de mando, que a menudo se requieren para hacer prevalecer su opinión frente al aparato burocrático. La concurrencia de principios estructurales distintos permite precisamente el obtener del proceso político un resultado relativamente satisfactorio.

3. "Burocratas políticos". La separación de los papeles políticos y burocráticos en el Estado, hace realidad el postulado de la pluralidad estructural en un ámbito esencial (§ 29 I 3) y es una condición importante para la conservación de un

“equilibrio real de poderes” en un sector fundamental. Por las razones antes apuntadas, contribuye a la clarificación objetiva de las decisiones estatales y procura la subsistencia de un “factor neutral” en el proceso de decisión del Estado (§ 27 II 3). Todo esto contribuye a la diferenciación entre burocracia y dirección política, y todo esto se ve amenazado por un fenómeno que se ha denominado “burocratización de la política” y “politización de la burocracia”

La reglamentación cada vez más perfecta de todos los ámbitos de vida posibles, proporciona una fuerza creciente al aparato burocrático. La legislación se convierte más y más en asunto de expertos, los únicos que todavía tienen una visión de conjunto de los vínculos normativos de la regulación a adoptar. La burocracia amenaza con emanciparse de la autoridad del parlamento (§ 41 III 1). En la medida en que se hace menos transparente el complejo de normas y se infla más la burocracia, en igual medida se sustrae el ejecutivo al control parlamentario, simplemente porque la capacidad de trabajo y de control del parlamento es limitada.

Si los partidos políticos pretenden seguir dominando el proceso político, deben someter a control este poderío creciente de la burocracia. Esto ocurre progresivamente en la República Federal de Alemania al hacer ocupar las posiciones clave de la burocracia con miembros del partido. Sería de desearse a los partidos el discernimiento y la autodisciplina para anular este proceso; no obstante, sería condición previa para ello que también desapareciera el motivo para introducir en la burocracia un “control interno”, pues al mismo tiempo habría que limitar el crecimiento canceroso de las disposiciones y autoridades, hacer más simple y transparente el sistema de regulación, recortar las burocracias, permitiendo así su control por las instancias políticas:

La intervención de los partidos en la burocracia estatal constituye un proceso muy negativo. El patrocinio de los cargos corrompe la institución de un funcionariado imparcial, seleccionado conforme a cualidades puramente técnicas; elimina su “distancia del papel” y perturba la interacción, deseable por muchas razones, entre las instancias técnicas y las políticas; además, crea vasallajes fuera de lugar, y cultiva el oportunismo. A diferencia del parlamentario, el “control interno” por un partido político no actúa de modo democrático a la luz pública y con la participación equilibrada de todos los partidos, sino con el auxilio del acrecentamiento de los dominios de sus adeptos, que se sienten obligados a observar una buena conducta partidista.

4. La “indestructibilidad” de las burocracias. La burocracia

cia una vez establecida, pertenece a las formaciones sociales de más difícil demolición. Esto se debe a que el aparato burocrático es imprescindible en el moderno Estado de masas y de asistencia, para mantener en pie el orden y el suministro vital más elementales. No sólo en este aparato indispensable como estructura coordinada de las funciones estatales, sino también como portador del saber técnico y de servicio. Aparte de la sustitución de ciertos altos funcionarios, las revoluciones comúnmente dejan intacto el aparato burocrático. Así, por ejemplo, Hitler no destruyó la burocracia que encontró, sino que se aprovechó de ella. Por otro lado, las revoluciones comunistas han demostrado que la indestructibilidad de la burocracia tiene sus límites. Sin embargo, en este caso los nuevos detentadores del poder se vieron obligados a establecer inmediatamente un nuevo aparato burocrático, haciendo uso de importantes elementos estructurales de la anterior organización burocrática.