

Capítulo seis. La argumentación fundamentalista

7. Acerca de la formación metateórica de términos: La combinación de los esquemas “valor”, “principio” y “norma”	222
A. Acerca del esquema “valor”	223
B. Acerca de los esquemas “principio”, “norma” y “norma de principio” o “norma fundamental”	224
8. Acerca de la estructura tempórica de la sintaxis general de la Constitución	234
A. Acerca de las reglas temporales de la modificación	236
B. La orientación hacia el presente y el pasado. (Acerca de la estrategia de la adecuación actual)	239
C. Acerca de la orientación hacia el futuro	242
9. Sobre la aplicación general y la función pragmática de las estrategias sistemológicas	244
A. Sobre la utilización en el lenguaje filosófico, religioso y mítico	245
B. Sobre la utilización en la teoría de la ciencia y en los lenguajes técnicos	247
C. La función pragmática de la argumentación sistemológica	250
10. Sobre las condiciones pragmáticas de la sintaxis general de la Constitución y su función teórico-básica	253
A. Acerca de la situación política e ideológica en la época inicial del Tribunal Federal Constitucional	254
B. La sintaxis general de la Constitución como teoría básica del derecho positivo	255

a los esquemas generales. En cierto modo, la sintaxis general de la Constitución demuestra ser un sistema semiótico totalmente retórico, que integra en una teoría general de la Constitución, a través de reglas pragmáticas, el “sistema de argumentación” vinculado con esquemas particulares. Aquí puede dejarse de lado la cuestión de saber si esto se logra en cada caso en la medida deseada, ya que se trata de la demostración de reglas retóricas básicas, pretendida por el Tribunal Federal Constitucional. En cierto modo, los principios constitucionales transformados en reglas operativas marcan “lugares sintácticos vacíos” que tienen que ser llenados no arbitrariamente sino en la medida en que lo posibilitan el *status* retórico general y las reglas pragmáticas para la creación y admisibilidad de esquemas de argumentación.

7. *Acerca de la formación metateórica de términos: la combinación de los esquemas “valor”, “principio” y “norma”.*

La construcción del esquema sistemológico de argumentación ofrece un ejemplo impresionante de una estrategia de modificación moderada de los esquemas tradicionales. Como lo han mostrado la retórica holística fundamental y también las reglas de uso de principios constitucionales destacados, el Tribunal recurre, sin por ello atarse en general, al inventario tradicional de modelos metódicos y de modelos teórico-técnicos de argumentación a fin de, de acuerdo con las necesidades retóricas especiales, modificar una teoría judicial de la Constitución y, por así decirlo, introducirlos como decoraciones movibles, en el esquema retórico de la sintaxis general de la Constitución. En este apartado habrá de mostrarse que esta estrategia vale también para la formación de términos metateóricos preferidos. Pero también se llamará la atención sobre las dificultades y riesgos que resultan para un estilo de argumentación que abandona un uso ejercitado del lenguaje y descuida la historia del problema de los esquemas teórico-jurídicos.

Especialmente notoria es una forma de hablar que hemos ya encontrado en la enumeración de los principios principalmente utilizados por el Tribunal Federal Constitucional: las combinaciones de los esquemas metateóricos “valor”, “principio” y “norma”. El mayor grado de combinación lo logra en la expresión “norma fundamental valorativamente decisiva”, en cuyo lugar uno encuentra también esquemas como “decisión valorativa fundamental”, “valor fundamental” o “norma-pauta”.¹⁶² Esta

¹⁶² Cfr. cap. 6, inciso 3; *cfr.*, además, BVerfGE 3, 232; 6, 55; 9, 242; 13, 298; 14, 263; 17, 38; 21, 85; 23, 134; 24, 120; 28, 347.

forma de hablar es sorprendente, tanto más cuanto que el análisis técnico-dogmático y científico-social ha invertido mucho esfuerzo para diferenciar recíprocamente estas expresiones.

A. Acerca del esquema “valor”

En el uso del esquema metateórico “valor” nos hemos encontrado ya con la dificultad de averiguar el ámbito de aplicación semántica de este esquema. Como campos prioritarios de referencia resultaron ser las garantías constitucionales y los esquemas de argumentación calificados como derechos fundamentales. Pero la investigación de la expresión, en conexión con los esquemas holísticos “sistema” y “orden” mostró que la forma de utilización no es unívoca y que, de acuerdo con las funciones de la retórica holística fundamental, tampoco es probable que el Tribunal presuponga como obligatoria una limitación de estos esquemas a los “derechos fundamentales”. El esquema aparece como nombre y como signo icónico. En la expresión que aquí se investiga, se presenta como functor creador de nombres en un esquema metateórico. Finalmente, la vinculación con los “derechos fundamentales” crea una referencia con textos dicéuticos con funciones directivas. En este sentido, habría que juzgar al esquema-valor como expresión con función de enunciado. Pero una expresión no puede pertenecer simultáneamente a varias categorías sintácticas sin violar un uso sintáctico lingüístico con sentido.

Otros problemas surgen cuando uno se pregunta por la función metodológica, especialmente por los presupuestos pragmatológicos de validez a los que remite el uso del lenguaje. La vinculación con el functor iconizado “decidir” remite al esquema a la dimensión de la validez decisonista, relativa; las vinculaciones con las expresiones para indicaciones directivas que, como se ha expuesto, el Tribunal refiere también a la validez “suprapositiva”, habla en favor de la suposición de que el esquema es utilizado en textos con pretensiones de validez absoluta.¹⁶³ El uso variable y ambiguo del lenguaje es tanto más importante cuanto que los lenguajes especializados utilizan a menudo y de manera muy diversa el esquema-valor.¹⁶⁴ Tampoco el lenguaje ordinario general conoce una forma unitaria de uso. En el análisis del artículo 1, párrafo 1, frase 1, de la LF, hubo ya que señalar que el uso general del lenguaje sólo

¹⁶³ Respecto a la problemática de la argumentación desde el punto de vista de la teoría de la validez, *cfr.* cap. 9, inciso 2.

¹⁶⁴ *Cfr.*, al respecto, Lautmann, Rüdiger, *Wert und Norm, Begriffsanalysen für die Soziologie*, 2a. ed., Colonia/Opladen, 1971, que constata, tan sólo en la sociología, unas 200 definiciones de valor.

limitadamente es adecuado para proporcionar criterios acerca de la función sintáctica y del campo semántico general de este esquema. No es sorprendente que especialmente el uso argumentativo del esquema-valor por parte del Tribunal haya sido objeto de crítica por parte de los análisis científicos especializados.¹⁶⁵ Un manejo que, tomando en cuenta el diferente uso lingüístico, expresara de manera más clara la función retórica del esquema podría responder mejor a esta crítica que pone en duda la credibilidad de la argumentación, aun cuando el rango del esquema para la estructura de la argumentación es valorada exageradamente.

Por lo que respecta a la combinación del esquema-valor con los esquemas “principio” y “norma”, esta forma de hablar es por cierto inutilizable; pero sólo se daría una formación terminológica contradictoria si el Tribunal quisiera limitar el esquema-valor en su forma de utilización general sólo a la categoría sintáctica como nombre de entidades ya que en estos casos la expresión tendría como consecuencia una adición de categorías sintácticas que se excluyen recíprocamente. En los lenguajes técnicos, con el esquema-valor se vinculan diferentes funciones sintácticas. Pero el uso del lenguaje técnico conoce también una utilización que, al igual que el uso de las expresiones “norma” y “principio”, se refiere a estados directivos de cosas.¹⁶⁶ El uso técnico no se opone pues a una combinación de signos. Ésta admite una utilización de “valor” y “principio” como sinónimos, también en teorías sobre entidades valorativas.¹⁶⁷ Pero la combinación de esquemas sinónimos pertenece a las reglas retóricas ya aceptadas del énfasis.

B. Acerca de los esquemas “principio”, “norma” y “norma de principio” o “norma fundamental”

Muy problemática es también la combinación de los esquemas “principio” y “norma” en una expresión compuesta. Como es sabido, la relación semiótica de estos dos esquemas se ha convertido en un tema importante de la teoría del derecho, que se extiende hasta la dimensión de cuestiones de la validez y de las fuentes del derecho. Como las reglas

¹⁶⁵ Cfr., al respecto, Goerlich, Helmut, *op. cit.*, con numerosas referencias bibliográficas.

¹⁶⁶ Cfr. Rödiger, Jürgen, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, pp. 99 y ss.; Lautmann, Rüdiger, *op. cit.*, pp. 26 y ss., 54 y ss.; cfr., respecto al uso del esquema-valor como regla de preferencia, Wright, Georg Henrik von, *The Logic of Preference*, Edimburgo, 1967; Podlech, Adalbert, “Wertungen und Werte im Recht”, *AöR*, vol. 95, 1970, pp. 185-223, 195.

¹⁶⁷ Cfr. Hartmann, Nicolai, *Ethik*, pp. 160 y ss., 176.

teórico-jurídicas del uso de esquemas centrales del lenguaje jurídico constituyen un importante contexto pragmático para la construcción de una teoría constitucional, es aconsejable referirse brevemente a la historia de este problema.

a) Las cuestiones de la teoría de las fuentes del derecho o, en una perspectiva semiótica, las cuestiones pragmatológicas de la validez de esquemas directivos de acción del lenguaje jurídico pertenecen a los problemas centrales de la tradición jurídica europea. La historia de la teoría del derecho es, en gran medida, una historia del problema de la validez del derecho. Las propuestas de solución constituyen un amplio espectro que se extiende desde los análisis filosóficos hasta los teórico-jurídicos, pasando por los técnico-dogmáticos. En la moderna dogmática jurídica y en la teoría del derecho, la doctrina del llamado positivismo jurídico ha ejercido una persistente influencia. Como es sabido, parte de la suposición de que las directivas de acción jurídicas “positivas” dispuestas por las instituciones competentes de la actividad jurídica o reconocidas por ella, forman una codificación de decisión definida, que no necesita criterios “suprapositivos”, ni para la complementación que cierre las lagunas ni para la legitimación del derecho positivo.¹⁶⁸ Desilusiones políticas y también exigencias metodológicas superiores a la pretensión sistemática del positivismo jurídico han contribuido a conmovir la plausibilidad de esta concepción dogmática. La superación de esta doctrina y sus supuestos efectos pertenecen, como es sabido, a los temas preferidos de la teoría jurídica en la época fundacional de la República Federal de Alemania.

Si con miras a una visión general provisoria, uno trata de clasificar, *grosso modo* las principales propuestas de solución de acuerdo con sus presupuestos metodológicos, se puede distinguir, por una parte, entre las concepciones jusnaturalistas y de la filosofía de los valores y de la esencia y, por otra, las teorías orientadas analítica o técnicamente y, principalmente, jurídico-sociológicas. Sobre todo entre estas últimas teorías, se encuentra el intento de obtener, a partir del análisis de la praxis de la decisión, una respuesta a la cuestión dogmática de la validez jurídica. En el análisis de la argumentación jurídica y de la praxis de la decisión judicial resultó ser un descubrimiento que hizo época la función de los modelos sociales de acción que dirigen la decisión y los esquemas dogmático-técnicos de solución de los problemas. A través

¹⁶⁸ Básico para este tema, Bergbohm, Karl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892; ver, al respecto, Marcic, René, *Geschichte der Rechtsphilosophie. Schwerpunkte-Kontrapunkte*, Friburgo de Brisgovia, 1971, pp. 29 y ss.; *cfr.*, al respecto, el capítulo 9, inciso 6.

de la vinculación con la cuestión dogmática de la validez, perdieron estos esquemas su carácter argumentativo puramente operativo. Obtuvieron como principios jurídicos, a más de las llamadas normas jurídicas o proposiciones jurídicas también el rango de una clase de esquemas directivos de acción del lenguaje jurídico.¹⁶⁹

Un criterio teórico-jurídico predilecto para la validez de los esquemas directivos de acción del lenguaje jurídico es la cuestión de la “posibilidad de positividad”, es decir, la deseable operabilidad semántica de una “proposición jurídica” o de un “principio jurídico” para la praxis de la decisión judicial.¹⁷⁰

Con esta propuesta de solución se produce un muy instructivo desplazamiento del problema. El análisis técnico-dogmático es desplazado del nivel de la problemática pragmatológica de la validez, metodológicamente muy controvertido, al nivel de los problemas semánticos del lenguaje jurídico. De esta manera, las cuestiones de la validez son remitidas a los problemas de las diferencias retóricas de estructuras de diferentes ámbitos de la argumentación, de la dogmática jurídica general, de la dogmática técnica y del esquema general de la comunicación social, como así también a problemas de la transformación operacional de esquemas directivos, al lenguaje de la dogmática jurídica. La distinción entre “principio” y “norma” se convierte en un *topos* notorio de la problemática teórico-jurídica de la validez. En verdad, ambos esquemas siguen, por lo general, un uso complicado de los signos, que conoce distinciones

¹⁶⁹ Aquí hay que mencionar, sobre todo, la obra estándar de Josef Esser, concebida de acuerdo con la teoría de la tópic de Viehweg, Theodor, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, esp. pp. 50 y ss., 76 y ss.; *cfr.*, al respecto, también Wieacker, Franz, *Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der aussergesetzlichen Rechtsordnung*, Karlsruhe, 1958, esp. pp. 12 y ss.; Wolff, Hans Julius, “Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen”, *Forschung und Berichte aus dem öffentlichen Recht*, Libro de homenaje a Walter Jellinek, editado por O. Bachof, M. Draht y otros, Munich, 1955, pp. 68 y ss.; Canaris, Claus-Wilhelm, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, 1964, pp. 93 y ss.; Krüger, Herbert, “Der Verfassungsgrundsatz”, *Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag*, editado por Roman Schnur, Munich, 1972, pp. 187 y ss., 192 y ss.; Goldner, Detlef Christoph, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, Berlin, 1969, pp. 24 y ss.; *cfr.*, también, Rupert Schreiber, *Die Geltung von Rechtsnormen*, pp. 396 y ss.; Makkonen, Kaarle, *Zur Problematik der jurisdischen Entscheidung*, pp. 33, 179 y ss.; respecto a la relación entre normas jurídicas y normas sociales, *cfr.* König, René, “Das Recht im Zusammenhang der sozialen Normensysteme”, *Studiend und Materialien zur Rechtssoziologie*, 2a. ed., por Ernst E. Hirsch y Manfred Rehbinder, Colonia/Opladen, 1971, pp. 36 y ss., 50 y ss.

¹⁷⁰ *Cfr.*, al respecto, Esser, *op. cit.*, pp. 76 y ss.; Wieacker, Franz, *op. cit.*, p. 11; respecto a una concepción análoga anterior, que medía la “actualidad jurídica” de un texto constitucional de acuerdo con el grado de precisión, Anschütz, Gerhard, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, p. 514.

graduales y valores aproximativos; sin embargo, el mayor grado de “positividad” está reservado a los esquemas directivos de acción calificados como “proposiciones jurídicas” y “normas jurídicas”.¹⁷¹

b) El Tribunal Federal Constitucional hace frecuente uso de los esquemas metateóricos “principio”, “norma fundamental” y “norma”. Pero en la expresión “norma de principio” recurre a una forma de hablar que parece ser semánticamente contradictoria, de acuerdo a la distinción teórico-jurídica según la cual ambas clases de esquemas se excluyen. Cabe preguntar, por consiguiente, hasta qué punto el Tribunal sigue el uso teórico-jurídico expuesto y si con el nuevo esquema-norma vincula funciones retóricas especiales.

Por lo que respecta al criterio pragmático de validez, el Tribunal no deja ninguna duda de que en el caso de los principios de la sintaxis constitucional por él elaborada, sea que se trate de principios escritos, no escritos o suprapositivos, sin tomar en cuenta el grado de operabilidad semántica, se trata también de indicaciones directivas del lenguaje jurídico que con respecto a la argumentación no son menos obligatorias que las presentadas como normas jurídicas. Tal como se ha expuesto, el Tribunal sigue aquí la insólita argumentación que presenta a los esquemas “suprapositivos” de acción no sólo como reglas heurísticas en la decisión judicial sino como signos para indicaciones de acción del lenguaje jurídico, que se dirigen también de manera inmediata al legislador constitucional.¹⁷²

Sin embargo, se otorga un tratamiento diferenciado a la cuestión de saber si el legislador constitucional, en tanto directivas supraleales, a través de la incorporación en el texto constitucional, puede quitarles su carácter suprapositivo y, con ello, hacerlas positivas. Pero el argumento decisivo no es, como en la teoría jurídica presentada, la cuestión de la determinación semántica, sino el punto de vista pragmático de no liberar al legislador constitucional de todas las vinculaciones directivas accesibles a la argumentación del Tribunal.¹⁷³

Pero, respecto al “simple” legislador, parece valer el criterio de la operabilidad semántica. Pues toda norma constitucional es derecho “actualmente obligatorio” para el legislador sólo en la medida en que su versión es lo suficientemente precisa como para poder medir de acuerdo con ella una norma de rango inferior.¹⁷⁴ De acuerdo con esta forma de

¹⁷¹ Ver Esser, Josef, *op. cit.*, pp. 69 y ss.; Wieacker, Franz, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷² Cfr. cap. 5, inciso 1, letra A; BVerfGE 1, 18.

¹⁷³ Cfr. cap. 5, inciso 1, letra E; ver el fallo del Primer Senado del 18 de diciembre de 1953, respecto a la eficacia del artículo 117, párrafo 1, de la LF (BVerfGE 3, 225, 233).

¹⁷⁴ Cfr. BVerfGE 6, 55, 76.

hablar, con respecto a la operacionalidad semántica existe un uso amplio y otro restringido del esquema-norma. Desde luego, el uso del lenguaje es todavía más complicado ya que, junto con estas dos reglas de uso, hay una tercera que distingue las “normas jurídicas auténticas”.¹⁷⁵ Estas designan esquemas directivos de acción que garantizan las competencias de acción imponibles institucionalmente. Una característica semiótica común a las “normas jurídicas auténticas” y al uso estricto del esquema-norma, es el grado de operacionalidad, en este caso de la justificabilidad en la que, como lo muestra la decisión que se acaba de citar acerca de la eficacia del artículo 117, párrafo 1, de la LF, el Tribunal Federal Constitucional presenta exigencias bastante reducidas.

La mencionada decisión ofrece también alguna información acerca del ámbito semántico de aplicación del esquema-norma. Es usado tanto con respecto a las indicaciones calificadas como derecho suprapositivo cuanto con relación a las disposiciones constitucionales de los artículos 1 y 20. Pero estos textos han demostrado ser excelentes fuentes de “valores jurídicos supremos” y de “principios constitucionales elementales”. Por otra parte, también en los “derechos fundamentales”, que garantizan las competencias de acción de los individuos y que el Tribunal ha presentado como “normas jurídicas auténticas”, se encuentra la designación “principio”. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal, en el manejo del artículo 12, párrafo 1, de la LF, habla del “principio de la libre elección de la profesión”.¹⁷⁶ También conoce un principio que se refiere a la libertad de conciencia, en donde, sin embargo, la garantía del derecho fundamental de la libertad de conciencia vale nuevamente como “norma de principio que decide acerca de valores”.¹⁷⁷ Además, existe el “principio de la libertad de información a través de la radiodifusión”,¹⁷⁸ que es equiparada como derecho fundamental. El uso del lenguaje es bastante variable.

c) En la cuestión de la estructura semántica de los principios, el Tribunal Constitucional Federal, al menos por lo que respecta a los principios constitucionales elementales, parece seguir más fuertemente la teoría jurídica. Tal como ya hemos visto en el análisis de algunos esquemas de argumentación sistemológicos, existen principios que necesitan de la “concretación” o de la “actualización” porque no contienen ningún mandato o prohibición unívocamente determinados.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Cfr. BVerfGE 3, 225, 233.

¹⁷⁶ Cfr. BVerfGE 13, 106.

¹⁷⁷ Cfr. BVerfGE 12, 53 y ss.; 21, 371 y ss.; 23, 134.

¹⁷⁸ Cfr. BVerfGE 12, 41.

¹⁷⁹ Cfr. BVerfGE 7, 89, 92 y ss.; cfr., también, BVerfGE 12, 45, 53.

Sin embargo, el análisis del uso de algunos principios constitucionales elementales ha mostrado que en el manejo argumentativo de tales esquemas se trata de procesos pragmáticos complicados que son caracterizados insuficientemente con reglas tales como las de la concretación o de la actualización. A este resultado llegó también el análisis de algunos textos constitucionales que descubrió prescripciones semánticas de interpretación muy complejas y sólo limitadamente accesibles. Pero el análisis también ha puesto de manifiesto que el Tribunal, en su forma de hablar metateórica, sigue la comprensión tradicional, que juzga a las cuestiones de la estructura normativa primariamente como un problema semántico y sintáctico. Esto vale también para la teoría acerca de la distinción entre principio y norma, que en primera línea apunta a criterios de la determinación semántica de los esquemas sin cuestionar en absoluto la función semántica de tales signos lingüísticos. El Tribunal prefiere una forma de hablar semántica que confiere a los principios constitucionales el *status* de prescripciones de libre arbitrio, que otorgan al legislador un cierto campo libre para su decisión.¹⁸⁰ Pero que esta forma de hablar sigue reglas pragmáticas se ve de manera especialmente clara en el uso del principio de igualdad y del principio del Estado de derecho. También goza de preferencia el manejo del esquema como “regla de prescripción”, que permite algunos apartamientos en casos fundamentados. Tales estructuras de reglas tienen en la teoría semántica del tipo o como criterio de frecuencia estadística, funciones semánticas. Sin embargo, que el Tribunal aplica reglas pragmáticas lo ha mostrado ya el uso del principio de igualdad, en donde estas reglas, en conexión con el criterio de la “justicia del sistema”, juegan un papel especial. La función pragmática es visible de una manera más clara aun cuando el Tribunal vincula con la “regla de prescripción” —como, por ejemplo, en el principio de la competencia de los Estados federados— reglas de suposición que proporcionan indicaciones operativas acerca de la carga de la argumentación.¹⁸¹ Al carácter pragmático de las reglas de uso no corresponde ciertamente el uso semántico, que presuponen grandes partes de la teoría jurídica en el manejo de los principios jurídicos. Pero, con todo, el Tribunal sigue esta teoría en la medida en que, al menos en algunos principios constitucionales, supone una estructura semántica de estos esquemas, que requiere un uso argumentativo de la operacionalidad.

¹⁸⁰ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 3, 232; 4, 18; 6, 55, 71, 76; 11, 139; 18, 45; 18, 135; 27, 306.

¹⁸¹ Cfr. BVerfGE 12, 205, 228; 10, 91; 26, 297 y ss. Respecto a la relación regla-excepción, cfr. BVerfGE 30, 1, 24.

d) En el análisis teórico-jurídico de la problemática de la norma juega un papel importante la cuestión de los destinatarios de la norma.¹⁸² Desde el punto de vista semiótico, se trata aquí de una cuestión del nivel pragmático de los esquemas directivos de acción del lenguaje jurídico. Si uno sigue la argumentación del Tribunal, puede entonces darse una respuesta limitante a esta cuestión en el sentido de que en el caso de los principios constitucionales se trata principalmente de directivas que se dirigen a las instancias de la actividad jurídica que proporcionan directivas, sobre todo al legislador. Por ello las hemos designado metadirectivas. Es necesario una limitación ya que el Tribunal, como se ha expuesto, también designa a algunas directivas como principios constitucionales que de manera inmediata se dirigen al individuo y le confieren competencias de acción imposibles en la actividad jurídica. Así, por ejemplo, se ha hecho referencia al principio de la libertad de información a través de la radiodifusión, al principio de la libre elección de la profesión, al principio de ser escuchado judicialmente o al principio del Estado de derecho, a que el ciudadano que es atacado en sus derechos puede solicitar que se le informen las razones de ello.¹⁸³ Sin embargo, la aplicación del esquema-principio a directivas de acción que se dirigen al individuo, y por lo tanto pertenecen al primer nivel pragmático, puede estar vinculada con las imprecisas reglas de uso de la aplicación semántica del esquema-norma, que se superponen en parte con las reglas para el uso del esquema-principio.

Mayor atención dedica el Tribunal a las reglas sobre uso de la “norma-principio” o “norma fundamental”. Aquí hay que mencionar, sobre todo, la decisión de la Sala Primera del 17 de enero de 1957, que analiza las funciones semánticas del artículo 6, párrafo 1, de la LF.¹⁸⁴ El Tribunal presenta la norma fundamental por lo pronto, como una directiva de metanivel, que proporciona reglas para la competencia de dirección del legislador. Esta función es caracterizada más claramente a través de la expresión “norma pauta”.¹⁸⁵ Con la caracterización como indicación de metanivel, el Tribunal vincula una referencia a la región de la sintaxis constitucional, en la que han de encontrarse tales signos para las indica-

¹⁸² Cfr., al respecto, Engisch, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, pp. 28 y ss.; Lampe, Ernst-Joachim, *op. cit.*, pp. 51 y ss.; con respecto a una teoría más antigua, ver Mayer, Max Ernst, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903, reimpresión Darmstadt, 1965, esp. pp. 30 y ss., y la discusión con el tema que domina en la teoría positivista.

¹⁸³ Cfr. BVerfGE 12, 41; 13, 106; 7, 95, 98; 12, 8.

¹⁸⁴ Cfr. BVerfGE 6, 55, 71. Ver, también, BVerfGE 43, 154, 167.

¹⁸⁵ Cfr. BVerfGE 17, 38; 13, 185; 21, 85. Cfr., respecto a la garantía de la “libertad de prensa” como “pauta valorativa” del ordenamiento jurídico en general, BVerfGE 20, 162, 177.

ciones, al presentarlas como esquemas que, para determinados ámbitos de acción, expresan ‘decisiones valorativas’ del legislador. Como el esquema-valor es aplicado principalmente a los textos de la sección de derechos fundamentales, tal como lo confirman decisiones posteriores, la indicación se refiere primordialmente a las directivas de acción calificadas como derechos fundamentales.

Pero, de acuerdo con el uso tradicional dogmático-jurídico del lenguaje jurídico, los principios de los derechos fundamentales son esquemas que crean las referencias directivas de acción de manera inmediata con los individuos o con grupos de individuos, sin la mediación de otras instancias de la actividad jurídica. Por ello, si se sigue este uso del lenguaje, ellas son, de acuerdo con la regla semiótica aquí propuesta, esquemas directivos de acción del primer grado pragmático. El Tribunal no renuncia al uso tradicional del lenguaje. Más bien intenta una solución aditiva. Así, con respecto al artículo 6, párrafo 1, de la LF, expresa que esta disposición no sólo es un derecho fundamental clásico y una garantía de una institución “sino además, al mismo tiempo una norma fundamental”.¹⁸⁶ Como fundamentación, el Tribunal ofrece el argumento de que el artículo 6, párrafo 1, de la LF, al igual que una serie de otras normas constitucionales, cumple varias funciones que estarían vinculadas recíprocamente y se entrecruzarían. Estas funciones podrían ser descubiertas mediante la interpretación; y con una referencia a una conocida frase de Thomas, el Tribunal opina que hay que dar prioridad a la interpretación “que desarrolle más fuertemente la eficacia jurídica de la respectiva norma”.¹⁸⁷

La forma de hablar metafórica, que es por lo general preferida en las argumentaciones básicas, da por cierto una impresionante imagen biomórfica, que hace aparecer a la norma al mismo tiempo como una entidad energética. Sin embargo, contribuye poco a la explicación de la estructura semiótica del esquema “norma fundamental”. En todo caso, puede verse que la característica de la operacionalidad semántica de un esquema, que es decisiva para la teoría jurídica, es abandonada en aras de una consideración pragmática. Se puede quizás obtener alguna información si se analiza el carácter analógico de la metáfora del “desarrollo más fuerte de la eficacia jurídica”. La metáfora vincula la función dogmático-constitucional de un esquema directivo con exigencias de optimación. Resulta ser así un criterio pragmático con una regla heurística. El

¹⁸⁶ BVerfGE 6, 55, 72.

¹⁸⁷ El principio de la “efectividad” juega un gran papel, también en la dogmática de los derechos fundamentales; *cfr.*, al respecto, Häberle, Peter, “Bericht zu: Grundrechte im Leistungsstaat”, *VVDStRL*, 30, 1972, pp. 43 y ss., 64 y ss.

que una regla de este tipo sea practicable o no, puede dejarse aquí de lado. En todo caso, conduce a una considerable ampliación del marco de argumentación. La ganancia retórica es obvia. Los principios de los derechos fundamentales son liberados de sus funciones pragmáticas limitadas y de las referencias de acción primariamente puntuales y son llevados al nivel sintáctico de esquemas sistemológicos, disponibles en el marco de la sintaxis general de la Constitución. El Tribunal no introduce una nueva clase de “normas”, sino una nueva clase de “principios” caracterizada por la vinculación semántica con los textos constitucionales.

Pero las ventajas retóricas son adquiridas a costa de considerables deficiencias semióticas. También la imagen conciliadora de funciones que se entrecruzan recíprocamente no debe engañar acerca del hecho de que el *status* retórico y las funciones comunicativas de un esquema a el vinculadas no pueden ser arbitrariamente modificadas o arbitrariamente combinadas, total o parcialmente, con otro *status*. En caso de un correcto uso del lenguaje, una indicación del lenguaje jurídico establece o bien referencias directivas de acción con el individuo en el lenguaje objeto o con instancias públicas individuales, o bien es una indicación operativa para la creación o el uso de otras indicaciones. Una indicación o bien pertenece al primer grado pragmático o a un metagrado, pero no puede pertenecer simultáneamente a ambos. A menos que situacionalmente cambie su estructura; pero entonces hay un déficit en la identidad del signo, que actualiza la indicación. O un texto constitucional “contiene” varias indicaciones de diferente grado y entonces se trata de esquemas diferentes de acción.

Naturalmente, los textos constitucionales sobre derechos fundamentales no constituyen una excepción de las reglas pragmáticas presentadas porque los órganos de decisión del poder público participen como afectados pasivos en las referencias permisivas de acción creadas por las indicaciones. Las consecuencias que de aquí resultan para la competencia de indicación de los órganos públicos de decisión pertenecen más bien a las condiciones pragmáticas generales de las instancias que formula indicaciones en una actividad jurídica que conoce diferentes clases de esquemas de acción, a la que pertenecen diferentes grados pragmáticos y que prevé esquemas que confieren también al individuo —frente a las instancias que crean las indicaciones— competencias de acción institucionalmente realizables.

El que, no obstante las dificultades semióticas, el Tribunal Federal Constitucional haya logrado obtener la concepción de la norma fundamental, está vinculado también al hecho de la complicada estructura semiótica de los textos de derechos fundamentales. Tal como ha mos-

trado ejemplarmente el análisis del artículo 1, párrafo 1, y del artículo 2, párrafo 1, de la LF, estos textos utilizan expresiones sintácticamente ambivalentes y en parte semánticamente contrarias a las reglas, sin sentido en el lenguaje objeto. En tales casos existe, tal como se ha expuesto, un amplio campo de acción para la creación de prescripciones de interpretación o de otras reglas de uso, ya que la estructura semántica de las expresiones no ofrece ningún fundamento controlable suficiente. A esto se agrega que la dogmática fuertemente orientada hacia la hermenéutica hace un uso abundante de la complicada estructura de estos textos. También tiene importancia el hecho de que el esquema “norma fundamental” ya había ingresado en la dogmática constitucional.¹⁸⁸

Ciertamente no sería fecundo querer juzgar el esquema “norma fundamental” de acuerdo con su contribución dogmática a una teoría de las normas. Su importancia debe más bien ser medida de acuerdo con la contribución que presta para la construcción de una teoría constitucional judicial. El esquema ofrece un excelente ejemplo para algunas estrategias que el Tribunal aplica en la elaboración de la sintaxis constitucional general. Si uno sigue las reglas presentadas acerca del uso del esquema, entonces la estrategia apunta a crear una estructura meta-teórica para un marco general de argumentación, adecuada para proporcionar metaindicaciones y lograr mayores contextos sociales de acción. El Tribunal expone claramente cómo se traducen en “principios” aquellos textos constitucionales que, de acuerdo con las reglas de uso tradicionales, están fijadas para referencias de acción puntuales o para contextos de acción del primer grado pragmático. La argumentación sigue la estrategia ya probada de las construcciones dogmáticas. Se vincula a las reglas lingüísticas tradicionales para, después de modificar el hasta ahora permitido uso semiótico, renunciar a él.

Como ha podido mostrar el análisis, el criterio teórico-jurídico tradicional de la operacionalidad semántica juega un papel considerable, tanto en la aplicación del esquema “norma”, como en el del esquema “principio”. Pero el Tribunal no ha seguido la tradición a fin de intentar, con la ayuda de este criterio, una distinción entre el uso de ambos esquemas. Más bien se ha mostrado que, en vista de la compleja estructura semiótica de las normas constitucionales y de los esquemas manejados como principios, este criterio promete poco éxito en el uso argumentativo.¹⁸⁹ En ambos casos resultó una necesidad de operacionalidad

¹⁸⁸ Cfr. Mangoldt, Hermann von y Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, Berlín/Francfort del Meno, 1957.

¹⁸⁹ Krüger, Herbert, *op. cit.*, pp. 196 y ss., expresa, con razón, su duda de que

que el Tribunal procuró satisfacer en parte con la ayuda de complicadas reglas pragmáticas. La teoría tradicional desconoce la complejidad semiótica de, por lo menos, algunos textos constitucionales y sus reglas de uso cuando supone que la cuestión de la operacionalidad judicial, en primera línea, es un problema de la “determinación del contenido” y, por lo tanto, un problema semántico.¹⁹⁰

La praxis de la argumentación muestra claramente que se puede, bajo adecuados presupuestos institucionales de la actividad judicial, a través de la transformación, operacionalizar en reglas pragmáticas, regulaciones “semánticamente vacías” tales como el principio de igualdad. Ni la cuestión de la operacionalidad semántica ni la cuestión pragmatológica de la validez, ofrecen un criterio adecuado de distinción para el uso de ambos esquemas metateóricos. Cuando se intenta llevar a cabo una distinción, se ofrece para ello la diferente idoneidad para la construcción de una teoría general judicial de la Constitución con pretensión de teoría básica. Los “principios” le parecen al Tribunal más bien adecuados para una sintaxis general de la Constitución elaborada sistemológicamente. Después de su difusión, también en el uso teórico del lenguaje, pueden ser más fácilmente dotados de un *status* sintáctico que lo que era el caso de acuerdo con la forma tradicional de hablar de “normas”; también están menos ligados a los textos jurídicos. Desde luego, la orientación hacia la forma de hablar teórico-jurídica tradicional es poco adecuada para descubrir estos contextos retóricos.

8. *Acerca de la estructura tempórica de la sintaxis general de la Constitución*

Para la construcción de la sintaxis general de la Constitución juegan un papel decisivo también las cuestiones pragmatológicas acerca de la peculiaridad temporal del esquema metateórico de la argumentación. Por ello, el siguiente capítulo se ocupa de la función retórica que tienen algunos criterios tempóricos como marcos retóricos de referencia de la argumentación constitucional.

Como “criterios tempóricos” designamos esquemas metateóricos que responden a cuestiones del “tiempo”, de la “historia” o de la “modificación” de la sintaxis constitucional y de las situaciones por ella alcanzables.¹⁹¹ Si uno plantea a un esquema de signos organizado sistemológi-

el criterio de la concreción sea útil para la distinción entre prescripciones constitucionales y principios constitucionales.

¹⁹⁰ Cfr. Esser, Josef, *op. cit.*, p. 71.

¹⁹¹ Con respecto al esquema “criterio tempórico”, cfr. Schreckenberger, Walde-
mar, “Über die Pragmatik der Rechtstheorie”, pp. 561-575, 572; cfr., respecto

camente pretensiones sintácticas únicamente de acuerdo con las reglas de un sistema axiomático-deductivo, entonces carece de sentido ya la cuestión acerca de la peculiaridad tempórica de la sintaxis constitucional. Pues tales sistemas apuntan justamente a la validez atemporal y presuponen reglas de uso sintácticas y semánticas que prescinden de factores pragmáticos. Los análisis han mostrado que esta comprensión del sistema no basta para describir las conexiones retóricas de la sintaxis general de la Constitución. El campo de argumentación se presenta más bien como una estructura retórica para la cual es característica la combinación de reglas sintácticas y pragmáticas. Parece trivial señalar que el factor tiempo es uno de los más importantes elementos pragmáticos en el manejo comunicativo del lenguaje. Con tanta más razón no se debería renunciar a tomar en cuenta la dimensión temporal de la orientación lingüística.

En varios lugares de la argumentación, el análisis ha tropezado ya con reglas con referencias tempóricas. Esto vale, sobre todo, para la regla sobre la competencia pragmática del caso particular y la “actualización” de los esquemas constitucionales. La función heurística del examen del caso particular, que aquí se presenta, hace depender el uso retórico de tales reglas, de condiciones que requieren soluciones de los problemas “referidas al presente”. Ella también indica la función pragmática que cumple la “individualidad” de estados de cosas sociales para la argumentación.

Ciertamente sería muy instructivo, sobre la base de decisiones singulares, estudiar la influencia real de constelaciones históricas en la argumentación y desde allí intentar descubrir las referencias tempóricas respectivamente presupuestas. Sin embargo, de acuerdo con el análisis seguido hasta ahora, queremos considerar aquellas argumentaciones en las cuales el Tribunal mismo expresa conexiones tempóricas.

En una argumentación dogmática, en el primer plano del interés se encuentra la cuestión acerca de la modificación permitida de los esquemas de acción establecidos por la sintaxis constitucional. Pues, como es sabido, a diferencia de lo que sucede en el análisis de problemas en la investigación científica, la forma de hablar dogmática está caracterizada por el hecho de que, a largo plazo, libera de la problematización ilimitada a los argumentos y reglas que son proporcionados obligatoriamente para la solución de problemas sociales.¹⁹² Por lo tanto, la pretensión dogmática está estrechamente vinculada con problemas del tiempo. La

al uso ontológico del esquema “tiempo”, Diemer, Alwin, *Einführung in die Ontologie*, Meinsenheim, 1959, pp. 138 y ss.

¹⁹² Cfr. Viehweg, Theodor, “Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsfors-

respuesta específica a estos problemas decide esencialmente sobre el estilo de argumentación y la función social del esquema dogmático de signos. Así, por ejemplo, puede incorporar la dimensión histórica en el esquema de argumentación y hacerla depender de una interpretación obligatoria de una teoría de la historia. Como es sabido, este intento se da sobre todo en las teorías socialistas del derecho.¹⁹³ Pero también puede dejar de lado, total o parcialmente, la dimensión histórica como un *modus* menor de experiencia y validez y apuntar a esquemas de acción atemporalmente válidos. Al respecto, la tradición jusnaturalista europea ofrece numerosos ejemplos.¹⁹⁴

Para la argumentación constitucional, la problemática del tiempo se presenta en las tres dimensiones: en la sintáctica, en la semántica y en la pragmática de la sintaxis general de la Constitución. En el esquema sistemológico de la argumentación, se expresa de manera excelente el carácter de esquema de la orientación temporaria presupuesta en la argumentación. La Constitución a través de principios últimos o supremos presenta el esquema de la argumentación como un momento permanente que es presupuesto en todas las modificaciones de la sintaxis constitucional y de las situaciones sociales alcanzables por ellas, como una orientación última.

A. Acerca de las reglas temporarias de la modificación

En el lenguaje de la dogmática jurídica, la problemática del tiempo es generalmente reducida, por una parte, al juicio jurídico-constitucional de las modificaciones del derecho simple o de la jurisprudencia y, por otra, a la cuestión acerca de la modificación permitida o al “cambio de significado” de las disposiciones constitucionales.

Respecto a la primera cuestión, sobre todo la resolución de la Sala Primera del 11 de noviembre de 1964, proporciona interesantes informaciones.¹⁹⁵ El Tribunal analiza aquí la cuestión de si la modificación de la

chung”, *System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation*, Meisenheim, 1968, pp. 96 y ss.; Schreckenberg, Waldemar, *op. cit.*, pp. 570 y ss.

¹⁹³ Cfr., al respecto, David-Grasmann, *Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart. Rechtsvergleichung*, Munich/Berlin, 1966, pp. 255 y ss.

¹⁹⁴ Cfr. la visión general que ofrece Verdross, Alfred, *Abendländische Rechtsphilosophie*, esp. pp. 7 y ss., 23 y ss., 44 y ss., 68 y ss., 210 y ss. Con respecto a la relación entre derecho e historia, cfr. Bäumlin, Richard, *Staat, Recht und Geschichte*, Zürich, 1961; Kaufmann, Arthur, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübinga, 1957.

¹⁹⁵ Cfr. BVerfGE 18, 224, 237, 239 y ss. Cfr., también, BVerfGE 34, 269, 288, en donde se dice que la legislación ha quedado “detrás del flujo del desarrollo social”.

jurisprudencia puede violar la Constitución. Los puntos de vinculación para los criterios temporales son el uso del principio de igualdad y del principio del Estado de derecho, cuya dependencia con respecto a referencias temporales de argumentación hemos ya visto. El Tribunal manifiesta, por lo pronto, que en la jurisprudencia en cuestión, “en la medida en la que se la ve en su conjunto”, se trata de un “desarrollo en el sentido de una progresiva diferenciación”, de “un desarrollo que se encuentra en marcha, con respecto a la jurisprudencia en un campo parcial del derecho simple”. De allí se sigue el argumento general: Violaciones del derecho constitucional pueden darse, por ejemplo, cuando decisiones individuales se aparten tanto de las “vías del progreso orgánico de la jurisprudencia” que tengan que ser designadas como arbitrarias. Con la mirada puesta en el principio del Estado de derecho, la decisión expresa además que los principios de la prohibición de retroactividad y de la protección de la confianza no podrían sin más ser aplicados a las sentencias de los tribunales, ya que esto traería también como consecuencia que los tribunales quedaran atados a una jurisprudencia ya existente aun cuando ésta “a la luz de un conocimiento esclarecido” o en vista del “cambio de las condiciones sociales, políticas o económicas” resultara ya no ser sostenible. La Sala Segunda apoya la regla de que el principio de igualdad no exige que una cuestión jurídica, una vez que ha sido decidida, no puede ya nunca más ser objeto de decisión, señalando, entre otras cosas: “De esta manera se impediría todo progreso y desarrollo del derecho.”¹⁹⁶ En la decisión ya analizada sobre la eficacia del artículo 117, párrafo 1, de la LF, el Tribunal habla del “desarrollo paulatino” de un campo del derecho a través de la jurisprudencia.¹⁹⁷

Los esquemas del “desarrollo” y del “progreso” no son limitados a la cuestión de la modificación de codificados judicativos. A menudo utilizados también para el uso de otros codificados. Al respecto, algunos ejemplos: Una disposición legal, manteniendo el mismo texto, puede experimentar un “cambio de significado” a través de una “modificación de las situaciones”, a través de “la realidad cambiante”.¹⁹⁸ También puede ser necesario ver a una disposición legal “en el marco del desarrollo histórico” de un campo del derecho.¹⁹⁹ A esta regla suele recurrirse dentro del marco de los llamados métodos de la interpretación. O el Tribunal considera que “en la medida en que se afinaban los principios

¹⁹⁶ Ver BVerfGE 19, 38, 47.

¹⁹⁷ Ver BVerfGE 3, 244.

¹⁹⁸ Cfr. BVerfGE 7, 351; *cfr.*, también, BVerfGE 35, 224.

¹⁹⁹ Ver BVerfGE 9, 172.

del Estado de derecho y de la separación de los poderes” también se volvieron “más perfectas” las disposiciones acerca del juez legal.²⁰⁰ Finalmente, los esquemas temporales del “desarrollo” y del “progreso” son aplicados también a la legislación constitucional. Así, existen “desarrollos jurídico-constitucionales” que continúa la LF, problemas constitucionales “que se encuentran en curso” o “desarrollos naturales y discusiones” que la LF no quería interrumpir.²⁰¹

Respecto a la cuestión del “cambio de significado” de las disposiciones constitucionales, hay que mencionar especialmente la ya indicada decisión del 1 de julio de 1953.²⁰² En relación con la garantía de la propiedad del artículo 14 de la LF abarca también derechos de valores patrimoniales del derecho público, el Tribunal presenta la regla de que una disposición constitucional puede experimentar un cambio “cuando en su ámbito, surgen nuevos estados de cosas no previstos o hechos de cosas ya conocidos, a través de su ordenación en el curso total, aparecen en una nueva relación o con un nuevo significado”. Finalmente, hay que señalar el fallo de prohibición del KPD, en el cual el Tribunal, tal como ya se expusiera, analiza la doctrina política de un socialismo que sigue una teoría dogmática de la historia. Al “ideal utópico de Estado”, que promete como meta final de la historia, la plena realización de la libertad y la igualdad, el Tribunal contraponen la democracia en libertad, que está compenetrada con la concepción de que, no obstante la innegable tensión entre estos dos valores, es posible “desarrollarla paulatinamente hacia una cada vez mayor eficacia y aumentarla hasta el óptimo alcanzable”.²⁰³

Las argumentaciones citadas dan, en un primer momento, la impresión de que el Tribunal parte de una comprensión del tiempo bastante exigente. En verdad las decisiones utilizan imágenes muy viejas cuando hablan del “curso” o del “fluir de un desarrollo”. Sin embargo, se exigiría ciertamente demasiado del alcance pragmático de estas expresiones icónicas si se quisiera remitirlas a antiguos modelos europeos de la metafísica presocrática. Desde hace tiempo son elemento constitutivo del lenguaje ordinario y de la metafísica cotidiana. La mayoría de las veces ellas no quieren indicar más que una secuencia de acontecimientos, un mero esquema de transformación. También los esquemas utilizados con mayor frecuencia, tales como los de “desarrollo”, “cambio” o “perfeccio-

²⁰⁰ Ver BVerfGE 4, 412, 416.

²⁰¹ Cfr. BVerfGE 10, 216; 2, 15.

²⁰² Ver BVerfGE 2, 380, 401; *cfr.*, también, BVerfGE 3, 422.

²⁰³ BVerfGE 5, 85, 196, 205; *cfr.*, al respecto, la regla acerca del desarrollo progresivo del principio del Estado social, analizada ya en el capítulo 6, inciso 6. letra C; ver BVerfGE 5, 206.

namiento”, están muy difundidos, tanto en el lenguaje técnico, como en el lenguaje ordinario culto. Parecen ser poco adecuados para ofrecer un punto de partida fecundo para un análisis. Pero los otros esquemas, sobre todo aquellos vinculados atributivamente con el esquema del “desarrollo”, ya no pueden ser explicados exclusivamente a partir del uso ordinario habitual, estereotipado de signos icónicos redundantes, que no sirven a la información sino a la sensibilización afectiva. En favor de ello habla el amontonamiento de la combinación sintáctica de estos signos como así también su afinidad semántica. Por ello se puede partir del hecho de que con expresiones tales como el desarrollo “orgánico”, “natural” o “paulatino” o con los criterios de la “progresiva diferenciación”, del “afinamiento”, del “progreso” o del “despliegue paulatino” de principios, el Tribunal vincula reglas.²⁰⁴ Esta forma de hablar pone de manifiesto que precisamente no se trata sólo de la caracterización de una mera secuencia de acontecimientos, de la transición o de la secuencia de situaciones comunicativas. Más bien, estas expresiones presuponen al tiempo como una estructura de orden. Es la modificación a largo plazo —no previsible exactamente en sus comienzos y en su fin, pero aceptada como necesaria— de situaciones sociales directivamente estructuradas: el desarrollo y el perfeccionamiento tienen que producirse. No pueden ser impedidos. Pero tienen que realizarse en aquellos intervalos temporales y apartamientos graduales de la situación precedente, que no afectan negativamente la imagen acostumbrada y sentida como natural y orgánica, de una experiencia del mundo que se modifica. A esta imagen le son extrañas las modificaciones fundamentales revolucionarias, es decir, realizadas en breve tiempo. Se trata de la comprensión temporal de la secuencia medida y esperable de acciones de reformas lo más cuidadosas posibles

B. La orientación hacia el presente y el pasado. (Acerca de la estrategia de la adecuación actual)

De acuerdo con el análisis hasta ahora realizado, la argumentación temporica se presenta como un proceso lineal de la modificación continuada de situaciones sociales, que se lleva a cabo sobre el trasfondo de las orientaciones últimas. Por ello, cabe preguntar si las diferentes dimensiones temporales proporcionan otros puntos de referencia pragmáticos para la argumentación.

Manifiestamente, el Tribunal prefiere una orientación hacia las situa-

²⁰⁴ *Cfr.*, al respecto, también el análisis del esquema “libre desarrollo” en el texto del artículo 2, párrafo 1, de la LF, en el capítulo 2, inciso 3, letra A.

ciones actuales y hacia aquellas que la precedieron inmediatamente. Esto se expresa también claramente en la citada regla general que el Tribunal formulara para el cambio de significado de una disposición constitucional. Ella apunta a situaciones ya modificadas, que están caracterizadas respectivamente por los actuales estados de cosas. En un caso, la modificación se debe a la aparición de nuevos estados de cosas no previsibles, en el otro, la modificación se produce a través de nuevos conocimientos que son proporcionados a través del contexto de situaciones precedentes. Por lo tanto, la orientación hacia las condiciones actuales de solución del problema exige que la argumentación siempre esté abierta frente a las modificaciones de la situación social. Vale la estrategia de la adecuación, de la corrección “adecuada al tiempo”.

Por lo que respecta al esquema del “desarrollo histórico”, éste no sólo se ha convertido en un criterio predilecto del uso habitual de esquemas constitucionales; ofrece también reglas para modificaciones deseables de la argumentación. Adopta el rango de una regla heurística predilecta. Como es sabido, la referencia a la función rectora para la decisión que cumplen los contextos históricos encuentra un apoyo en las metodologías hermenéuticas de una ciencia del espíritu históricamente orientada. Estas son, desde luego, muy controvertidas desde el punto de vista teórico-científico. También aquí vale la observación con respecto al uso de algunos esquemas holísticos en el sentido que el recurrir a conocidos modelos metodológicos no fundamenta todavía ningún método, al menos cuando éste, al igual que la hermenéutica de las ciencias del espíritu, plantea fuertes exigencias estilísticas que, por lo general, no puede satisfacer una forma de hablar judicial, aun cuando ella haga uso del privilegio de las libertades estilísticas de los tribunales supremos. Sin embargo, no puede negarse sin más que la argumentación reiteradamente hace referencia a la inmediata historia social y del derecho y de allí obtiene puntos de vista decisivos. Por ello puede decirse que el pasado próximo constituye un excelente campo tempóric de la orientación pragmática.

Además, hay que tener en cuenta que para la función retórica de los esquemas tempóricos, la cuestión de la orientación positiva o negativa juega un papel decisivo, pues, como es sabido, las distintas referencias temporales son evaluadas de modo muy diferente. Como tiempos de la orientación positiva valen, sobre todo, los tiempos originarios, de fundación y también los tiempos finales. Pero podrían también ser otros tiempos culminantes de la historia, tales como el llamado tiempo axial.²⁰⁵

²⁰⁵ Cfr., al respecto, Jaspers, Karl, *Vom Ursprung und Ziel der Geschichte*, Francfort del Meno/Hamburgo, 1957, pp. 14 y ss.

Los tiempos de la orientación negativa son, al mismo tiempo, no-tiempos. Cuando no se extienden a dimensiones temporales enteras o épocas históricas enteras, como, por ejemplo, la doctrina marxista, la mayoría de las veces están vinculadas con catástrofes históricas. Un tal no-tiempo constituye para la argumentación, tal como ya lo ha mostrado el análisis de la función de identificación y de contraste de los esquemas holísticos, la dominación del régimen nacional-socialista. La argumentación muestra, más fuertemente en los años fundacionales del Tribunal Federal Constitucional, claros rasgos de un modelo contrastante esbozado en oposición a las doctrinas totalitarias de dominación. Y aquí son también incorporados aquellos movimientos de los cuales uno supone que no han prestado suficiente resistencia ideológica a la dominación de la violencia. Esto vale, sobre todo, para un punto de vista liberal extremo, tal como el que se supone en el positivismo legal. La aversión en contra de actitudes ideológicas extremas sigue siendo hasta hoy característica de la argumentación.

Cabe preguntar, además, si la época fundacional de la República Federal de Alemania, que trajo nuevas constituciones y por primera vez en la historia nacional la creación de un Tribunal Constitucional, único en el mundo, con amplias competencias y con el rango de un órgano constitucional supremo de la Federación, obtuvo un *status* temporal destacado, tal como el que encontramos, por ejemplo, en la Revolución francesa o en la americana.²⁰⁶ En favor de ello podría invocarse el hecho de que el Tribunal Federal Constitucional confiere altos valores de legitimación a las decisiones del legislador constitucional que han sido demostradas como fundamentales, y que sobre ello edifica una teoría de la Constitución con validez universal. También llama la atención que el Tribunal a menudo recurre a consideraciones de las asambleas preparatorias de la Constitución, a pesar de que éstas, de acuerdo con las reglas dogmáticas tradicionales de la interpretación, que el Tribunal expresamente reconoce, tiene una función subsidiaria.²⁰⁷ Pero, con la inclusión de la ley de la Constitución en una sintaxis constitucional amplia, general y no sólo legitimada por el legislador constitucional, la ley constitucional es, al mismo tiempo, relativizada; el acto político de fundación se convierte en campo de aplicación histórica de directivas de acción dadas de antemano a largo plazo.²⁰⁸ Desde luego,

²⁰⁶ Cfr., al respecto, Arendt, Hannah, *Über die Revolution*, Munich, 1963, pp. 255 y ss.

²⁰⁷ Cfr. BVerfGE 11, 130 y ss.; ver, también, BVerfGE 2, 276; 4, 304 y ss.; 6, 349; ver, al respecto, el cap. 5, inciso 1, letra A.

²⁰⁸ Cfr., al respecto, la crítica de Ernst Forsthoff, "Zur Problematik der Ver-

esto reduce no sólo la firme voluntad política de crear un orden estatal fundamentalmente modificado, que justamente caracteriza a los años fundacionales. Sin embargo, parece dudoso que la constelación histórica después de la catástrofe de 1945 haya sido adecuada para crear una clásica época fundacional, que estableciera orientaciones a largo plazo para la historia nacional, tanto más cuanto que las circunstancias políticas permitían sólo un orden parcial concebido como transitorio. La reducida distancia histórica no permite todavía ningún juicio seguro. Pero no hay duda de que la catástrofe política marca una cesura histórica nacional, que ha demostrado ser un punto de orientación importante para la argumentación. Para la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, la cuestión de la función de legitimación de la época fundacional no tiene importancia decisiva. El Tribunal expone previsivamente de manera clara que no obtiene su autoridad, la legitimación para pronunciar decisiones socialmente obligatorias, sólo a partir de los actos políticos de los fundadores. Con los amplios esquemas de argumentación, que *in thesi* incluye también los controles de la Constitución, se ha creado la base semiótica para una institución única: una asamblea constituyente, conformada de acuerdo con reglas retóricas y, al mismo tiempo, permanente.

C. Acerca de la orientación hacia el futuro

a) A diferencia de las otras dimensiones temporales, la orientación hacia el futuro de la función pragmática está poco desarrollada. La dirección de referencia de las modificaciones de la situación social está determinada fundamentalmente por el transcurso ordenado de las transformaciones que hasta ahora han tenido lugar. Por cierto que, tal como lo hemos visto, los contextos funcionales o causales de los estados de cosas sociales juegan un papel mayor que el que uno supone de acuerdo con la crítica en los análisis sistemológicos.²⁰⁹ Estos argumentos se refieren también a situaciones futuras, pues las cuestiones vinculadas con la determinación de objetivos, con las posibilidades de realización o con el efecto de estabilización de esquemas de acción, presuponen necesariamente momentos temporales. Sin embargo, el punto de partida sigue

fassungsauslegung", en del mismo autor, *Rechtsstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973*, 2a. ed., Munich, 1976, pp. 27 y ss.

²⁰⁹ Cfr., críticamente, Luhmann, Niklas, *Grundrechte als Institution*, pp. 23, 207 y ss.; cfr., también, Müller, Friedrich, *Normstruktur und Normativität*, Berlín, 1966, pp. 114 y ss., quien señala especialmente las referencias a la realidad en la argumentación del Tribunal Constitucional Federal.

siendo la situación de los actuales estados de cosas y sus posibilidades prospectivas de modificación. Por consiguiente, el “futuro” se presenta como un “presente” prolongado. Pero no es indiferente. “Futuro” significa también progreso continuado. Pero éste no es determinado por una meta final histórica o por el destacamiento de un acontecimiento futuro. El Tribunal conduce más bien el “desarrollo” de las situaciones directivamente estructuradas como un proceso de afinamiento del perfeccionamiento o de una diferenciación progresiva. Estos criterios apuntan directamente a un aumento de la capacidad de rendimiento comunicativo, es decir, pragmático, del lenguaje del derecho. En este sentido, el progreso es un criterio de la diferenciación, de perfeccionamiento, del proceso de comunicación fundado por la actividad judicial.²¹⁰

Quizá podría verse un propósito semántico que apunta hacia el futuro en la referencia de que la libertad y la igualdad tienen que ser, poco a poco, aumentadas hasta llegar al óptimo alcanzable. Sin embargo, esta prescripción de optimación se trata, al igual que en el caso del uso del principio del Estado social, de una regla pragmática que depende siempre de las correspondientes situaciones actuales y de su aporte heurístico. Pero el punto de partida siguen siendo aquí los estados de cosas actuales y sus posibilidades de transformación. Por lo general, se expresa de manera especialmente clara la “estrategia de una modificación continuada de la situación social”. El “futuro” aparece como una proyección; por así decirlo, es establecida como la prescripción del presente.²¹¹

b) De acuerdo con los criterios señalados, el Tribunal Federal Constitucional parte de un esquema de argumentación temporico que, tan pronto como se abandona el marco de las actuales estrategias de adecuación, está fundamentalmente caracterizado por esquemas retrospectivos de orientación. Se puede ver aquí un modelo pragmático de argumentación, que bajo categorías políticas es predominantemente considerado como un estilo de argumentación conservador. Pero este sería un conservadurismo que se diferencia enormemente de las tradiciones burguesas conservadoras. Por cierto que tanto aquí como allí, el rango del *status quo* es una característica decisiva de orientación. El rechazo crítico-cultural, propio de los primeros tiempos de la era industrial, con respecto a una comprensión predominantemente técnico-económica del

²¹⁰ Como es sabido, la creciente diferenciación de la comunicación social es el punto de partida de las teorías funcional-sistemáticas de la sociedad; *cfr.*, al respecto, Parsons, Talcot, *The Social System*, Glencoe (Ill.), 1951; Luhmann, Niklas, *op. cit.*, pp. 14 y ss.

²¹¹ Respecto a la “prescripción” de la legislación, *cfr.* Grawert, Rolf, “Historische Entwicklungslinien des neuzeitlichen Gesetzesrechts”, *Der Staat*, vol. 11, 1972, pp. 1 y 25.

mundo, es abandonado definitivamente.²¹² En ambos casos está también poco estructurada la orientación hacia el futuro; pero la estructura del pasado se ha modificado esencialmente. La orientación hacia esquemas de largo plazo, que se remontan hasta las épocas de la historia de las ideas de la antigua Europa, es sustituida en gran medida por líneas de referencia a corto plazo.²¹³ Por lo general, como testimonios histórico-ideológicos, se toman en cuenta contextos próximos al presente, de la historia social y del derecho y, en todo caso, líneas históricas de las teorías liberales del Estado. La confianza en el decurso positivo y en la función legitimante de la historia, que encontrara su expresión en los grandes esbozos histórico-filosóficos —de Hegel, Marx y hasta Dilthey— se ha debilitado. Lo que ha quedado es la defensa de un positivismo jurídico, que sólo se legitima a través de las constelaciones históricas del poder. Como alternativa posible está todavía presente la catástrofe política.

9. *Sobre la aplicación general y la función pragmática de las estrategias sistemológicas*

El análisis realizado hasta ahora ha confirmado que el Tribunal Federal Constitucional, a más de una argumentación situacionalmente ligada, proporciona reglas generales de argumentación e intenta mostrarlas como elementos de un contexto retórico total. Los contextos semióticos presentados siguen sólo parcialmente reglas sintácticas. El estilo de la argumentación está más bien caracterizado por una combinación de reglas y operaciones sintácticas y pragmáticas, que a través de una retórica holística fundamentalmente teórico-constitucional, en un contexto semiótico. La retórica fundamental se limita a recurrir a esquemas con un alto grado de combinación que, más allá de las distintas situaciones problemáticas, son disponibles en general y situacionalmente son actualizados con la ayuda de reglas pragmáticas generales y criterios temporales. Pero estos esquemas obtienen su excelente jerarquía retórica por el hecho de que indican orientaciones últimas y totales no superables, para las situaciones de acción alcanzables en el ámbito pragmático de validez de la sintaxis constitucional. La retórica holística fundamental basa el carácter de esquema de la argumentación estructurado de acuerdo con reglas unitarias. Para caracterizar esta estructura hemos llamado

²¹² Respecto al conservadurismo en la pedagogía, *cfr.* Schreckenberger, Walde-
mar, "Schule, Verwaltung und Rechtswissenschaft", pp. 447 y ss., 455 y ss.

²¹³ Respecto a una comprensión conservadora del tiempo, *cfr.* las impresionantes
consideraciones de Mannheim, Karl, *Ideologie und Utopie* (1929), 4a. ed., Fran-
cfort del Meno, 1967, pp. 199 y ss.

a la estrategia de la argumentación dirigida por las orientaciones últimas y totales, modelo de argumentación sistemológico. Este modelo proporciona las bases semióticas para una teoría de la Constitución elaborada judicialmente que, en vista de la validez universal en el ámbito social de la acción, cumple la función de una “teoría básica del derecho positivo”.²¹⁴

Para aclarar la jerarquía semiótica de la retórica fundamental, es útil referirse al amplio campo de aplicación de los modelos de argumentación sistemológicos. De las formas de aplicación en otros campos de la comunicación pueden obtenerse también otras informaciones acerca de la función pragmática de este modelo.

A. Sobre la utilización en el lenguaje filosófico, religioso y mítico

El modelo de argumentación sistemológico se cuenta entre las más notables estrategias de orientación y comprensión de la historia cultural europea. Es el estilo de argumentación que encontramos, sobre todo, en construcciones que tradicionalmente son consideradas como metafísicas. Heidegger caracteriza correctamente este estado de cosas semiótico cuando habla de la concepción onto-teológica de la metafísica occidental.²¹⁵ Ernst Cassirer señala el mismo estado de cosas con respecto a la concepción y orientación religiosa del mundo: “Toda religión realmente independiente crea, al mismo tiempo, un nuevo centro espiritual del ser”, a partir del cual obtiene su sentido propiamente dicho; pero el modo como toda la periferia de la existencia es puesto en relación con el centro religioso, lo presenta Cassirer, de acuerdo con su posición neokantiana, como un aporte del pensamiento mediador que, en tanto tal, sólo sería capaz y accesible a una definición y caracterización lógicas.²¹⁶

Ahora bien, uno podría pensar que el carácter sistemológico está reservado a tales construcciones que se presentan con la pretensión de proporcionar una orientación general en el mundo, de tipo obligatoria, tal como es característico, sobre todo, de la filosofía práctica de la antigüedad europea y de la filosofía de la naturaleza, pero también de algunas construcciones filosóficas de la actualidad, especialmente en el ámbito de la metafísica de la historia. Gadamer señala correctamente que la

²¹⁴ Respecto a un concepto análogo de la “doctrina básica”, *cfr.* Ballweg, Ottmar, *op. cit.*, pp. 72, 86, 120 y ss.

²¹⁵ *Cfr.* Heidegger, Martin, *Identität und Differenz*, Pfullingen, 1957, pp. 35, 69.

²¹⁶ Cassirer, Ernst, “Die Begriffsform im mythischen Denken” (1922), en el mismo autor, *Wesen und Wirkung des Symbolbegriffs*, Darmstadt, 1959, pp. 1 y ss., 59; como es sabido, para Cassirer esta concepción, que resulta de una elaboración ulterior del método trascendental analítico de Kant, es el punto de partida de su hasta hoy bien importante filosofía de las formas simbólicas.

ciencia moderna se diferencia fundamentalmente de todo el “saber totalizante”, que resumía el saber de la humanidad.²¹⁷ Sin embargo, refiere este tipo de saber totalizante a la filosofía anterior al comienzo de la “Época moderna”. Con todo, nos parece que la “Época moderna” no ha puesto básicamente en duda el modelo semiótico presentado. Descartes y sus sucesores están por cierto profundamente convencidos que habían dejado tras sí las costumbres lingüísticas y de pensamiento de la filosofía antigua que se extendiera hasta las postrimerías de la alta Edad Media.²¹⁸ Pero se olvida fácilmente que los viejos modelos retóricos siguieron valiendo imperturbablemente. La duda metódica no modificó la situación pragmática inicial. El interés siguió estando dirigido hacia una orientación total semióticamente proporcionada. Sólo aumentaron, fundamentalmente, las pretensiones sintácticas y semánticas: las construcciones universales tradicionales debían ser sustituidas por un método universal.²¹⁹ El dogmatismo semántico fue lentamente sustituido por un dogmatismo sintáctico: la *mathesis universalis*, una teoría de los principios basada en reglas lógicas y matemáticas —*more geometrico*— debía conducir a un conocimiento completo y definitivo del mundo.²²⁰ Esta concepción metodológica se convirtió en la época subsiguiente en un tema dominante, tanto en la filosofía como en las ciencias. Proporcionó los modelos para la construcción semiótica de las grandes elaboraciones jurnaturalistas y de las doctrinas políticas de los siglos XVII y XVIII. Sus aportes holísticos le granjearon, aún entre los críticos de la ideología de la actualidad, admiración y la calificación retórica de “alta ideología” burguesa.²²¹ Por más incompleta que fuera la estructura sintáctica en los detalles, el recurso de principios últimos que fundaban la unidad de las construcciones, se convirtió en el esquema retórico decisivo. Como es sabido, a través de las teorías del derecho natural, ingresó en las grandes codificaciones alemanas del siglo XVIII.²²²

²¹⁷ Gadamer, Hans-Georg, “Theorie, Technik, Praxis -die Aufgabe einer neuen Anthropologie”, *Neue Anthropologie*, editada por Hans-Georg Gadamer y Paul Vogler, Stuttgart, 1972, t. 1, Biologische Anthropologie, 1a. parte, pp. XI y ss.

²¹⁸ Cfr. Descartes, René, *Abhandlung über die Methode* (1637), editado por Artur Buchenau, Hamburgo, 1957, 1a. parte, pp. 13 y ss., 2a. parte, p. 7.

²¹⁹ Cfr., al respecto, Leibniz, Gottfried Wilhelm, “Charakteristica, Encyclopädie und Scientia generalis” (1679), *Schöpferische Vernunft, Schriften aus den Jahren 1668-1686* (compilados, traducidos y explicados por Wolf von Engelhardt), Marburgo, 1951, pp. 178, 188.

²²⁰ Cfr., al respecto, Jaspers, Karl, *Descartes und die Philosophie*, Berlín, 1956, cap. III, 3, pp. 84 y ss.; ver, también, Mannheim, Karl, *Ideologie und Utopie*, pp. 144 y ss.

²²¹ Cfr. Lenk, Kurt, *Volk und Staat. Strukturwandel politischer Ideologien im 19. und 20. Jahrhundert*, Stuttgart, 1971, pp. 21, 23.

²²² Cfr. Ebel, Wilhelm, *Die Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*,

La pretensión sistemológica es hasta ahora uno de los problemas metodológicos centrales y muy discutidos de la ciencia alemana del derecho.²²³

La crítica idealista de Kant, el recurso a la conciencia como instancia creadora del conocimiento, trajo consigo un cambio retórico. Basta recordar la importante función semiótica que Kant otorgaba al esquema de la “unidad” como principio constitutivo del entendimiento y principio regulativo de la razón para la construcción de un esquema de signos filosóficos o científicos. “La filosofía trascendental tiene la ventaja pero también la necesidad de buscar sus conceptos de acuerdo con un principio porque ellos surgen del entendimiento, en tanto unidad absoluta, puros y sin mezcla alguna, y por ello tienen que estar conectados entre sí de acuerdo con un concepto o una idea.”²²⁴ El objetivo de la razón es la unidad sistemática, “arquitectónica”, el todo absoluto de los conocimientos. Esto es obtenido a través de la “afinidad de los conocimientos” y de las “derivaciones a partir de un único supremo e interno objetivo”.²²⁵ Esto vale tanto para la filosofía teórica como para la filosofía práctica, que abarca la teoría del derecho y la ética.²²⁶

B. Sobre la utilización en la teoría de la ciencia y en los lenguajes técnicos

También después de los grandes “sistemas semióticos” idealistas de la filosofía del siglo XIX, “unidad” y “totalidad” siguieron siendo excelentes esquemas retóricos de la metodología y de la teoría del conocimiento. Ellos apoyaron un estilo de argumentación que, como “método de las ciencias del espíritu”, fue opuesto a los métodos de los análisis de las ciencias naturales y a las formas de hablar de las teorías jusnaturalistas de la Ilustración y que, como es sabido, en el ámbito de habla alemana tuvo una difusión que llega hasta el presente.²²⁷ Ha surgido

Gotinga, 1958, pp. 73 y ss.; Wieacker, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, pp. 197 y ss.

²²³ Cfr., al respecto, Engisch, Karl, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935; Canaris, Claus-Wilhelm, *Systemdenken und Systembegriffe in der Jurisprudenz*, Berlín, 1969; Luhmann, Niklas, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974.

²²⁴ Kant, I., *Kritik der reinen Vernunft* (1781/1787), editada por Raimund Schmidt, Hamburgo, 1952, *Transzendente Analytik*, libro I.

²²⁵ Ver Kant, I., *op. cit.*, *Transzendente Methodenlehre*, pp. 748 y ss.

²²⁶ Ver Kant, I., *Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre*. Respecto al intento de Kant de elaborar sistemológicamente la teoría del derecho, cfr. Schreckenberger, Waldemar, “Legalität und Moralität”, pp. 3 y ss.

²²⁷ Cfr., básicamente, Dilthey, Wilhelm, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*,

una bastante amplia variedad de las formas del juego retórico y de la temática, variedad que se extiende desde la filosofía de la historia, a través de la filosofía práctica, la teoría del derecho y la teoría del conocimiento, hasta las disciplinas especializadas de la ciencia de la acción, especialmente la pedagogía, la sociología, la psicología y la economía política. La analítica trascendental de Kant, el descubrimiento o creación de referencias semióticas transitorias, ejerció una fuerte atracción sobre todo en las corrientes de teoría del conocimiento como así también en la filosofía práctica y en la teoría del derecho.²²⁸ Se podría suponer que la presión de información a través de la creciente producción de datos empíricos y de la coacción a una cada vez mayor especialización, obligaron a las ciencias especializadas a renunciar al esquema de la "unidad del conocimiento". Pero, ni en las ciencias naturales ni en las ciencias de la acción humana, se ha agotado el afán de una orientación totalizante.²²⁹ Así, por ejemplo, una teoría física sobre la unidad de la naturaleza sigue siendo considerada como un fin alcanzable.²³⁰ O se espera de una nueva antropología que promueva la "integración" del saber acerca del hombre.²³¹ Tampoco faltan construcciones que prometen abarcar contextos universales de "toda la sociedad", teniendo aquí preferencia las teorías histórico-filosóficas y funcional-sistemáticas.

Pero con la cibernética parece abrirse paso una modificación básica de la metodología sistemológica. Al menos en las ciencias de la acción ha logrado desplazar, en parte, al esquema deductivo unitario.²³² La

4a. ed., Stuttgart, 1959, t. 1, esp. pp. 35 y ss.; Droysen, Johann Gustav, *Historik. Vorlesungen über Enzyklopädie und Methodologie der Geschichte*, 3a. ed., Munich, 1958; cfr., al respecto, Gadamer, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode*, pp. 162 y ss.

²²⁸ Respecto a una ulterior elaboración contemporánea de la metodología trascendental, cfr. Funke, Gerhard, *Phänomenologie-Metaphysik oder Methode?*, Bonn, 1966, esp. pp. 9 y ss.; cfr. también, Plessner, Helmuth, *Die Einheit der Sinne* (1922), Bonn, 1965; con respecto a la teoría del derecho, cfr. Stammler, Rudolf, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 2a. ed., Halle, 1926; cfr., al respecto, Emge, Carl August, *Philosophie der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1961, pp. 85 y ss.; Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, pp. 116 y ss.

²²⁹ Cfr., al respecto, Emge, Carl August, *Der ethische Fehlgriff nach dem Ganzen*, Wiesbaden, 1969, pp. 12 y ss.; Stegmüller, Wolfgang, *Einheit und Problematik der wissenschaftlichen Weltkenntnis*, Munich, 1967; Schlick, Moritz, "Über den Begriff der Ganzheit", *Logik der Sozialwissenschaften*, 6a. ed. de Ernst Topitsch, Colonia/Berlin, 1970, pp. 213 y ss., 220.

²³⁰ Cfr. Weizsäcker, Carl Friedrich von, *Die Einheit der Natur. Studien*, München, 1971, pp. 193 y ss., 214, 220.

²³¹ Cfr. Gadamer, Hans-Georg, *Theorie, Technik, Praxis - die Aufgabe einer neuen Anthropologie*, p. XVII.

²³² Respecto a la aplicación de modelos cibernéticos en la ciencia del derecho, cfr. Ballweg, Ottmar, *op. cit.*, pp. 76, 86 y ss.; Lang, Eberhard, *Zu einer kybernetischen Staatslehre. Eine Analyse des Staates auf der Grundlage des Regelkreis-*

exitosa vinculación de modelos cibernéticos con exigencias sistemáticas funcionales universales y su aparentemente casi ilimitado campo de aplicación, la presentan como una variante de la estrategia de orientación sistemológica.

Un desarrollo característico, que ha influido considerablemente en la moderna teoría de la ciencia, es el que ocupa la retórica sistemológica en la ciencia de la lógica. El modelo retórico ha sido privado de su función de fundamentación y reducido a esquemas puramente sintácticos. Los esquemas destacados, los axiomas, han de esta manera renunciado a su *status* retórico absoluto en una zona semiótica fundamental dada previamente, en aras de una posición relativa, es decir, un conjunto semiótico construido de acuerdo con reglas sintácticas. Sin embargo, hay que ver que la ciencia de la lógica, con el modelo de signos axiomático-deductivo, ofrece un excelente esquema sintáctico para construcciones elaboradas sistemológicamente. Por ello Albert supone, con razón, que el ideal de axiomatización en general está vinculado de alguna manera con la idea clásica de fundamentación.²³³ Hasta qué punto el modelo axiomático-deductivo sigue estando influido por la retórica sistemológica, se infiere de la exigencia de construir, dentro de lo posible, todo el sistema semiótico sobre un axioma, aun cuando ello requiera operaciones complicadas. Bocheński ve en esto un rasgo estético de la actual axiomática.²³⁴ Ya lo hemos conocido en Kant como exigencia de unidad “arquitectónica”. A esta exigencia responde, con respecto a un sistema de constitución, sobre todo el intento emprendido por Carnap de remitir todos los objetos de la experiencia a unidades vivenciales elementales y definir el esquema conceptual de acuerdo con un “orden unitario”.²³⁵

Con la reducción del modelo de argumentación sistemológico a referencias sintácticas, el método axiomático-deductivo logró eliminar elementos semánticos y pragmáticos “perturbadores” que, según lo enseña la experiencia, suelen infiltrarse en los sistemas deductivos no formalizados. Parece como si la lógica moderna hubiera satisfecho de manera insuperable la vieja exigencia de modelos de derivación exacta. La fascinante perfección de esta forma de hablar promovió los esfuerzos, no

models, Salzburgo, 1970, esp. pp. 152 y ss.; Suhr, Dieter, “Ansätze zur kybernetischen Betrachtung von Recht und Staat”, *Der Staat*, vol. 6, 1967, pp. 197 y ss., 209 y ss.

²³³ Albert, Hans, “Normative Sozialwissenschaft und politische Rationalität”, *ARSP*, LV, 1969, pp. 567 y ss., 573.

²³⁴ Bocheński, I.M., *Die zeitgenössische Denkmethode*, p. 80.

²³⁵ Cfr. Carnap, Rudolf, *Der logische Aufbau der Welt*, 2a. ed., Hamburgo, 1961, esp. pp. 86, 93, 209.

obstante los limitados éxitos en las ciencias naturales y de la acción. para reavivar las viejas pretensiones de un método universal.²³⁶

La lógica moderna se presentó ante las disciplinas dogmáticas, tales como la jurisprudencia o la teología, como un excelente instrumento para satisfacer las exigencias dogmáticas.²³⁷ Pues la rigidez de su método respondía a la necesidad de rechazar problematizaciones no deseadas de contextos argumentativos a través del archivo sintáctico. La lógica se ofrece como un sistema de reglas para las acciones retóricas de fundamentación.

Albert parece subordinar, en general, el estilo retórico que hemos presentado como modelo de argumentación sistemológica, al uso dogmático de signos. Esto está vinculado con la específica comprensión de la ciencia que sigue principalmente el “control crítico” y acentúa unilateralmente la función de refutación retórica. Para esta comprensión, la investigación científica y la dogmática son opuestas absolutas. Como lo hemos expuesto ya en el análisis de la función pragmática de la teoría del derecho, al menos en las ciencias de la acción, esta tesis no puede ser defendida con éxito. Es aconsejable más bien adoptar una relación comparativa entre la investigación y la dogmática con respecto al criterio retórico decisivo de la dialogicidad.²³⁸ Quizás Albert habría llegado a resultados similares si en su investigación sobre el dogmatismo hubiera incluido también aquella argumentación especializada que muestra de manera excelente las características de la dogmaticidad, es decir, la jurisprudencia.²³⁹

C. La función pragmática de la argumentación sistemológica

El resumen sobre el campo tradicional de aplicación del modelo sistemológico de argumentación lo presenta como una estrategia de validez prácticamente ilimitada. Ella se extiende desde el discurso religioso, mítico y filosófico hasta el lenguaje de las ciencias de la lógica y de las ciencias especializadas. Parece darse aquí una estrategia universal de orientación y de comprensión. También el desarrollo histórico muestra un estilo de argumentación bastante estable que, desde luego, a partir del comienzo de la Época moderna, obedece cada vez más a reglas sintácticas. No es muy difícil caracterizar las estructuras semióticas

²³⁶ Cfr. Austeda, Franz, *Axiomatische Philosophie*, Berlín, 1962, esp. pp. 32 y ss.

²³⁷ Cfr., por ejemplo, Bocheński, I.M., *Logik der Religion*, Colonia, 1968.

²³⁸ Cfr., al respecto, Schreckenberger, Waldemar, “Über die Pragmatik der Rechtstheorie”, pp. 561 y ss., 570 y ss.

²³⁹ Cfr. Albert, Hans, *Traktat über kritische Vernunft*, pp. 8, 29 y ss.

básicas de esta forma de argumentación. Sin embargo, parece más difícil proporcionar las funciones pragmáticas. Pues un modelo de argumentación que muestra una tan amplia dispersión retórica parece escapar a una determinación funcional general.

Quizás aquí puedan prestar ayuda los análisis crítico-ideológicos que se ocupan especialmente con las condiciones pragmáticas, sobre todo históricas y sociales de las construcciones y doctrinas teóricas. Por cierto que sobre la discusión crítico-ideológica pesa una controversia poco fecunda acerca de la definición semántica del concepto de ideología. Pero tiene el mérito de haber utilizado conscientemente los análisis semióticos como instrumento crítico. Y aquí logró llamar la atención sobre una peculiaridad semiótica de las construcciones y doctrinas presentadas como ideologías y utopías, que hemos ya conocido como el carácter holístico del modelo de argumentación sistemológico. Cualquiera que sea la forma como se conciba al concepto de ideología, sea de manera positiva, negativa o neutral, ella designa aquellos esquemas semióticos que presentan una referencia pragmática con determinadas situaciones históricas o sociales. Las investigaciones crítico-ideológicas parten, la mayoría de las veces, del hecho de que éste es el caso sobre todo de las construcciones filosóficas y de las teorías político-sociales.²⁴⁰ También el planteamiento metódico general, totalmente de acuerdo con el desarrollo general teórico-científico, fue orientado principalmente hacia estructuras sintácticas de sistemas de signos organizados sistemológicamente. La mostración de “deficiencias” sintácticas y semánticas a ellas vinculadas se convirtió en indicio irrefutable del encubrimiento teórico de fines ateóricos, es decir, prácticos, al servicio de la conducción de la acción.²⁴¹

Esta crítica hace depender la respectiva función pragmática del uso de esquemas sistemológicos, de la peculiaridad sintáctica y semántica de

²⁴⁰ Albert, Hans, *Traktat über kritische Vernunft*, p. 84, señala con razón que aquí se produce una abreviación del principio gnoseológico.

²⁴¹ Cfr. Pareto, Vilfredo, *Traité de sociologie générale*, Lausanne, 1917-1919, vols. I y II, § 1397; Geiger, Theodor, *Ideologie und Wahrheit. Eine soziologische Kritik des Denkens*, 2a. ed., Neuwied, 1968; *id.*, “Kritische Bemerkungen zum Begriff der Ideologie”, *Arbeiten zur Soziologie* (selección e introducción de Paul Trappe), Neuwied, 1962, pp. 420 y ss.; Topitsch, Ernst, “Restauration des Naturrechts? Sachgehalte und Normsetzungen in der Rechtstheorie”, en del mismo autor, *Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft*, Neuwied, 1961, pp. 53 y ss., esp. pp. 60 y ss.; *id.*, “Zur Soziologie des Existenzialismus. Kosmos -Existenz -Gesellschaft”, en *op. cit.*, pp. 71, 74 y ss.; *id.* “Vom Mythos zur Philosophie”, en del mismo autor, *Mythos -Philosophie -Politik. Zur Naturgeschichte der Illusion*, 2a. ed., Friburgo de Brisgovia, 1969, esp. pp. 24 y ss.; Lenk, Kurt (comp.), *Ideologie, Ideologiekritik und Wissenssoziologie*, 5a. ed., Neuwied, 1971; Emge, Carl August, *Das Wesen der Ideologie*, Maguncia, 1961, p. 53.

un esquema de signos: En las disciplinas —especialmente las ciencias naturales— que satisfacen mejor las exigencias sintácticas habría pues que suponer una función teórica dirigida a la obtención de conocimiento y a proporcionar información. En esquemas de signos con estructura más compleja, tal como los que encontramos en teorías con referencias primariamente directivas, a la retórica sistemológica le correspondería una función “seudoteórica”, en todo caso histórico-sociológica o sociopsicológicamente interpretable. La alternativa entre teoría y seudoteoría no hace justicia, sin embargo, a los datos semióticos del problema. Para confirmar esta objeción no es necesario entrar en el contexto de los análisis gnoseológicos, que muy elocuentemente son llevados a cabo bajo el esquema dual del problema “teoría y praxis”.²⁴² Ya las pocas referencias al campo de aplicación del modelo de argumentación sistemológico pudieron mostrar que también a las disciplinas de investigación científicas no le son ajenas tendencias holísticas.

En los análisis de crítica ideológica, la característica retórica de la “armonización” es considerada como un indicio importante de intenciones sospechosas de ideología, seudoteóricas. “Armonización” significa aquí una vinculación holística de argumentos que no es confirmable inobjetablemente a través de reglas sintácticas o que es reducida a contextos sistemáticos. Estas armonizaciones se encuentran, aun cuando gradualmente muy distintas, también en las disciplinas teóricas sin que uno quisiera hacer pesar sobre ellas la sospecha de ingenuidad gnoseológica o del engaño voluntario.²⁴³ Por lo tanto, la característica de la “armonización” parece ser poco adecuada para apoyar la propuesta distinción de crítica ideológica. Esta característica pone más bien de manifiesto que el esquema holístico, también en las disciplinas teóricas, remite en última instancia a funciones pragmáticas generales.

Este estado de cosas se vuelve claro cuando uno vuelve a la base retórica inicial de los lenguajes especializados conocidos, al estandarizado lenguaje ordinario. Allí se muestra que el esquema holístico también

²⁴² Cfr., al respecto, los ensayos en Adorno, Theodor W. y otros, *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, 3a. ed., Neuwied, 1971; Habermas, Jürgen, “Dogmatismus, Vernunft und Entscheidung. Zu Theorie und Praxis in der verwissenschaftlichten Zivilization”, en del mismo autor, *Theorie und Praxis. Sozialphilosophische Studien*, 3a. ed., Neuwied, 1971, pp. 231 y ss., 239 y ss.; Schreckenberger, Waldemar, “Über die Pragmatik der Rechtstheorie”, pp. 565 y ss., y la bibliografía allí indicada; Albert, Hans y Ernst Topitsch (comps.), *Werturteilstreit*, Darmstadt, 1971.

²⁴³ Respecto a los esfuerzos por “redondear sistemáticamente” el estado del conocimiento y resumirlo en un posible “sistema unitario y simple”, cfr. Ackermann, Wilhelm, “Bemerkungen zur mathematischen Logik und Grundlagenforschung”, *Ratio*, vol. 1, 1957, pp. 1 y ss., 17.

se encuentra en la estructura de la experiencia cotidiana. La orientación cotidiana parte de un saber total listo para su uso, de una concepción general de las experiencias objetivas, de una “imagen del mundo”.²⁴⁴ El contexto pragmático de la orientación semiótica proporcionada se edifica siempre sobre un esquema homogéneo que, tal como enseña la investigación de la comunicación, sobre todo acerca de la llamada disonancia cognoscitiva, dispone de mecanismos especiales para la eliminación o reducción de perturbaciones de orientación y de acuerdo.²⁴⁵

En los lenguajes especializados, el modelo de argumentación sistemológico resulta ser una estilización diferenciada del contexto pragmático de la comprensión cotidiana. Ésta proporciona el modelo retórico para el intento permanente de restablecer la unidad de la orientación general —puesta en peligro a través de las transformaciones sociales— en un nivel lingüístico más complejo. La estrategia de la orientación total trata de proporcionar la medida de seguridad que parece indispensable como elemento de la acción. La estrategia sistemológica adquiere en los procesos complicados de comunicación, tales como los que encontramos en los lenguajes especializados, la función del aseguramiento y estabilización retóricos de las argumentaciones.²⁴⁶

10. Sobre las condiciones pragmáticas de la sintaxis general de la Constitución y su función teórico-básica

En los apartados siguientes habrán de ser analizadas algunas condiciones pragmáticas de la teoría constitucional elaborada por el Tribunal Federal Constitucional sobre la base del modelo de argumentación sistemológico.

²⁴⁴ Cfr., al respecto, Jaspers, Karl, *Psychologie der Weltanschauungen*, 5a. ed., Berlín, 1960, pp. 161 y ss.; Popper, Karl R., *Objektive Erkenntnis. Ein evolutionärer Entwurf*, Hamburgo 1973, p. 77: “Yo presumo que innatamente tendemos a referir las noticias a un sistema interrelacionado y en parte regular u ordenado: la ‘realidad’.”

²⁴⁵ Cfr., Festinger, Leon, *op. cit.*, pp. 27 y ss., 30; cfr., también, Maccoby, Nathan, “Die neue ‘wissenschaftliche’ Rhetorik”, en Wilbur Schramm (comp.), *Grundfragen der Kommunikationsforschung*, pp. 55 y 69.

²⁴⁶ Respecto a la seguridad del conocimiento a través de la axiomática, cfr. Hilbert, David, “Axiomatisches Denken” (1917), en *Hilbertiana*, Darmstadt, 1963, p. 3; cfr., al respecto, Dingler, Hugo, *Grundriss der methodischen Philosophie. Die Lösungen der philosophischen Hauptprobleme*, Füssen, 1949, p. 8; Albert, Hans, *Traktat über kritische Vernunft*, esp. pp. 8 y 11, en donde se enfrenta críticamente con la función de seguridad del “modelo clásico de fundamentación”, del “fundamentalismo”.

A. Acerca de la situación política e ideológica en la época inicial del Tribunal Federal Constitucional

La función de estabilización general obtenida sobre la base de las formas de utilización del modelo de argumentación sistemológico parece ser poco adecuada para ofrecer apoyos pragmáticos a la argumentación del Tribunal. Entre las instancias de decisión estatales, el Tribunal Federal Constitucional posee un *status* peculiar. Está dotado de una competencia de decisión que capacita al Tribunal entre otras cosas, para declarar nulas, total o parcialmente, leyes, decisiones públicas dotadas del más alto nivel de legitimación política, con fuerza de ley, es decir, con efecto obligatorio y básicamente irreversible para todos. Entre las posibilidades legales de sanción, el Tribunal ha desarrollado otra serie de instrumentos pragmáticos, tales como, por ejemplo, referencias e indicaciones político-jurídicas acerca del uso obligatorio de textos jurídicos, sobre todo en el marco de la llamada interpretación conforme a la Constitución.^{246a} Se podría pensar que las muy amplias disposiciones institucionales para la conservación de las funciones de jueces constitucionales y con ello también la competencia retórica del Tribunal Federal Constitucional, habrían alcanzado para cubrir la necesidad de aseguramiento pragmático de las argumentaciones jurídico-constitucionales, tanto más cuanto que el Tribunal mismo no tiene que legitimarse en procedimientos políticos periódicos, como un Parlamento. El amplio despliegue retórico ha sido criticado como un prescindible e infructuoso intento de una superlegitimación de las argumentaciones jurídico-constitucionales.²⁴⁷

Pero un adecuado juicio pragmatológico no puede dejar de considerar la situación política e ideológica de la época en que fue creado el Tribunal Federal Constitucional. Tal como ya lo mostrara el análisis de la argumentación, la catástrofe política de 1945 puso también de manifiesto una crisis de la teoría política. Las experiencias de la dictadura habían vuelto a poner en tela de juicio los fundamentos ideológicos de la política. Tanto en las discusiones políticas generales acerca de la

^{246a} Respecto a las apelaciones judiciales al legislador, *cfr.* la visión general de Rupp von Brünneck, Wiltraut, *op. cit.*, p. 355. *Cfr.*, respecto al principio de la interpretación conforme a la Constitución, BVerfGE 2, 282; 8, 34; 9, 174; 11, 190; 12, 61; 12, 296; *cfr.*, también, la crítica a los requerimientos excesivos de la interpretación conforme a la Constitución en la opinión divergente en BVerfGE 33, 78, 81.

²⁴⁷ *Cfr.* Luhmann, Niklas, *Grundrechte als Institution*, pp. 206 y ss.; *cfr.*, también, Forsthoff, Ernst, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, *op. cit.*, pp. 153 y ss.

creación del orden estatal como así también en los análisis de las ciencias de la acción, los problemas de la teoría política y de cuestiones fundamentales de la teoría jurídica ocuparon un amplio espacio. En la disciplina jurídica, tal como se ha expuesto, predominaron el análisis de concepciones jusnaturalistas y axiológicas y la discusión de la doctrina del juspositivismo, que ya fuera objeto de polémicas en la época de la República de Weimar.²⁴⁸ Y, como lo muestra una mirada en los materiales vinculados con la LF, estas cuestiones jugaron también un papel considerable en las discusiones sobre el texto constitucional.²⁴⁹

El análisis de cuestiones básicas de la teoría del derecho, especialmente de la validez jurídica, ingresó también, sobre todo a través de los tribunales superiores, en la praxis de la argumentación judicial. Las primeras manifestaciones fundamentales sobre dogmática constitucional del Tribunal Federal Constitucional pudieron por ello recurrir a una cierta praxis. Se trataba, sobre todo, de manifestaciones acerca de la validez del “derecho suprapositivo” y sobre el “carácter valorativo” de los derechos fundamentales, que fueron muy tenidas en cuenta y por muchos fueron consideradas como confirmación de concepciones jusnaturalistas y axiológicas.²⁵⁰

B. La sintaxis general de la Constitución como teoría básica del derecho positivo

a) La gran atención que se prestó a esta argumentación jurídico-constitucional, que se incorporó completamente al análisis teórico-jurídico predominante, ha ocultado desde luego el interés de mucho mayor alcance del Tribunal: El Tribunal Federal Constitucional aprovechó la oportunidad para desarrollar, sobre las bases de sus amplias competencias jurídicas, los presupuestos retóricos para la construcción y la posibilidad de la complementación permanente de una teoría de la Constitución que, de acuerdo con las garantías institucionales, puede pretender ser obligatoria para todas las decisiones, acciones y argumentaciones. Como el esquema jurídico de comunicación potencialmente abarca

²⁴⁸ Cfr. el representativo volumen colectivo: *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*² (comp. Werner Maihofer), Darmstadt, 1966; cfr., también, Rommen, Heinrich, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2a. ed. aumentada, Munich, 1947; Kaufmann, Arthur (comp.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt, 1965; ver, además, cap. 5, inciso 1, letra A.

²⁴⁹ Cfr. *JÖR*, N.F., vol. 1, pp. 42 y ss.

²⁵⁰ Cfr. Darmstädter, Friedrich, “Das Naturrecht als juristisches Schichtenproblem”, *Studium Generale*, año 9, 5, 1956, p. 23: “En la actualidad, el derecho natural está ocupando un lugar predominante en la vida jurídica alemana.”

todos los problemas sociales y contextos de acción, la teoría constitucional adquiere la función de una teoría política de la sociedad. En el marco de una praxis de decisión jurídicamente organizada pertenece a un metanivel pragmático, es decir, tiene la función de ser una codificación dentro de una codificación. Se convierte en “teoría básica del derecho positivo”.

El Tribunal Federal Constitucional ha dado respuesta a la crisis de la teoría política también con un hecho teórico-constitucional revolucionario. Aprovechó el campo de acción político que le quedaba a fin de institucionalizar la competencia para una teoría básica obligatoria; cubrió de esta manera, al mismo tiempo, el déficit teórico. Cuando se lamenta que haya pasado la época de los grandes esbozos ideológicos, no se toma en cuenta que el Tribunal Federal Constitucional, en gran medida, ha asumido la función de, por lo menos, satisfacer las urgentes exigencias teórico-básicas, tanto más cuanto que desde Karl Mannheim está difundida la opinión de que las sociedades industriales pueden darse vuelta con un *minimum* de ideología que, en cierto modo, es una ideología trivial.²⁵¹ La institucionalización de la competencia ideológica es comparable con la sustitución de las teorías jusnaturalistas en el siglo XVIII o con las construcciones pandectistas en el siglo XIX a través de las subsiguientes grandes codificaciones y su manejo obligatorio por parte de los tribunales supremos. La lamentada pérdida de sustancia, afecta menos el alcance semántico de los diseños y programas teórico-sociales que el campo de acción retórico de las disciplinas tradicionalmente llamadas a la construcción de diseños y programas, a las que les ha surgido en el Tribunal Federal Constitucional una competencia pragmáticamente superior.

b) Las garantías institucionales, desde luego, resultan no ser tan sólo ventajas retóricas. Ellas caracterizan también el marco pragmático dentro del cual tiene que moverse el Tribunal. Por cierto que el Tribunal Federal Constitucional tiene una destacada posición organizativa dentro de la actividad jurídica, sin embargo sigue siendo un cuerpo judicial para pronunciar sentencias, que trabaja casuísticamente, y cuyas decisiones tienen consecuencias sociales inmediatas. El contexto pragmático se diferencia del contexto de las teorías de la dogmática especializada o de las funciones teóricas de los programas de los partidos

²⁵¹ Cfr., al respecto, Lenk, Kurt, “Volk und Staat”. *Strukturwandel politischer Ideologien im 19. und 20. Jahrhundert*, pp. 23, 163 y 175; Geiger, Theodor, *Demokratie ohne Dogma. Die Gesellschaft zwischen Pathos und Nüchternheit*, Munich, 1963; Lipset, Seymour Martin, *op. cit.*, pp. 403 y ss.

políticos por un alto grado de interdependencia social y un mayor “alcance pragmático”.

La problemática retórica que resulta de la vinculación institucional del Tribunal con respecto a codificaciones dadas previamente, tal como se ha expuesto, fue solucionada por el Tribunal Federal Constitucional incluyendo los textos constitucionales según la medida del modelo de argumentación sistemológico en la sintaxis de la teoría constitucional y a decisiones políticas centrales del legislador constitucional se les otorgó el *status* retórico de un caso de aplicación histórico de la teoría general de la Constitución. La limitación tradicional a una competencia de decisión casuística presenta, desde luego, grandes dificultades: la comprensión teórica y la difusión general de la teoría constitucional desarrollada por el Tribunal Federal Constitucional, pues éste está ligado a los problemas del caso particular y a los procedimientos institucionales dados previamente para la solución de problemas.

A esto se suman los inconvenientes pragmáticos que resultan del estilo lingüístico específico del lenguaje jurídico. Sin embargo, el Tribunal Federal Constitucional ha desarrollado mientras tanto un estilo de argumentación que se diferencia claramente del de todos los demás tribunales superiores. Parece que la precisión jurídica a menudo es abandonada a fin de alcanzar un público más amplio, tanto más cuanto que la prensa diaria suele contribuir a una gran difusión de las decisiones.

Pero el punto de partida necesariamente casuístico de la argumentación dificulta una elaboración equilibrada de la dimensión semántica del esquema de argumentación teórico-constitucional. La ocupación con ámbitos particulares de problemas no es relevante desde el punto de vista teórico-constitucional en la misma medida. La teoría constitucional presenta, por así decirlo, una “densidad semántica” diferente. La estrecha vinculación con la problemática social aumenta, sin embargo, la actualidad y proporciona un cuadro de los problemas sociales que han ingresado en conflictos jurídico-constitucionales.

c) Si el Tribunal Federal Constitucional no quiere correr el peligro de afectar o reducir desde el primer momento su competencia teórico-constitucional, entonces tiene que procurar delimitarse sobre todo frente a las concepciones teórico-básicas de las disciplinas especiales, especialmente las ciencias de la acción humana, y frente a las doctrinas políticas.

Con las disciplinas especializadas o con la filosofía, existe la relación de una cautelosa distancia. Esto vale, en general, también respecto a la disciplina jurídica. Por cierto que allí se lamenta siempre que el Tribunal Federal Constitucional entre muy poco en el análisis científico-

jurídico.²⁵² La relación retórica entre el Tribunal Federal Constitucional y la ciencia del derecho sigue siendo problemática hasta hoy. Esta relación se ve dificultada, sobre todo, por la diferente evaluación recíproca de sus respectivas funciones. En la ciencia del derecho se duda todavía en aceptar plenamente la competencia teórico-básica que pretende tener el Tribunal Federal Constitucional. En cambio, en este último existe la tendencia, respecto a la teoría constitucional, de considerar a las ciencias especializadas principalmente como suministradoras de piezas de decoración ideológicas. La relación entre ambas partes habrá de ser más fecunda cuando las ciencias especializadas, particularmente la disciplina jurídica, aprecien plenamente la competencia teórico-básica del Tribunal Federal Constitucional y cuando el Tribunal tome la tarea crítico-analítica de las ciencias de la acción como una contribución necesaria para la promoción de la "racionalidad", es decir, de la "discutibilidad" de la teoría constitucional. La relación en los Estados Unidos de las ciencias de la acción humana con la *Supreme Court*, que se expresa en numerosas investigaciones, podría ofrecer aquí sugerencias positivas.²⁵³

d) La referencia pragmática con las disciplinas científicas roza estrechamente la cuestión acerca de la "referencia real" semántica de la teoría, es decir, la cuestión de la relación de la teoría constitucional con la "realidad social", pues las ciencias especializadas han desplazado en gran medida a la experiencia cotidiana como fuente legítima de información y asumido la función social de proporcionar esta "realidad" de una manera generalmente aceptable. Esta teoría se ha convertido en un esquema de comunicación dominante, aunque a menudo también en coartada, para una orientación social dirigida con un lenguaje especializado. Pero esta orientación constituye uno de los momentos críticos de una teoría de la constitución estructurada sistemológicamente, pues la discrepancia retórica entre una teoría holística y la cada vez más fuerte especialización de las ciencias particulares se vuelve cada vez mayor. Esto proporciona, por cierto, a la retórica holística un campo de acción pragmático incontrolado; la tentación de utilizarlo sigue siendo muy

²⁵² Cfr., al respecto, Rupp, Hans Heinrich, "Zum 'Mephisto-Beschluss' des Bundesverfassungsgerichts", *DVBl*, 1972, pp. 66 y ss.; Krüger, Herbert, "Der Verfassungsgrundsatz", *Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag*, p. 208, quien señala que el Tribunal Constitucional Federal, a diferencia de la Corte Federal de Justicia, prácticamente no cita ninguna literatura científica y que esto, desde luego, explica que la teoría siga estando en deuda por lo que respecta a monografías sobre principios constitucionales. En las nuevas decisiones parece insinuarse un cambio.

²⁵³ Cfr. la bibliografía indicada en la nota 19 de la introducción, inciso 3.

grande, sobre todo en el ámbito de las ciencias sociales de la acción. Sin embargo, una teoría holísticamente organizada, en el estado actual de las ciencias analíticas y debido al progreso alcanzado por las ciencias empíricas, tiene que contar siempre con que en la medida en que se apoye en enunciados acerca del mundo de la experiencia será corregida o superada. Si una teoría constitucional no quiere poner en peligro sus funciones sociales, tendrá entonces que preocuparse de que la distancia semántica entre la teoría constitucional y la "realidad social" analizada por las disciplinas especializadas no sobrepase un determinado límite de tolerancia. Mediante un muy complicado uso pragmático de los signos, el Tribunal Federal Constitucional procura establecer una distancia media con el mundo de la experiencia social. Tiene que trabajar con esquemas tan abstractos como "dignidad del hombre", "libertad", "igualdad" o "justicia". Estos esquemas poseen la dignidad de una larga tradición cultural, que desde los comienzos de la Ilustración está también estrechamente vinculada con los movimientos sociales y políticos de Europa y Norteamérica. Sin embargo, estas ventajas retóricas se enfrentan con la dificultad dogmática de que la teoría constitucional depende en parte de la forma de hablar con la que la teoría política de los siglos XVII y XVIII analizara las cuestiones políticas de la época y de que con esta forma de hablar debe dar respuesta a los complejos problemas sociales de la era industrial.

Como ha podido mostrar el análisis de algunos ejemplos, tales esquemas son transformados en reglas pragmáticas, es decir, en indicaciones operativas o en determinaciones semánticas. Ellas permiten, por una parte, remitir al intérprete al mundo empírico social y, por otra, incorporar los argumentos así obtenidos a la sintaxis constitucional ya elaborada, siguiendo reglas retóricas de conciliabilidad.

La crítica de la ideología ha dirigido su atención principalmente a las estrategias de la "inmunización" del "rechazo de argumentos no deseados".²⁵⁴ Aparentemente, esta crítica considera que la inmunización es la función más importante de la retórica holística. Pero no menos importante para la estabilidad de un esquema de signos dogmático son los mecanismos dinámicos de adecuación que deciden acerca de la introducción de informaciones o argumentos de otros ámbitos de la comunicación. Estrategias retóricas predilectas para la canalización de datos empíricos sociales en parte proporcionados por las ciencias especializadas son, como hemos visto, sobre todo las reglas pragmáticas, tales como las reglas sobre la competencia pragmática y retórica, la "natu-

²⁵⁴ Cfr. Albert, Hans, *Traktat über kritische Vernunft*, esp. pp. 97 y ss.

raleza de la cosa”, las referencias a contextos “funcionales”, como así también criterios tempóricos tales como imágenes preconstitucionales de instituciones sociales o la referencia a líneas sociales de desarrollo. Estas reglas garantizan un amplio campo de acción pragmático. A él corresponde la muy amplia estrategia retórica sobre la vinculación de los argumentos proporcionados pragmáticamente con el esquema de signos sistemológico existente.

e) El valor de información semántico de los esquemas retórico-fundamentales presentados resulta ser, sin embargo, bastante reducido. Pero si una teoría no puede crear un entendimiento acerca de las informaciones semánticas de un esquema, es decir, sobre reglas que excluyen los estados de cosas identificables, entonces depende de otros mecanismos retóricos. Mecanismos de este tipo los hemos encontrado en la dependencia pragmática de la sintaxis general de la Constitución con respecto a otros campos de la comunicación, especialmente del lenguaje general del derecho y del contexto de comunicación creado por las convicciones culturales compartidas y tradicionales. La red conceptual muy laxa y semánticamente vaga se caracteriza precisamente no sólo por la flexibilidad sino que está expuesta, de manera especial, a los cambios del contexto pragmático en el esquema general de comunicación. Pero el temor de que la teoría constitucional del Tribunal Federal Constitucional se convirtiera en lugar de recolección de valores comunes hasta ahora no se ha confirmado.²⁵⁵ Precisamente su “apertura retórica” obliga a la argumentación a buscar una amplia base de consenso. La a menudo violenta crítica se dirige principalmente en contra de decisiones de casos muy controvertidas para las cuales falta un sólido consenso general.²⁵⁶ Las doctrinas políticas a corto plazo, quizás hasta también las de moda, no han logrado ejercer una influencia decisiva en el estilo de argumentación de la teoría constitucional. Lo mismo vale para las construcciones relevantes desde el punto de vista de la teoría de la Constitución, especialmente de las ciencias de la acción, cuyo alcance pragmático, por lo general, no supera el ámbito del análisis científico especializado. De acuerdo con la praxis del Tribunal hasta ahora observable, su posibilidad de influir en la teoría constitucional puede ser aumentada sólo según el grado de su imposición en el proceso general de formación de opinión. Como multiplicador innovativo

²⁵⁵ Cfr., al respecto, Forsthoff, Ernst, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, p. 38.

²⁵⁶ Respecto a la problemática de los llamados casos críticos, cfr. Friedmann, Lawrence M., “Zur Strategie richterlicher Rechtsschöpfung”, en Manfred Rehbinder, *Einführung in die Rechtssoziologie*, Francfort del Meno, 1971, pp. 93 y ss.

de opiniones, la teoría constitucional es poco adecuada. Que el esquema de argumentación no debe ser entendido únicamente como un vehículo para la realización o confirmación de las respectivas convicciones de la mayoría, lo muestra claramente la pretensión holística fuertemente subrayada. Ella apunta a garantías pragmáticas a largo plazo, a la obtención y conservación de una base sólida de convicciones sociales para la jurisprudencia. La retórica holística aparece pues como un correctivo frente a las tendencias retardatorias, pero también acelerantes, del respectivo poder gubernamental. El no tomar en cuenta esta función de la retórica fundamental, en caso de regulaciones fuertemente controvertidas, conduce siempre a falsos cálculos de las posibilidades procesales de éxito.

f) La retórica fundamental es apoyada, sobre todo, por las reglas pragmáticas de la armonización y de la contrastación. Como la crítica de la ideología ya ha llamado suficientemente la atención con respecto a las peculiaridades retóricas de estos mecanismos, podemos aquí conformarnos con algunas indicaciones. La “armonización” de contextos de argumentación, que por la crítica de la ideología ha sido condenada como una inaceptable táctica de encubrimiento, ha logrado, sin embargo, desde hace tiempo, consideración metódica en la jurisprudencia y en la teoría del derecho. Así, ya Otto von Gierke, refiriéndose a la teoría jurídica del Estado de Laband, alabó el “tacto jurídico” que creaba el “impulso para la complementación plástica y armónica de las concepciones jurídicas”.²⁵⁷ Mientras tanto, la “armonización” es presentada en la teoría jurídica del Estado como un principio general de la interpretación de la Constitución.²⁵⁸ En estrecha conexión retórica con la “armonización” se encuentra el esquema pragmático de la “contrastación”. Lo hemos ya visto en diversas estrategias de contraste que el Tribunal Federal Constitucional introdujo en la argumentación. Así, las doctrinas y ordenamientos políticos, tales como el socialismo marxista-leninista, la dictadura del régimen nacionalsocialista, o las posiciones extremas del liberalismo, alcanzaron la jerarquía de modelos contrastantes hacia los cuales se orientó negativamente la argumentación. Pero la teoría constitucional no sólo se aparta de ordenamientos políticos divergentes, sino que también estiliza la crítica a desarrollos políticos con

²⁵⁷ Cfr. Gierke, Otto von, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, 2a. ed., Darmstadt, 1961, pp. 10 y ss.; cfr., también, Stammer, Rudolf, *op. cit.*, pp. 133 y ss., quien expone la idea de la “armonía absoluta”.

²⁵⁸ Cfr. Scheuner, Ulrich, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, *VVDStRL*, 20, 1963, pp. 125 y ss.; *id.*, “Das Grundrecht der Berufsfreiheit”, *DVBt*, 1958, pp. 845 y ss.; ver, también, Pestalozza, Christian von, *op. cit.*, pp. 425 y ss., 438.

respecto a los cuales se supone que favorecieron la irrupción y la consolidación de la dictadura. El Tribunal Federal Constitucional sigue aquí la difundida opinión que ven en la inestabilidad del orden político de la República de Weimar y en la doctrina del juspositivismo, factores que propiciaron la dictadura. Tales juicios hace tiempo que fueron criticados como generalizaciones estereotipadas.²⁵⁹ Sin embargo, hasta hoy esto no ha logrado disminuir su función de contraste.

Las dos estrategias proceden de manera muy diferente. Mientras que la “armonización” equilibra las contradicciones y desarmonías retóricas e intenta reducir las divergencias argumentativas que parecen ser intolerables, la “contrastación” presenta claramente las divergencias y las aumenta hasta convertirlas en oposiciones. Sin embargo, se comprueba rápidamente que, en el caso de ambas estrategias, se trata de reglas pragmáticas complementarias. Son formas del esquema retórico básico que en la función de confirmación y de refutación del actuar argumentativo ofrece la base pragmática para las correspondientes pretensiones de verdad y validez de una teoría. Este esquema retórico se extiende, tal como lo confirma la investigación de la comunicación, hasta la orientación cotidiana. Parece proporcionar un modelo general para el comportamiento comunicativo de grupos sociales.²⁶⁰ El esquema retórico básico se caracteriza por una compleja estructura semiótica, que contiene elementos informativos, directivos, performativos y afectivos. El elemento afectivo depende del grado y del tipo de la estilización del esquema básico. Al modelo retórico básico, que sigue la argumentación teórico-constitucional, pertenece una declinación de este esquema que, en parte, conoce condiciones fuertemente afectivas. La pretensión de totalidad que reside en la promesa de presentar un orden justo obligatorio para todos los intereses sociales y la vinculación de la argumentación a esquemas tradicionales con alto valor simbólico afectivo, apuntan a formas disposicionales de comportamiento, es decir, a disposiciones de aprobación y rechazo que, según enseña la experiencia, son conducibles emocionalmente en considerable medida. En este sen-

²⁵⁹ Cfr., al respecto, Dahrendorf, Ralf, *Gesellschaft und Freiheit*, Munich, 1961, p. 263; respecto a la difundida tesis de que el juspositivismo contribuyó a favorecer el abuso del poder, cfr. Baratta, Alessandro, “Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus. Gedanken zu einer ‘naturrechtlichen’ Apologie des Rechtspositivismus”, ARSP, LIV, 1968, pp. 325, 327 y ss., 339 y ss.

²⁶⁰ Cfr. Coser, Lewis A., *Theorie sozialer Konflikte*, 2a. ed., Neuwied, 1972, p. 17, con una referencia a *Sozial process* de Charles H. Cooley, p. 39: “. . . se puede dividir al orden social en un gran número de diferentes unidades cooperativas, de las cuales cada una contiene elementos contradictorios, pero con respecto al conflicto con otros grupos, una especie de armonía.”

tido, la teoría constitucional está vinculada al estilo de argumentación del lenguaje político como una retórica de la lucha pública de opiniones. Por cierto que existe una crítica difundida a una doctrina que interpreta la política de acuerdo con el modelo amigo-enemigo. Sin embargo, no se nota que la praxis política haya renunciado al esquema retórico básico que subyace al modelo amigo-enemigo.²⁶¹

g) Si uno resume los resultados obtenidos hasta ahora del análisis pragmatológico, se simplificaría demasiado el dato semiótico si en el estilo de la argumentación sistemológica quisiera verse un recurso artificial y retórico del Tribunal para un aseguramiento dogmático adicional de la argumentación del Tribunal Constitucional. Las estrategias sistemológicas tienen, por lo pronto, la función de crear, ante todo, las bases retóricas para una argumentación constitucional teórico-básica general. Ellas han creado a la argumentación el nivel retórico de una forma de hablar teórica. Con su ayuda, el Tribunal ha creado un nivel de comunicación en el que se vinculan el lenguaje político, el lenguaje de las teorías sociales y el lenguaje jurídico judicial. Con la elaboración de una teoría constitucional con funciones teórico-básicas emprendió el Tribunal el ambicioso proyecto de reconciliar, dentro del marco de su competencia retórica ampliamente utilizada, la cultura y la política. La teoría general constitucional es la respuesta tardía a una crítica persistente que reprocha a una actitud burguesa el haber separado, con graves consecuencias, la cultura y la educación, por una parte, y la política, por otra.²⁶² No puede dejar de percibirse que la inclusión de decisiones políticas en una teoría constitucional general tiene también inconvenientes pragmáticos. En la tradición cultural alemana trae consigo sobre todo el peligro de que de una forma propia de un idealismo tardío, la argumentación exigida desde el punto de vista del derecho constitucional es desplazada por una forma de hablar sublimada y poco controlable. Con la pretensión holística está siempre vinculado

²⁶¹ Cfr. Schmitt, Carl, *Politische Theologie - Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 2a. ed., Munich, 1934; respecto a la pervivencia del modelo amigo-enemigo, cfr. Kodalle, Klaus-M., *Politik als Macht und Mythos. Carl Schmitts "Politische Theologie"*, Stuttgart, 1973, esp. p. 131; respecto al estilo del lenguaje político, cfr. Weldon, T.D., *op. cit.*, esp. pp. 64 y ss.; Zimmermann, Hans Dieter *Die politische Rede. Der Sprachgebrauch Bonner Politiker*, Stuttgart, 1969, con numerosa bibliografía; Dieckmann, Walther, *Sprache in der Politik. Einführung in die Pragmatik und Semantik der politischen Sprache*, Heidelberg, 1969, esp. pp. 84 y ss.

²⁶² Cfr., al respecto, Besson, Waldemar, "Deutschland zwischen Romantik und Rationalismus", *Das Nürnberger Gespräch, Aufklärung heute*, pp. 18 y ss.; Lübbe, Hermann, *Politische Philosophie in Deutschland. Studien zu ihrer Geschichte*, pp. 39 y ss.

el alto riesgo de ocultar retóricamente o presentar como inofensivos conflictos y oposiciones sociales serios y de dificultar las soluciones deseables de los problemas en beneficio de las reglas tradicionales. Desde luego, este riesgo puede ser disminuido si la argumentación teórico-constitucional va acompañada de una crítica científica específica, que no cuestione, desde el comienzo, la competencia teórico-básica del Tribunal.

También parece dudoso que en una perspectiva a largo plazo, la teoría constitucional pueda proporcionar el aporte legitimativo e integrativo esperado. La función *arracional*, afectiva, de los símbolos políticos parece por cierto ser también indispensable en una situación social a la que le gusta exhibir su carácter racional. Sin embargo, los símbolos políticos están sometidos a fluctuaciones retóricas por lo que respecta a su evaluación, que son sólo limitadamente susceptibles de una influencia directa. Estas oscilaciones de rumbo valen también para los tipos de estilos retóricos. Así, el estilo de argumentación del Tribunal Federal Constitucional muestra claros rasgos que podemos explicar a partir de las necesidades de la época fundacional del Tribunal. La forma de argumentación teórico-constitucional encontró ya importante apoyo pragmático en las agitadas discusiones jusnaturalistas y axiológicas de esa época. Estas discusiones han disminuido mucho más rápidamente de lo que se supuso. Sin embargo, no hay que olvidar que el Tribunal Federal Constitucional también con sus diferentes elencos, tal como puede inferirse desde la introducción legal del voto en disidencia en 1970 y las numerosas opiniones divergentes, también con las diferentes mayorías, a lo largo de más de 25 años ha mantenido con sorprendente continuidad el estilo de argumentación teórico-constitucional.^{262a} Tampoco después del ingreso de cinco nuevos jueces en 1975, que tanto interés provocara, se ha producido hasta ahora ningún cambio notable. Más bien podría criticarse que se hayan mantenido tan rígidamente los esquemas desarrollados en la época fundacional. Pues se ha convertido en práctica el abreviar la argumentación haciendo referencia a decisiones fundamentales o mediante la repetición literal de antiguos esquemas de argumentación. Con ello, la dogmatización ha alcanzado un grado caracterizado por el uso de un modelo retórico rutinario y el recurso a muletillas. Ya se ha llegado a la fase de la "canonización" de argumentaciones importantes del periodo fundacional. A pesar de algu-

^{262a} La crítica, según la cual la jurisprudencia ofrece la imagen de un pragmatismo sin dirección alguna, no toma en cuenta los aportes retóricos. Cfr. Müller, Friedrich, "Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts", *Methoden der Rechtswissenschaft*, Munich, 1972, pp. 123 y ss., 133.

nas resistencias, el Tribunal practica una forma de hablar teóricamente cultivada que hasta ahora goza de amplia aceptación. Esto se muestra también en la preocupación publicística en el sentido de que cambios de personal no objetivos puedan poner en peligro la calidad y la continuidad de la jurisprudencia.²⁶³ También se ha logrado, no obstante los problemas sintácticos y semánticos de la argumentación teórico-constitucional, insatisfactoriamente solucionados, elaborar una sintaxis general de la Constitución, que presenta una consistencia retórica respetable. A corto plazo, esta sintaxis constitucional podrá ser conmovida sólo muy difícilmente. Las instancias judiciales y los organismos de decisión política, cuando quieren argumentar de una manera relevante desde el punto de vista jurídico-constitucional, están obligados a servirse de una forma de hablar ya habitual y relativamente exigente desde el punto de vista retórico. Esto crea una base retórica común, tanto para la comprensión jurídico-constitucional como político-constitucional, cuya función integradora no debería ser subestimada. El estilo de argumentación sigue un esquema retórico básico ya afianzado, que es accesible tanto a la orientación cotidiana menos diferenciada como a una forma más compleja de la actividad más elevada de interpretación, que responde a "cuestiones de sentido". Que las "cuestiones de sentido" no son sólo una forma predilecta del análisis de los problemas en la metódica de las ciencias del espíritu, puede apreciarse en su difusión en la programática política. La argumentación teórico-básica del Tribunal Federal Constitucional ofrece un esquema retórico que permite recoger y asimilar utopías colectivas e ideales de humanidad. Desde luego, la teoría constitucional no ha logrado desarrollar perspectivas a largo plazo que permitan pronósticos semánticamente asegurados sobre la futura praxis de la decisión y que vayan más allá de los ámbitos particulares de detalle del análisis de los problemas. Pero, de esta manera, la función pragmática de una teoría de la Constitución se debilita esencialmente: la función directiva de conducción queda detrás de la función integradora y legitimadora.

²⁶³ Cfr., al respecto, Fromme, Friedrich Karl, "Wenn Politiker ihre Richter wählen", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, núm. 272, del 23 de noviembre de 1974, p. 1; respecto a la problemática pragmática de la elección de los jueces, cfr. "Die Bedeutung der Legitimation des Bundesverfassungsgericht, insb. die Wahl der Richter", *Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt. Symposium zu Ehren von Ernst Friesenhahn anlässlich seines 70. Geburtstages*, compilado por Jochen Abr. Frowein, Hans Meyer y Peter Schneider, Francfort del Meno, 1973, pp. 68 y ss.; cfr., también, Laufer, Heinz, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess. Studien zum Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland*, Tubinga, 1968, pp. 208 y ss.

Además y en gran medida, la retórica que se apoya ampliamente en reglas pragmáticas, depende del respeto discreto de las reglas de argumentación a través de las “partes del proceso”, especialmente de los organismos de decisión afectados. Existe el alto riesgo de que las diferencias de opinión sobre cuestiones concretas sean tratadas como cuestiones de competencia. Pero la polémica sobre cuestiones de competencia pone en tela de juicio la base de legitimación de una jurisprudencia predominantemente estructurada desde el punto de vista pragmático. Por ello, la polémica acerca de las competencias del Tribunal es adecuada para reducir su capacidad funcional. Esto vale, sobre todo, cuando la polémica se lleva a cabo en el estilo de la lucha entre opiniones políticas o se intenta incorporar como parte en estas luchas de opinión al Tribunal. Esta “cuestión de estilo” puede convertirse para el Tribunal y para la retórica constitucional por él desarrollada, en una “cuestión existencial”. Por ello, el estilo de argumentación depende de un clima político que exige no sólo del Tribunal sino de todos los participantes un alto grado de “reserva retórica”. Aparentemente, esta actitud de reserva corre tanto mayor peligro cuanto más fuertemente los encargados de tomar decisiones insistan en modificaciones básicas de la situación jurídica existente. Tropiezan con una jurisprudencia que, debido a la retórica fundamental practicada, está establecida para estrategias de cambio a largo plazo.²⁶⁴

²⁶⁴ Instructivos ejemplos sobre este conflicto ofrecen especialmente los procedimientos sobre la ley del Tratado básico entre la República Federal de Alemania y la RDA del 21 de diciembre de 1972 (BVerfGE 36, 1 y ss.), así como también el procedimiento sobre la regulación de la punibilidad del aborto (la llamada regulación de los plazos) (juicio de 25 de febrero de 1975, BVerfGE 39, 1 y ss.); *cfr.* respecto al procedimiento sobre el Tratado básico, Friesenhahn, Ernst, “Hüter der Verfassung?”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1973, pp. 188-193. Ver, también, Leibholz, Gerhard, “Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Politik und Recht”, *DVBl*, 1974, pp. 396-399; respecto al juicio de censura del gobierno federal, ver Laufer, Heinz, *op. cit.*, pp. 467 y ss.