

<i>Capítulo cinco. La argumentación holística</i>	118
1. Acerca de la función retórica de los esquemas holísticos y su aporte generativo para la construcción de una sintaxis general de la Constitución	118
A. Fallo de la Sala Segunda, del 23 de octubre de 1951. (Introducción de un nivel de argumentación supraconstitucional)	118
B. Fallo de la Sala Segunda, del 5 de abril de 1952. (Introducción de un nivel de argumentación constitucional)	122
C. Fallo de la Sala Primera, del 1º de julio de 1953. (Acerca del estilo metodológico de la retórica holística)	123
D. Fallo de la Sala Segunda, del 15 de diciembre de 1970. (Contradicciones retóricas)	126
E. Fallo de la Sala Primera, del 18 de diciembre de 1953. (Problemas de legitimación de la retórica holística)	129
F. Fallo de la Sala Segunda, del 11 de diciembre de 1962. (Acerca de la función de identificación)	132
G. Fallo de la Sala Primera, del 14 de diciembre de 1965. (Acerca de la función de integración)	135
H. Fallo de la Sala Primera, del 23 de octubre de 1952. (Acerca de la función de diferenciación y de contraste)	140
2. El modelo ternario de argumentación sistemológica. La “libertad general de la acción humana” como esquema central de la retórica holística	143
3. Acerca de la validez semántica universal de la sintaxis general de la Constitución	150
4. Acerca de la ampliación subsiguiente del alcance semántico y pragmático de la sintaxis general de la Constitución	158
5. Acerca del esquema holístico “sistema valorativo”	159
6. Visión general acerca de la utilización de los esquemas holísticos “orden” y “sistema”	165
7. Visión general acerca de la utilización de otros esquemas con funciones holísticas	167

CAPÍTULO CINCO

LA ARGUMENTACIÓN HOLÍSTICA

1. *Acerca de la función retórica de los esquemas holísticos y su aporte generativo para la construcción de una sintaxis general de la Constitución*

A. Fallo de la Sala Segunda, del 23 de octubre de 1951. (Introducción de un nivel de argumentación supraconstitucional)

Ya en el primer fallo que se ocupa de cuestiones jurídicas materiales, el Tribunal Federal Constitucional sigue un estilo de argumentación que se diferencia de la tradicional forma de argumentación judicial y que contiene los rasgos característicos de la argumentación posterior.¹ El fallo se ocupa del examen jurídico-constitucional de las leyes que se refieren a la reorganización administrativa y política de la región sudoccidental alemana. Lo que está en tela de juicio es la cuestión de saber hasta qué punto esta regulación especial es conciliable con el artículo 118, párrafo 2, de la LF.

Lo más obvio sería, por lo pronto, ocuparse de las reglas heurísticas usuales en la jurisprudencia para la obtención de prescripciones semánticas de interpretación, es decir, de los principios de interpretación de la metódica jurídica que el Tribunal propusiera programáticamente en fallos posteriores.² Como es sabido, la metódica de la formulación dog-

¹ Véase BVerfGE 1, 14, 32.

² Cfr., por ejemplo, BVerfGE 1, 299 y 312; 6, 55, 75; 10, 234, 244; 11, 126, 129 y ss. Para una visión general acerca de este tema central de la ciencia del derecho, cfr. Engisch, Karl, *Einführung in das Juristische Denken*, esp. pp. 63 y ss.; Dubischar, Roland, *Grundbegriffe des Rechts. Eine Einführung in die Rechtstheorie*, pp. 23, 77 y ss.; respecto a la interpretación jurídico-constitucional, cfr. Müller, Friedrich, *Juristische Methodik*, esp. pp. 101 y ss., 147 y ss., que propone en la forma de hablar hermenéutica, una metodología orientada pragmáticamente. Ehmke, Horst, "Bericht zu: Prinzipien der Verfassungsinterpretation", *VVDStRL*, 20, 1963, pp. 53 y ss.; Esser, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt del Meno, 1972, pp. 200 y ss., respecto a los fundamentos históricos, cfr., sobre todo, Savigny, Friedrich Carl von, *Juristische Methodenlehre* (1803), editado por Gerhard Wesenberg, Stuttgart, 1951, esp. pp. 18 y ss.

mática del derecho que, a pesar de las múltiples críticas, sigue orientándose por el canon de Savigny, procura reducir el riesgo retórico de interpretaciones inaceptables partiendo de la estructura semántica de un signo y, en caso de inevitable necesidad, permite tener en cuenta el contexto sintáctico y el contexto pragmático. Pero el Tribunal no se detiene en el difícil análisis de interpretaciones semánticas del texto, tal como suele suceder en el caso de cuestiones de difícil interpretación. El Tribunal amplía de inmediato la base de la argumentación al afirmar que la disposición constitucional particular se encuentra en “un contexto de sentido con las restantes disposiciones de la Constitución” y que del “contenido total de la Constitución” surgen “ciertos principios y decisiones fundamentales de derecho constitucional” a los “que están subordinadas las distintas disposiciones constitucionales”.³ De esta manera, el Tribunal logra disponer de disposiciones y principios jurídicamente básicos acerca de la estructura del Estado a fin de aplicarlas en la interpretación del artículo 118 de la LF. Que el valor retórico de la argumentación metateórica no se agota en dar reglas heurísticas operativas para la interpretación de una disposición constitucional transitoria, lo demuestra el carácter ejemplar de las consideraciones. Éstas subrayan, por una parte, la “unidad interna de la Constitución”, por otra, presentan esta unidad como un esquema estructurado que conoce un *status* jerárquicamente ordenado de las indicaciones jurídicas constitucionales. De esta manera, el Tribunal proporciona esquemas generales, que pertenecen al esquema metateórico del campo de argumentación.

Para poder saber algo más en detalle acerca de las propiedades retóricas de estos esquemas, hay que averiguar los puntos de vista metódicos de acuerdo con los cuales son obtenidos. El Tribunal no proporciona información al respecto e invoca la autoridad de la Constitución que, tal como resulta especialmente del artículo 79, párrafo 3, de la LF, manifiestamente “parte de esta Constitución”. La referencia a una concepción que guía al legislador constitucional se adecua al estado de cosas según el cual ni la información semántica ni el contexto sintáctico de la metadirectiva constitucional, que no autoriza la modificación de ciertas disposiciones de la LF, proporcionan una indicación acerca de las relaciones retóricas recíprocas de las directivas de la Constitución. Al igual que la referencia a la concepción que subyace a la LF, la remisión a estas disposiciones constitucionales parte de una argumen-

³ Véase BVerfGE 1, 32 y ss.; véase además, con respecto al esquema de la “unidad interna”, BVerfGE 19, 222; 34, 165, 183. Con respecto al “orden jurídico constitucional como un todo de sentido”, BVerfGE 34, 269, 287. Con respecto a la Constitución en tanto “orden unitario”, *cfr.* BVerfGE 33, 23, 27.

tación orientada pragmáticamente. Pues del contexto pragmático de esta disposición puede ya inferirse que el legislador otorga una extraordinaria importancia jurídico-constitucional y político-constitucional a las disposiciones que están protegidas por ella. Sin embargo, de este estado de cosas pragmático no resulta una información suficiente acerca de la relación semántica y sintáctica entre las disposiciones que de esta manera están protegidas y las que no lo están.

Por ello, es comprensible que el Tribunal no se conforme con esta argumentación y apoye sus consideraciones metateóricas con otro argumento pragmático. Proclama su consenso con la concepción de la Corte Constitucional de Baviera según la cual existen principios constitucionales que “son tan elementales y hasta tal punto son expresión de un derecho anterior a la Constitución, que obligan al propio legislador constitucional...”. Aquí se abandona totalmente el alcance semántico del texto constitucional y su zona pragmática próxima y se introduce el contexto ampliamente pragmático de la teoría del derecho. Puede sorprender que el Tribunal Federal Constitucional, con la ayuda de una cita de la praxis jurídica, entre a la discusión acerca de la validez de un derecho suprapositivo, que es precisamente uno de los temas más difíciles de la filosofía y de la teoría del derecho. Además, el Tribunal usa este fallo como pretexto para profesar, en el texto ejemplar de los “principios rectores”, su fe en la existencia de un derecho suprapositivo que obliga al legislador constitucional y para declararse competente para juzgar de acuerdo con él, el derecho legislado.⁴

Este despliegue retórico es tanto más notable cuanto que juega un papel secundario para la fundamentación de la directiva judicial. Ciertamente hay que ver la muy abreviada argumentación sobre el trasfondo de la consideración jusnaturalista que después del derrumbe del régimen nacionalsocialista adquiriera plena vigencia y que fuera compartida también por los jueces del Tribunal Federal Constitucional y de otros tribunales superiores.⁵

⁴ BVerfGE 1, 18, título 27.

⁵ Cfr., por ejemplo, Müller, Gerhard, *Naturrecht und Grundgesetz. Zur Rechtsprechung der Gerichte, besonders des Bundesverfassungsgerichts*, Akademievorträge der Katholischen Akademie in Bayern, 8, 1967; Weinkauff, Hermann, “Das Naturrecht in Evangelischer Sicht”, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, editado por Werner Maihofer, Darmstadt, 1966, pp. 210 y ss.; *id.*, “Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes”, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, pp. 54 y ss.; Süsterhenn, Adolf, “Das Naturrecht”, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, pp. 11 y ss.; Véase también el volumen: *Die ontologische Begründung des Rechts*, editado por Arthur Kaufmann, Darmstadt, 1965; finalmente, con respecto a la cuestión acerca de la actualidad del derecho natural, véase Rommen, Heinrich, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2a. ed., Munich, 1947.

Para la construcción del campo de argumentación este texto tiene la importante consecuencia de que el Tribunal extiende el campo de la argumentación también a argumentos jusnaturalistas y teórico-valorativos y pretende tener competencia para decidir obligatoriamente acerca de su utilización. Aún hasta hoy, aunque con una argumentación algo diferente a la del Primer Senado, sigue sosteniendo esta competencia.⁶ Desde luego, la ganancia en lo que respecta a la averiguación de las propiedades retóricas de los esquemas metateóricos es reducida. La relación entre el derecho positivo y el suprapositivo es analizada en la teoría del derecho principalmente como problema de la obligatoriedad o legitimidad del derecho positivo, de la validez del derecho, o como una cuestión de la relación de indicaciones directivas supra o subordinadas. En el primer caso, se trata de propiedades de un enunciado jurídico que han de ser atribuidas a la pragmática; en el segundo, puede aparecer la relación semántica, tal como puede existir entre indicaciones directivas y metaindicaciones, entre normas jurídicas y normas meta-jurídicas. Si se aplica de manera análoga este estado de cosas semiótico a los principios y decisiones básicas, habría que suponer tanto la existencia de relaciones pragmáticas como semánticas con las demás disposiciones constitucionales. Que el Tribunal no se refiere en primer lugar a funciones pragmáticas de la validez jurídica, se expresa finalmente en la indicación metódica general: “Toda disposición constitucional debe ser interpretada de manera tal que sea conciliable con aquellos principios constitucionales elementales y con las decisiones fundamentales del legislador constitucional.”⁷ Aquí el Tribunal formula una regla operativa para el manejo de las disposiciones constitucionales. De acuerdo con el esquema de la “unidad interna”, hay que partir del hecho de que tanto las indicaciones presentadas como las no presentadas pertenecen al mismo contexto retórico lingüístico.⁸

Por lo tanto, la exigencia de “conciliabilidad” presupone una sintaxis de la Constitución formada de acuerdo con las mismas reglas. La suposición de que los esquemas metateóricos expresan también “reglas

⁶ Cfr. BVerfGE 3, 58, 119; 6, 132, 198; decisión de la Sala Segunda, del 14 de febrero de 1968, acerca de la nulidad de las disposiciones nacionalsocialistas sobre pérdida de la ciudadanía (BVerfGE 23, 98 y 106) en la que se hace referencia a las decisiones anteriores; cfr., también, cap. 5, inciso 1, letra E.

⁷ Véase BVerfGE 1, 32 y ss.

⁸ Con respecto al esquema análogo del “sistema interno” que se utiliza en la ciencia del derecho, cfr. Heck, Philipp, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tubinga, 1932, pp. 84 y ss.; Engisch, Karl, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935, p. 83; Canaris, Claus-Wilhelm, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, Berlín, 1964, p. 97.

semióticas de la conciliabilidad retórica” encuentra un importante apoyo en la indicación operativa que se acaba de exponer.

Pero la argumentación padece del defecto de que el Tribunal no distingue claramente entre las distintas funciones semióticas. Los límites de las dimensiones semióticas desaparecen y los diferentes planos lingüísticos son nivelados. La argumentación salta al mismo tiempo de la pragmática a la sintaxis de los textos. Esta inseguridad metódica tiene tanto más importancia cuanto que ingresa en un estilo de la argumentación que habría de resultar decisivo para la siguiente decisión judicial.

B. Fallo de la Sala Segunda, del 5 de abril de 1952. (Introducción de un nivel de argumentación constitucional)

Ya en la decisión del 5 de abril de 1952, la Sala Segunda recurre a los esquemas metateóricos desarrollados anteriormente.⁹ El fallo se ocupa básicamente de la posición de los partidos políticos y de la igualdad del derecho electoral. Haciendo referencia expresa a la argumentación presentada, afirma que del “contenido total” de la Constitución “es posible inferir principios y decisiones fundamentales que están dados de antemano”.¹⁰ Si en la primera decisión la referencia a los derechos que preceden a la Constitución servía para la calificación retórica de los principios, aquí se otorga a los principios un “*status* preconstitucional” a pesar de que, de acuerdo con el esquema implicativo de la “inferencia”, podría suponerse un procedimiento sintáctico. Esta forma de hablar olvida que caracteriza dos diferentes ámbitos retóricos que, en todo caso, están vinculados semántica o pragmáticamente pero que no se encuentran en una conexión sintáctica.

En la argumentación, la interpretación del artículo 21 de la LF, juega un papel importante. El Tribunal interpreta esta disposición como expresión de la “legalización realizada de un Estado con partidos políticos”. La clasificación abstrayente provoca la impresión de que el Tribunal, en un procedimiento reductivo, presenta la disposición constitucional en cuestión como un caso sintáctico de aplicación de un principio jurídico constitucional general. Sin embargo, se ve claramente que aquí se trata del abuso teórico de una elaboración pragmática de un texto cuando el Tribunal se refiere al objetivo de la disposición y afirma que éste consiste en eliminar las tensiones que en la República de Weimar existían entre la realidad política y el texto constitucional escrito. También las diferentes referencias a la posición deseable de los partidos políticos

⁹ BVerfGE 1, 208.

¹⁰ Véase BVerfGE 1, 227 y ss.

en la “vida constitucional” o en la “vida política” indican que el Tribunal sigue aquí consideraciones pragmáticas. Encontramos, una vez más, el ensamblamiento típico de modelos de argumentación pragmáticos con sintácticos. El Tribunal intenta ampliar la base de la argumentación al crear, por encima del contexto pragmático, una referencia a una doctrina teórico-constitucional, que vincula la experiencia histórica y la función de los partidos en el actual campo de acción político y lo hace accesible a la argumentación.

C. Fallo de la Sala Primera, del 1o. de julio de 1953. (Acerca del estilo metodológico de la retórica holística)

El recurso a un nivel de argumentación preconstitucional hizo escuela. En el fallo del 1o. de julio de 1953, la Sala Primera utiliza este recurso retórico.¹¹ La situación retórica es similar. Si en los fallos anteriores eran los principios constitucionales del Estado federal democrático, es decir, del Estado con partidos políticos, aquí es el principio del Estado de derecho, el que contiene directivas, esquemas con carácter jurídico, que se dirigen a los órganos estatales. En todos los casos, el Tribunal no se limita a basar la argumentación exclusivamente en el texto constitucional. Prefiere más bien un procedimiento que incorpora el texto constitucional en un contexto de argumentación más amplio. El Tribunal, que en un primer momento había partido de un derecho “supraconstitucional”, procura colocar ahora el contexto retórico deseado en un nivel “preconstitucional”. La Sala Primera expone que el derecho constitucional no consiste sólo en las frases particulares de la Constitución escrita, sino también “en ciertos principios e ideas rectores generales que las vinculan y las mantienen en un contexto que el legislador constitucional” no ha concretado en un enunciado jurídico especial “porque ellas han acuñado la imagen total preconstitucional de la que ha partido”. Entre estas ideas rectoras se encuentra también el principio del Estado de derecho, tal como resulta de una “visión de conjunto” de las disposiciones correspondientes y de la “concepción total” de la LF.

A pesar de las descripciones metafóricas, el estilo de la explicación metateórica se ha vuelto más seguro. No es difícil reconocer que el Tribunal trata de seguir determinados modelos metódicos. La referencia a la conexión interna, a la concepción total de la Constitución, o la ubicación de los criterios unificantes en una imagen total preconstitucional, se adecuan metódicamente a procedimientos tales como los que ya

¹¹ BVerfGE 2, 380, 403.

habían sido desarrollados por las corrientes fenomenológicas y hermenéuticas de la filosofía y que han tenido una considerable influencia, en tanto métodos independientes de las ciencias del espíritu, en la discusión metodológica, también fuera de la filosofía.¹² Han sido igualmente utilizados en la ciencia del derecho.¹³

No es muy fecundo examinar si el Tribunal procede correctamente desde el punto de vista metódico. Esto requeriría explicar aún más las reglas aplicadas o intencionadas. También las variaciones de las metodologías fenomenológicas o hermenéuticas son demasiado diferentes desde el punto de vista de sus presupuestos gnoseológicos y de sus metas metódicas, como para que la abreviada forma de expresarse del Tribunal permita una clasificación unívoca. Así, la referencia a principios, decisiones fundamentales e ideas rectores puede realizarse dentro del marco de un análisis que se pregunta acerca de la base de la convicción o acerca de las condiciones trascendentales y racionales de una decisión del legislador constitucional. Pero también puede ser presentada como una especie de anticipación hermenéutica de *topoi* creadores de significado. La referencia expresa al *status* holístico de la Constitución y el nivel semiótico aceptado como campo semiótico previo, lo mismo que la forma metafórica de hablar permiten más bien suponer que el Tribunal plantea otras pretensiones metódicas más amplias.

En favor de esta suposición habla también el hecho de que el Tribunal se refiere a una “visión de conjunto” y, con ello, a una conexión de sentido, que proporciona la Constitución, como el resultado de un acto intuitivo apoyado afectivamente. Lo que está en cuestión es una reducción eidética que, independientemente de las condiciones históricas de la Constitución y de las teorías constitucionales, aprehende intuitivamente a partir del texto, como un contexto de sentido comprensible, las estructuras semióticas y semánticas invariables, que constituyen la “esencia” de las disposiciones constitucionales.¹⁴

¹² Cfr. Diemer, Alwin, *Edmund Husserl. Versuch einer systematischen Darstellung seiner Phänomenologie*, Meisenheim, 1956; Broeckmann, Jan M., *Phänomenologie und Egologie*, La Haya, 1963; Gadamer, Hans Georg, “Wahrheit und Methode”, *Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 3a. ed., Tübinga, 1972.

¹³ Cfr., al respecto, Engisch, Karl, *Einführung in das Juristische Denken*, p. 77; Wieacker, Franz, *Privatgeschichte der Neuzeit*, 2a. ed., Gotinga, 1967, pp. 233 y ss., 348 y ss.; Betti, Emilio, *Allgemeine Auslegungstheorie als Methode der Geisteswissenschaft*, Tübinga, 1967, pp. 42 y ss., 102 y ss. 204 y ss., 717 y ss.; muy instructivo sobre todo, pp. 17 y ss.; Esser, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*.

¹⁴ Con respecto a la fenomenología eidética, cfr., la obra metodológica básica de Husserl, Edmund, *Logische Untersuchungen*, Tübinga, 1968; con respecto a la expresión “visión”: Husserl, Edmund, *Erfahrung und Urteil. Untersuchungen zur Genealogie der Logik*, Hamburgo, 1972, esp. pp. 404 y ss. Con respecto a la apli-

Puede dejarse aquí de lado la cuestión de si el Tribunal tuvo o no presente los problemas gnoseológicos y metodológicos de un procedimiento de este tipo. Debido a que como variante del método de las ciencias del espíritu, en el momento de la decisión jugaba aún un papel predominante y gozaba de gran prestigio, encontró al menos un apoyo pragmático en el contexto filosófico y también, parcialmente, en el específicamente jurídico.

En la evaluación de las condiciones pragmáticas de la argumentación, hay que tener en cuenta también que la metodología de “las ciencias del espíritu” había ganado subitamente influencia después de la Primera Guerra Mundial y dominaba en gran medida la actividad científica fuera de las ciencias naturales. Hermann Heller calificaba a su función como una especie de “religión académica”.¹⁵ Esta era la época en la que estudiaron la mayoría de los jueces del Tribunal de los primeros años.

No pueden dejar de apreciarse las ventajas retóricas del método presentado: Aparece con una mayor pretensión de aceptación. Como el procedimiento, debido a los elementos subjetivos, es sólo limitadamente accesible a un control posterior, el resultado presentado, prescindiendo de objeciones de principios en contra del método mismo, es de muy difícil refutación. La metodología responde a las exigencias de una estrategia retórica en la medida en que rechaza las objeciones que perturban o debilitan la argumentación al impedir, al menos parcialmente, mediante la limitación una forma especial de hablar, que la argumentación sea objeto de un análisis más detallado.

Desde luego, el Tribunal parece no evaluar en toda su importancia las dificultades semióticas de su argumentación metódica. La invocación de la “imagen total preconstitucional” permite reconocer, con mayor claridad que en las decisiones anteriores, hasta qué punto el Tribunal incorpora un estado de cosas semiótico que hermenéuticamente es conocido como precomprensión o como horizonte de comprensión. Desde el punto de vista teórico-semiótico, esta precomprensión pertenece a la dimensión pragmática del texto. Es un elemento constitutivo de los factores semióticos que forman el contexto situacional. Si de los factores

cación de una metodología de este tipo en la ciencia del derecho, véase, sobre todo, Reinach, Adolf, *Zur Phänomenologie des Rechts. Die Apriorischen Grundlagen des Bürgerlichen Rechts* (1913), Munich, 1953, esp. pp. 19 y ss.; *cfr.*, también, Husserl, Gerhardt, *Recht und Zeit. Fünf Rechtsphilosophische Essays*, Francfort del Meno, 1955, esp. pp. 87 y ss.; *id.*, *Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abhandlungen*, Francfort del Meno, 1964.

¹⁵ Véase Heller, Hermann, *Staatslehre* (1934), editada por Gerhart Niemeyer, 2a. ed., Leiden, 1961, p. 39

de este contexto se hace un uso tal que surjan relaciones semánticas o sintácticas con el texto, entonces pierden su función pragmática; o, dicho en lenguaje metodológico: el objeto del conocimiento no puede ser, al mismo tiempo, su propio horizonte de conocimiento.

Tampoco una visión esencial fenomenológica conduce a otro resultado. Si se sigue la teoría de la reducción eidética, el dato semiótico caracterizado como esencia no es idéntico a las propiedades semánticas y sintácticas del objeto empírico de la experiencia.¹⁶ La argumentación metateórica conduce, por lo tanto, al siguiente dilema: El dato semiótico obtiene su *status* privilegiado como principio, decisión básica o idea rectora de la Constitución, en virtud de su función pragmática en el texto, pero, en ese caso, no pertenece a la sintaxis de la Constitución. Si es elemento de la sintaxis de la Constitución, pierde entonces su *status* retórico privilegiado. Otra sería la situación si los signos obtenidos de la precomprensión fueran sólo utilizados para la interpretación de disposiciones constitucionales. En este caso, tendrían el rango de los *topoi* que uno utiliza como reglas operativas para la creación de prescripciones de interpretación. Pero el Tribunal se refiere a las expresiones privilegiadas expresamente como “derecho constitucional” y las utiliza también como directivas materiales. La construcción metateórica que consiste en obtener proposiciones del derecho constitucional a partir del contexto metalógico de la constitución, es semióticamente incorrecta. Esta falsa construcción no dejó de tener consecuencias. En verdad, la función ambivalente de los principios constitucionales tiene también ventajas retóricas ya que permite al Tribunal una argumentación flexible, adecuada a cada situación. Pero la contradicción retórica conduce siempre en la jurisprudencia a dificultades de comprensión y debilita, de esta manera, el valor de convicción de la argumentación.

D. Fallo de la Sala Segunda, del 15 de diciembre de 1970. (Contradicciones retóricas)

Como ejemplo puede mencionarse el fallo de la Sala Segunda del 15 de diciembre de 1970, relacionado con la legislación de emergencia y que fuera muy tenido en cuenta. El Tribunal establece aquí que el nuevo artículo 10 de la LF, que bajo determinadas condiciones permite limitaciones al secreto de la correspondencia y de las telecomunicaciones, también en el caso de que no se informe de ello al interesado y

¹⁶ Véase al respecto Husserl, Edmund, *Erfahrung und Urteil. Untersuchungen zur Genealogie der Logik*, pp. 416 y ss.

excluyendo la vía jurídica, es compatible con el artículo 79, párrafo 3, de la LF.¹⁷

Por lo pronto, el Tribunal expone que en la interpretación de la disposición constitucional en cuestión hay que tener en cuenta el “contexto de la Constitución”, “especialmente las decisiones básicas de la LF y los principios generales de la Constitución” —entre ellos también la decisión fundamental acerca de la “democracia militante” y el principio del Estado de derecho—. Además, el Tribunal se refiere a esquemas tales como “sentido de la Constitución”, “opinión general” y “contexto de sentido”.¹⁸ Así, el Tribunal utiliza el contexto de sentido en el que se encuentra el artículo 10, párrafo 2, frase 2, de la LF, como confirmación de una interpretación obtenida a partir del texto de la prescripción misma pero, al mismo tiempo, señala que la disposición básica de la LF en favor de una democracia militante está “además legitimada desde el punto de vista del derecho constitucional”. De esta manera, el Tribunal Federal Constitucional otorga, en la misma frase, a los principios y decisiones fundamentales obtenidos a través del esquema del “contexto de sentido” las funciones tanto de regla heurística para la confirmación de las prescripciones de interpretación semánticas así como la regla pragmática, es decir, como esquema directivo de legitimación. El Tribunal presenta el modelo de una Constitución que se legitima a sí misma. Esto puede llevarse a cabo sólo como un ensamblamiento arbitrario de diferentes niveles y dimensiones de argumentación semiótica.¹⁹

Otros problemas presenta la argumentación acerca del principio del Estado de derecho. Siguiendo el estilo de un lenguaje ordinario hermenéutico, en el que se habla de las “luces del principio del Estado de derecho”, es aplicado, por lo pronto, como regla heurística, que fija los puntos prioritarios de la argumentación. Las dificultades comienzan con las consideraciones que se refieren a la argumentación de quienes participan en el procedimiento, en el sentido de que el principio del Estado de derecho, en virtud del artículo 79, párrafo 3, de la LF, en vinculación con el artículo 20 de la misma, no puede ser modificado. Esta argumentación parte de la praxis permanente del Tribunal, que otorga al principio del Estado de derecho la función de una directiva obligatoria para los órganos estatales, que ha de obtenerse de un contexto de sentido apoyado principalmente por el artículo 20 de la LF.

Sin embargo, el Tribunal Federal Constitucional rechaza la estrecha

¹⁷ BVerfGE 30, 1 y ss.

¹⁸ BVerfGE 30, 19, 20, 21.

¹⁹ Con respecto a la estructura retórica de los argumentos legitimantes, *cfr.* cap. 9, punto 1.

conexión semántica entre el texto constitucional y el principio del Estado de derecho. Lo que sucede más bien es que los principios del artículo 20, que son atribuidos al principio del Estado de derecho, son declarados caso de aplicación de un principio general que no participa de la garantía superior del artículo 79, párrafo 3, de la LF. Esto es tanto más sorprendente cuanto que esta prescripción constitucional fue utilizada para introducir en la jurisprudencia del Tribunal²⁰ el *status* retórico especial de los principios constitucionales elementales. La función heurística ya no está apoyada por el alcance semántico de la disposición. La garantía especial, que conduce a la aceptación del derecho constitucional, que es retóricamente subrayado, no participa de esta garantía, pues ella está limitada a los principios señalados en el texto constitucional.

También aquí pueden solucionarse las contradicciones retóricas si se remiten los principios constitucionales elementales al contexto pragmático de la Constitución y se los limita a la función heurísticamente relevante de los *topoi* del legislador constitucional. En un primer momento, surge la impresión de que el Tribunal se refiere a esta solución cuando afirma que del principio del Estado de derecho es posible desarrollar algo más que los principios de derecho mencionados en el artículo 20 de la LF.²¹ Sin embargo, esta impresión desaparece con las consideraciones siguientes, en el sentido de que no se puede impedir al legislador que “modifique intrasistemáticamente también principios constitucionales elementales”. Los *topoi* que guían la decisión no son determinados a través de la ley sino que preceden necesariamente a la decisión como esquemas transitorios. De acuerdo con estas consideraciones, los principios constitucionales elementales son reincorporados plenamente en la sintaxis de la Constitución. Al igual que otras de sus disposiciones, están sometidos a la competencia de reforma del legislador constitucional; en esta medida, su carácter retórico especial se presenta al poder ser sólo “modificados intrasistemáticamente”, es decir, sólo de manera limitada, y quedan ligados a la sintaxis de la Constitución de la que son parte constitutiva.

La función ambivalente de los principios constitucionales elementales y su situación oscilante entre la pragmática y la sintaxis de la Constitución, están ya dadas con la deficiente construcción metateórica que sobrepasa la capacidad semiótica de una forma de argumentación orientada hermenéuticamente. Desde luego, esto no impide apreciar el ren-

²⁰ BVerfGE 1, 32; *cf.*, al respecto, la crítica de Rupp, Hans Heinrich, “Anmerkung zu BVerfGE 30, 1 y ss.”, *NJW*, 1971, pp. 275 y ss.

²¹ BVerfGE 30, 34 y ss.

dimiento retórico de este estilo de argumentación: El Tribunal Federal Constitucional se ha creado un marco metateórico de argumentación que supera por mucho el alcance sintáctico y semántico de los textos constitucionales y que parece adecuado para constituir la base de una sintaxis constitucional general que proceda de acuerdo con reglas retóricas.

E. Fallo de la Sala Primera, del 18 de diciembre de 1953. (Problemas de legitimación de la retórica holística)

Otras informaciones acerca de la construcción sistemática del campo de argumentación ofrece el fallo de la Sala Primera del 18 de diciembre de 1953. En este fallo, vinculado con el artículo 117, párrafo 1, de la LF, que establecía que al expirar el plazo previsto, perdería vigencia el derecho que se oponía al mandato de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, analiza la difícil cuestión jurídico-constitucional de las “normas constitucionales anticonstitucionales”.²²

El punto de partida de la argumentación es, una vez más, el esquema holístico de la “unidad de la Constitución”, que es presentado con la expresión lapidaria de que la LF sólo puede ser concebida como una unidad.²³ A partir de esta constatación, caracterizada como necesaria, el Tribunal infiere que “en el nivel de la Constitución no son concebibles normas de orden superior y normas de orden inferior en el sentido de que puedan ser medidas recíprocamente”; sin embargo, el Tribunal afirma a renglón seguido que esto no tiene nada que ver con la “importancia” o con el “peso interno” y tampoco con el artículo 79, párrafo 3, de la LF.

Esta argumentación no deja de ser sorprendente ya que, de acuerdo con las consideraciones del mismo Senado, podría suponerse que con la frase “unidad interna de la Constitución” se requiere indicar un esquema de directivas constitucionales estructurado de acuerdo con un orden jerárquico.²⁴ En todo caso, el esquema de la “unidad interna” fue un importante argumento para la introducción de principios constitucionales retóricamente significativos. Lo mismo vale para el artículo 79, párrafo 3, de la LF, que constituye un considerable apoyo heurístico para la aceptación de un derecho constitucional con diferencias de jerarquía.

²² Véase BVerfGE 3, 225 y ss.

²³ BVerfGE 3, 231.

²⁴ Véase BVerfGE 1, 32 y ss. Desde luego se mantiene la conexión entre la “unidad de la Constitución” y las diferencias de jerarquía de los esquemas constitucionales referidos a los casos concretos (*cfr.*, también, BVerfGE 28, 243, 261).

Ahora el esquema de la “unidad interna” insiste en eliminar las diferencias de jerarquía en las disposiciones constitucionales. Por esta razón, tiene especial interés la referencia limitativa al “nivel de la Constitución” y la función específica de la determinación de jerarquía. De acuerdo con la argumentación hasta ahora presentada, la jerarquía expresa relaciones tanto sintácticas como semánticas, tales como las que pueden presentarse entre directivas jurídicas y metajurídicas. Pero no se niega la función metadirectiva sino que sólo queda excluida con respecto a las disposiciones constitucionales. La función operativo-heurística y sintáctica del esquema seleccionado se mantiene, al igual que se mantiene la referencia al diferente “peso interno” de las normas. El texto constitucional sigue estando incluido en la sintaxis del campo de argumentación. Obtiene simplemente un *status* retórico independiente, en la medida en que ya no debe ser objeto de operaciones metajurídicas. Pero tampoco esto vale sin limitación alguna. La aplicación consecuyente de esta argumentación habría dejado sin efecto la declaración expresa en favor de la validez de un derecho suprapositivo ya que el legislador, recurriendo a las mayorías que permiten modificar la Constitución, podría haber excluido la aplicación de normas metajurídicas. El Tribunal considera también que esto significaría una recaída en un positivismo legal valorativamente neutro.²⁵ Desde luego, la posición con respecto a la validez y función del derecho suprapositivo es más cautelosa en este fallo. Se habla sólo de normas que están positivadas en la LF y que “reiteradamente han sido calificadas como supralegales”. Escapan a la libre disposición del legislador constitucional en la medida en que éste no puede traspasar “aquellos límites últimos de la justicia misma”.²⁶ Con esto se reduce mucho la función metajurídica de los principios constitucionales y de las decisiones básicas con respecto al texto constitucional, pero no queda del todo anulada. Se mantiene una reserva para situaciones extremas, especialmente para “catástrofes históricas” en el sentido de poner en tela de juicio la legitimación de las modificaciones constitucionales. Si se contempla el resultado de la argumentación, se ve que no ha conducido tanto a una limitación cuanto a una diferenciación de la estructura holística del campo de argumentación. En este sentido, encontró una nueva confirmación en la medida en que el esquema holístico de la “unidad de la Constitución” proporcionaba la fundamentación metódica de esta diferenciación.

Desde luego, este fallo pone claramente de manifiesto que las meras referencias a criterios sintácticos, que postulan como necesario el resul-

²⁵ Véase BVerfGE 3, 232.

²⁶ BVerfGE 3, 233.

tado de la argumentación metateórica, desvían más bien la atención de los problemas retóricos. La construcción de una sintaxis constitucional general que abarque el texto constitucional tendría que conducir lógicamente a la cuestión dogmático-constitucional de “normas constitucionales anticonstitucionales”. La aceptación de la validez de un derecho suprapositivo y su vinculación hermenéutica con la sintaxis constitucional, plantean precisamente esta cuestión. Desde luego, la situación retórica de los primeros fallos no dio al Tribunal ningún motivo para ocuparse en general con este problema, por más obvio que ello pudiera haber sido. Más bien, la forma de argumentación holística resultó ser muy ventajosa: Amplió considerablemente la base de argumentación; aumentó, a través de los esquemas de la “unidad interna” y del “contenido total”, la capacidad combinatoria de rendimiento de la argumentación y mediante la aplicación de la competencia retórica, reforzó la autoridad que, como después lo expresara el Tribunal, “se basa, en cierta forma, en la idea misma del derecho”, y, con ello, el fundamento pragmático de legitimación del Tribunal.²⁷

En el fallo que aquí consideramos, este estilo de argumentación entra en conflicto con la pretensión de legitimidad del legislador. Si en un primer momento la argumentación era perfectamente adecuada para aumentar la autoridad de la Constitución mediante su participación en el derecho superior, ahora amenaza con mover las bases de legitimación del legislador constitucional. Hasta qué punto el Tribunal estaba preocupado por la autoridad del legislador constitucional se infiere de su afirmación de que el legislador constitucional había tratado de realizar la idea de justicia. Esta afirmación es reforzada por la constatación general de que, en el caso de un legislador constitucional democrático y liberal, es prácticamente imposible que dicte “normas constitucionales anticonstitucionales”. El conflicto retórico de legitimación es resuelto en favor del legislador constitucional.

Queda por señalar que los mencionados fallos se ocupaban del examen de disposiciones constitucionales transitorias. Este tipo de disposiciones parece ser muy apto para provocar polémicas constitucionales. Su problemática jurídico-constitucional demostró en este caso ser sumamente útil para la construcción de la estructura metateórica de la argumentación.²⁸

²⁷ Véase BVerfGE 3, 235.

²⁸ Con respecto al artículo 132, párrafo 1, de la LF, *cfr.* BVerfGE 4, 294, 296, y con respecto a las otras disposiciones transitorias, las siguientes investigaciones.

F. Fallo de la Sala Segunda, del 11 de diciembre de 1962. (Acerca de la función de identificación)

El esquema holístico de la “unidad de la Constitución”, utilizado preferentemente por la Sala Segunda, ha demostrado ser, en la argumentación hasta ahora considerada, un instrumento metateórico al que le corresponden funciones muy diferentes, que se extienden más allá de todas las dimensiones semióticas del texto constitucional. La Sala Segunda le otorgó otra propiedad bien interesante. Haciendo referencia a su argumentación utilizada hasta entonces, formuló la afirmación general de que de la “unidad interna” de la Constitución se infiere que “todo lo que se encuentra en el documento constitucional representa también una unidad externa ya que surge o desaparece como totalidad con todas sus disposiciones”.²⁹

El esquema adquiere una función pragmática adicional al proporcionar criterios para la validez de las disposiciones constitucionales, es decir, reglas para su utilización. La admirable rigidez de la demostración teórica sería comprensible si el esquema de la “unidad interna” hubiera proporcionado hasta ahora simplemente relaciones retóricas entre los signos del texto constitucional. Pero participa esencialmente en la construcción de un campo de argumentación que va mucho más allá de las relaciones sintácticas y semánticas del texto constitucional. El marco de argumentación apoyado por él abarca no sólo los niveles semióticos “supra y preconstitucionales”, sino que incorpora también otros campos pragmáticos de experiencia. Precisamente el esquema de la “unidad interna” está caracterizado por una excelente fecundidad generativa. Por lo tanto, uno tiende a suponer que está en condiciones de generar signos faltantes o deficientes con la ayuda de operaciones heurísticas. Debido al manejo que ha hecho el Tribunal Federal Constitucional del texto constitucional, cuesta pensar que entre el conjunto de reglas de la “unidad interna” y los signos del documento constitucional existe una conexión semiótica tan estrecha que condicione recíprocamente la validez de las diferentes disposiciones a fin de conservar la identidad de la estructura semiótica. Tampoco, de acuerdo con la argumentación hasta ahora utilizada, la unidad interna de una obra constitucional puede dar una explicación plausible de que las disposiciones particulares de una Constitución no persistan por otras razones de validez, condicionadas por la situación histórica, quizás en conexión con otras unidades jurídi-

²⁹ Véase el fallo del Segundo Senado, del 11 de diciembre de 1962 (BVerfGE 15, 167, 194 y ss.)

cas, al igual que lo que puede suceder con disposiciones jurídicas no constitucionales.

Las dificultades de comprensión aquí expuestas no pueden disminuir el valor retórico que el Tribunal otorga al esquema holístico de la “unidad de la Constitución”. Pero ponen de manifiesto que en este caso la forma de hablar metateórica que aquí se prefiere parece poco adecuada para aclarar los contextos retóricos intencionados. Del contexto de este fallo es fácil inferir hasta qué punto la argumentación sigue puntos de vista pragmáticos. El Tribunal se dirige en contra de la concepción según la cual el artículo 129, párrafo 1, frase 3, de la Constitución de Weimar, que garantizaba la inviolabilidad de los derechos de los funcionarios correctamente adquiridos, siguió valiendo como derecho simple una vez que la Constitución de Weimar perdió “su vigencia constitucional formal”. Este punto de vista se presenta como la continuación de jurisprudencia vigente hasta entonces, que propiciara una cesura jurídico-estatal con respecto a las relaciones en la administración pública que seguían existiendo en el momento al derrumbe del *Reich* Alemán.³⁰ Sin entrar en más detalles en esta jurisprudencia fundamental del Tribunal Federal Constitucional, puede decirse aquí que está estrechamente vinculada con argumentos para la legitimación del nuevo orden estatal que, en un ámbito especialmente sensible a la preteusión ideológica nacionalsocialista, niegan toda continuidad.³¹ El que en el manejo de las cuestiones que resultaban del derrumbe de la dominación nacionalsocialista también jugaban un papel importante las reflexiones de tipo práctico se ve de manera más clara que en las decisiones acerca de la ley con respecto al artículo 131 de la LF,³² y que en la jurisprudencia acerca de la prescripción transitoria del artículo 134 de la LF, en donde, por ejemplo, se dice que el principio de “continuidad” no puede impedir poner punto final a la anterior y fatal economía financiera.³³ En el manejo de las pautas de prueba, el Tribunal se refiere a la “liquidación de quiebras estatales” con respecto a las cuales opina —casi irónicamente— que no tienen ninguna tradición en el ámbito del moderno derecho de funcionarios,³⁴ o habla de la necesidad de superar totalmente la bancarrota del Estado del *Reich*.³⁵ También le

³⁰ Cfr., sobre todo, la decisión fundamental del 17 de diciembre de 195 (BVerfGE 3, 58, 94 y ss.)

³¹ Véase BVerfGE 3, 101 y ss.

³² Véase BVerfGE 3, 58, 121.

³³ BVerfGE 15, 126, 146.

³⁴ Véase BVerfGE 15, 167, 195.

³⁵ Véase, por ejemplo, BVerfGE 19, 150, 163; 23, 153, 166.

argumentos que están vinculados a consideraciones prácticas muestran que siguen el esquema de la cesura histórica, de la discontinuidad.

Si se tiene en cuenta el contexto pragmático indicado, se ve claramente que el esquema “unidad de la Constitución” se presenta en conexión con argumentos que se ocupan de cuestiones fundamentales del derrumbe y de la creación de una nueva organización del orden estatal. Su función retórica fundamental adquiere una nueva perspectiva pragmática. Sobre la base de un texto constitucional, establece no sólo conexiones retóricas entre las partes constitutivas del texto, sino que también delimita este contexto semiótico frente a otros sistemas semióticos. Esta función retórica responde a un dato semiótico general según el cual las construcciones de argumentos se forman en el juego conjunto de argumentos y, dentro del marco de su alcance pragmático, establecen referencias retóricas específicas con otras construcciones. Estas referencias pueden poseer valores retóricos que se extienden desde la afirmación hasta la negación, pasando por formas de tolerancia. La identidad de un esquema de signos depende de las relaciones retóricas que existen en el marco de su alcance pragmático, con respecto a otros esquemas semióticos.³⁶

El contexto pragmático proporciona también la dimensión histórica. Ella es especialmente significativa en los textos jurídicos o en los textos políticos. Esta situación histórica puede modificar el contexto de una manera tal que ya no se mantenga la identidad del esquema semiótico. Si el *motus* de la modificación de la situación histórica es presentado como una consecuencia de las cesuras históricas, entonces éstas marcan, al mismo tiempo, límites posibles del sistema semiótico. Si una prescripción refiere su legitimación a esta identidad, con la pérdida de su identidad pierde también su validez. Según la argumentación del Tribunal Federal Constitucional, estos límites de identidad representan el comienzo y el fin de la dominación nacionalsocialista. Refuerzan, al mismo tiempo, la función fundamental de creación de identidad de la nueva Constitución.

Los esquemas “unidad interna” y “externa” hacen referencia a esta función. Pero esta referencia no es suficiente como para presentar los complejos contextos retóricos que subyacen al uso de estos esquemas. Sólo a través del contexto pragmático de la argumentación, se logra descubrir el modelo retórico que vincula el Tribunal con estos esquemas. La expresión unidad “interna” y “externa” tiene evidentemente la ventaja de designar, de forma abreviada, un estado de cosas complejo. Esta

³⁶ Cfr., al respecto, cap. 1, inciso 3, letra B.

reducción de la complejidad semiótica no es problemática en la medida en que la expresión es manejada como abreviatura sintáctica de reglas claramente retóricas. Pero precisamente éste no es el caso. La función icónica de los esquemas de lo “interno” y de lo “externo” crea una vinculación con la experiencia del mundo orgánico que fácilmente conduce a analogías equívocas. Como expresión de una forma fenomenológica más exigente de hablar, perturba la comprensión cuando no se conserva este estilo. El uso ocasional de elementos estilísticos no fundamenta ningún método. Por el contrario, queda expuesto al peligro de asumir más bien las debilidades metódicas de la forma de hablar que se receptiona. En el presente caso, a la concepción de las unidades aisladas de la Constitución correspondía la suposición de una discontinuidad histórica. Pero esta argumentación, cuando no se juzga la experiencia histórica desde la perspectiva de la zona pragmática próxima a los acontecimientos, es, por lo menos, insólita. de los metodos fenomenológicos reductivos no puede esperarse una corrección. Pues, como es sabido, tienen dificultades especiales para aprehender y hacer comprensibles los contextos sociales e históricos.³⁷ Fuera de duda se encuentra el valor emotivo de la expresión que proporciona a la argumentación algo de plasticidad icónica.

G. Fallo de la Sala Primera, del 14 de diciembre de 1965. (Acerca de la función de integración)

En vista de las dificultades retóricas que hasta ahora hemos encontrado en el análisis de la forma metateórica del Tribunal, el fallo de la Sala Primera, del 14 de diciembre de 1965, tiene especial interés.³⁸ El Tribunal califica a la “unidad de la Constitución” no sólo como el más importante principio de interpretación, sino que también proporciona otra versión del esquema.

a) El punto de partida es la polémica acerca de la cuestión de si está permitido reclamar a personas jurídicas el pago de un impuesto para la construcción de iglesias, sobre la base de disposiciones jurídicas estaduales que se remotan a la época de la Constitución de Weimar. El Tribunal niega que el artículo 137, párrafo 6, de la Constitución de Weimar, o disposiciones derivadas de ella, ofrescan una base adecuada. Obtiene los puntos de vista decisivos con la ayuda de esquemas holísticos operativos especialmente con el esquema de la “unidad de la Constitución”.

³⁷ Véase Lübbe, Hermann, *Bewusstsein in Geschichten. Studien zur Phänomenologie der Subjektivität*, Friburgo de Brisgovia, 1972, pp. 24 y ss., 79 y ss.

³⁸ BVerfGE 19, 206, 220.

Como los artículos de la Constitución de Weimar sobre las iglesias estarían “incorporados” a la LF, su relación con las demás disposiciones de la Constitución, sin que importe su génesis y su origen, debe ser determinada a partir del “contexto del orden constitucional”, después de haberse reiterado que la LF sólo puede ser concebida como unidad.³⁹ El Tribunal contradice el argumento de la tradición jurídica con la referencia al nuevo orden constitucional, frente al cual no puede imponerse.⁴⁰

El Tribunal no se limita a invocar las disposiciones constitucionales del caso sino que, al mismo tiempo, establece otra referencia regional de argumentación. Apoya la decisión remitiendo expresamente las disposiciones constitucionales particulares al “orden establecido en la LF acerca de la relación entre Estado e Iglesia” y, con la ayuda de este esquema, obtiene diferentes directivas.⁴¹ Esta argumentación es tanto más sorprendente cuanto que antes el Tribunal, sobre la base de la génesis de la LF, había establecido que no se había llegado a una nueva regulación de la relación entre Estado e Iglesia y que, como solución de compromiso, se había conservado el artículo de la Constitución de Weimar sobre las iglesias.

No puede dejar aquí de percibirse que el Tribunal, a través de reglas holísticas, procura superar una argumentación fundamentada en la semántica del texto, en su génesis y en su tradición jurídica. Recurre también al medio retórico de apoyar afectivamente su argumentación mediante el uso reiterado de sus esquemas holísticos.⁴²

Sin embargo, se subestimaría la importancia retórica de las consideraciones metateóricas, si se las quisiera explicar simplemente a partir de las coacciones pragmáticas que dificultan la argumentación en una situación de decisión. El uso del esquema holístico de la “unidad de la Constitución” se adecua totalmente a la jurisprudencia anterior. Pues el Tribunal está interesado en colocar a todos los artículos de la Constitución en un contexto retórico, en reforzar la función fundamental de la sintaxis de la Constitución en la nueva situación constitucional, como así también en afirmarla como esquema retórico independiente en un ámbito del derecho que es juzgado como fundamental y en delimitarla pragmáticamente mediante el rechazo de continuidades perturbadoras.⁴³

³⁹ BVerfGE 19, 218 y ss.

⁴⁰ BVerfGE 19, 223 y ss.

⁴¹ Cfr., BVerfGE 19, 225.

⁴² Véase BVerfGE 19, 215, 216, 218, 219, 220, 225.

⁴³ Con respecto al concepto de independencia como elemento de construcción de la sistemática jurídica, véase Wagner, Heinz, *Die Vorstellung der Eigenständigkeit*

Además, las consideraciones metateóricas adquieren importancia general para la construcción del campo de argumentación en el sentido de que el Tribunal proporciona una nueva versión del esquema holístico de la “unidad de la Constitución”. Mediante una disposición atributiva, lleva a cabo una determinación semántica y, al mismo tiempo, da una explicación de la jerarquía del esquema: “El principio de interpretación más importante es la unidad de la Constitución, en tanto formación de sentido lógico-teleológico, porque la esencia de la Constitución consiste en ser un orden unitario de la vida política y social de la comunidad estatal.”⁴⁴

Encontramos aquí una serie de esquemas metateóricos tales como “lógico-teleológico”, “formación de sentido” o “esencia”, que gozan de predilección en la hermenéutica de la filosofía axiológica. De esta manera, las expresiones permanecen dentro del marco de la hasta ahora practicada forma de hablar fenomenológico-hermenéutica, aun cuando el elemento de la teleología expresa la proximidad semántica con una variante axiológica. Mientras que la expresión “formación de sentido” apunta más allá de la semántica del mero contenido semiótico del texto constitucional y se refiere a un contexto retórico estructurado de acuerdo con reglas, con el functor “lógico” se recurre a una sintaxis constitucional que también procede de acuerdo con reglas lógicas. Más adelante volveremos sobre esta cuestión. Más interesante que el recurrir a una forma de hablar hermenéutica es la explicación de la jerarquía del esquema presentado como regla heurística. Por lo pronto, el “enunciado esencial” acerca de la Constitución, cuando se lo concibe como definición semántica de la “unidad de la Constitución”, se presenta como una tautología sin valor informativo en el sentido de que la “unidad de la Constitución” es, por definición, igual a “orden unitario”. Por ello, parece importante la calificación semántica de este “orden” a través de los funtores siguientes. Según ellos, la Constitución no establece sólo —como en la comprensión liberal tradicional— el fundamento directivo de la organización de las competencias de acción del Estado, sino que se extiende también, si se sigue el sentido semántico de los funtores, a las dimensiones de acción social y política que no son alcanzadas de manera inmediata por las competencias de acción estatalmente organizadas, y

in der Rechtswissenschaft. Ein Beitrag zur Juristischen Systematik und Terminologie, Berlín, 1967, pp. 93 y ss.

⁴⁴ BVerfGE 19, 220. Cfr., también, el fallo del Primer Senado del 14 de diciembre de 1973 (BVerfGE 34, 269, 287), en donde el “orden jurídico constitucional” es presentado como un “todo de sentido” al que corresponde la función generativa de una fuente del derecho para llenar lagunas, con función también correctora.

que son aprehendidas por el concepto “comunidad estatal” en tanto contexto de comunicación más amplio.

Entre la Constitución y el orden unitario de la vida política y social, el Tribunal supone una referencia tan estrecha que elige la forma de una relación de identidad, calificada como enunciado esencial. Desde luego, sigue siendo semánticamente poco clara la relación entre la determinación atributiva de la “unidad de la Constitución” como formación de sentido lógico-teleológico y como enunciado esencial. La forma de hablar *ontologizante* ofrece, por cierto, un refuerzo retóricamente impresionante del enunciado acerca de la función fundamental de la nueva Constitución, pero precisamente no expresa la relación que al Tribunal parece importar, es decir, la conexión funcional entre la Constitución y el ámbito de acción político-social. Ella resulta de la referencia tópicopragmática de los dos esquemas centrales “unidad de la Constitución” y “orden de la comunidad estatal”. Se hace así referencia a la función excelente de la sintaxis constitucional en tanto esquema directivo de signos, en el sentido de crear y asegurar un orden político y social unitario.

El concepto de orden es semánticamente ambiguo y, de acuerdo con el uso general del lenguaje, adecuado para cubrir relaciones sociales y de organización política muy diferentes y hasta opuestas. Por lo tanto, lo decisivo es el significado semántico general que se expresa en signos tales como “unidad”, “formación de sentido” y “orden”. Ellos caracterizan el carácter holístico, tanto de la sintaxis constitucional, un esquema directivo semiótico, como así también de la comunidad estatal en tanto contexto de experiencia y de acción. De la notoria acentuación del carácter holístico se puede inferir que el Tribunal lo considera como un elemento estructural irrenunciable para la organización y funcionalidad de la regulación deseable de la acción social. A la función retórica de identificación de la sintaxis constitucional se agrega la función pragmática como elemento constitutivo de la integración social. Esta conexión funcional de la regla heurística no es mencionada expresamente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el Tribunal se sirve de un estilo de argumentación que corresponde totalmente a una retórica “hermenéutica”. En el ámbito de la teoría hermenéutica del derecho y de la Constitución, la combinación de esquemas holísticos y funcionales juega un papel muy importante.

Más claramente que en los múltiples proyectos axiológicos, los rasgos característicos de una retórica hermenéutica se presentan en las construcciones teóricas del derecho y de la Constitución. De los proyectos tradicionales que se encuentran bajo la influencia de la hermenéutica

tradicional de las ciencias del espíritu, en el ámbito de la ciencia del derecho cabe mencionar la teoría de la Constitución de Rudolf Smend, que despertara gran interés como teoría de la integración. Sobre la base de vivencias individuales creadoras de sentido presenta al Estado como realidad espiritual integrativa.⁴⁵

b) Como variantes modernas de una retórica jurídica hermenéutica cabe mencionar, sobre todo, las construcciones de la teoría de los sistemas. Ellas han ampliado considerablemente el marco holístico de la argumentación desde el punto de vista de la “conservación del sistema” y de la “diferenciación del sistema” y lo han extendido también a cuestiones científico-sociales, especialmente del ámbito de la comunicación. El contexto científico especializado ha dado la impresión de que primariamente se trata aquí de teorías sociológicas. Pero, aun cuando con algunas modificaciones, se conserva la forma de hablar holística, característica de una retórica hermenéutica, tal como se presenta, sobre todo, en la llamada problemática del sentido, en la cuestión acerca de la creación de “conexiones de sentido”.⁴⁶

También comparte en gran medida el estilo afairético de la argumentación de la hermenéutica.⁴⁷ El monismo holístico más antiguo es prescrito, al mismo tiempo, a través de un pluralismo holístico y es enriquecido científicamente. Desde luego, el acentuado distanciamiento

⁴⁵ Véase Smend, Rudolf, “Verfassung und Verfassungsrecht” (1928), en *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2a. ed., Berlín, 1968, pp. 119 y ss., 148 y ss.; Radbruch vincula esta teoría con las teorías orgánicas del Estado a las que atribuye ideología conservadora; la referencia desde el punto de vista de la historia de las ideas encuentra un apoyo retórico en el origen “romántico” de la hermenéutica de las ciencias del espíritu. Cfr. Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, p. 165; con respecto a la relación entre Romanticismo y hermenéutica, véase Gadamer, Hans Georg, *Wahrheit und Methode*, p. 185.

⁴⁶ Cfr., esp. Luhmann, Niklas, *Grundrechte als Institution*, esp. pp. 42 y ss.; *id.*, *Theorie der Verwaltungswissenschaft. Bestandsaufnahme und Entwurf*, Colonia-Berlín, 1966, pp. 64 y ss.; *id.*, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 2a. ed., Berlín, 1972, pp. 23 y ss.; Habermass, Jürgen y Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?, Was leistet die Systemforschung?*, Francfort del Meno, 1971. Con respecto a la cuestión de la problemática del sentido, véase también Bühl, Walter L., “Funktionalismus und Strukturalismus”, *Funktion und Struktur. Soziologie vor der Geschichte*, Munich, 1975, pp. 9 y ss., 77; Claus König, “Öffentliche Verwaltung und Soziale Differenzierung”, *Verwaltungsarchiv*, 1973, 1, pp. 1-37, esp. p. 33 y la bibliografía allí citada; véase sobre todo las consideraciones acerca de la jerarquía de la “problemática del sentido” en los análisis teórico-sistemáticos.

⁴⁷ Con respecto al concepto de la “afairética”, cfr. Schreckenberger, Waldemar, *Über die Pragmatik der Rechtslehre*, pp. 561 y ss., 570 y ss.; con respecto a la problemática del sentido y a la pretensión de totalidad universalista de la teoría de los sistemas de Luhmann, cfr. Schulz, Walter, *Philosophie in der veränderten Welt*, Pfullingen, 1972, pp. 187 y ss.

con respecto a la antigua hermenéutica ha contribuido a ocultar la base retórica común. Si comparamos la versión del Tribunal Federal Constitucional en la que ofrece el esquema holístico “unidad de la Constitución”, se ve claramente que se encuentra más cerca de la forma hermenéutica antigua. Desde luego, la reducción retórica a conceptos hermenéuticos claves y la referencia pragmática a contextos funcionales, presentan al esquema holístico como totalmente adecuado para ser accesible a una argumentación más diferenciada tal como la que cultiva la hermenéutica teórico-sistemática.⁴⁸

H. Fallo de la Sala Primera, del 23 de octubre de 1952. (Acercas de la función de diferenciación y de contraste)

Hasta ahora, el análisis ha intentado aclarar algunas argumentaciones que son características del modelo sistemático de argumentación. Se ha visto que tanto para la creación como para la estructura del esquema metateórico de argumentación, los esquemas holísticos juegan un papel considerable. Desde luego, la investigación ha seguido principalmente el esquema de la “unidad de la Constitución”. Este ofrece la ventaja metódica de que facilita el acceso a las propiedades del uso holístico de los signos y permite una visión en las operaciones metateóricas que han conducido a la construcción de un campo general de argumentación. Pero la estructura holística del campo de argumentación no se agota, de ninguna manera, en las reglas del uso de este esquema. Hay otros esquemas que en la jurisprudencia han alcanzado más importancia por lo que respecta a la frecuencia de su uso y la jerarquía política de las decisiones que apoyan argumentativamente. Esto vale, sobre todo, para los esquemas “orden” y “sistema” y su combinación con el esquema “valor”.

El esquema de orden obtiene su rango privilegiado en un acto demostrativo de introducción. El contexto retórico está constituido por el fallo que estableció la inconstitucionalidad del Partido Socialista del *Reich* y que, de una manera rectora se ocupa también de la posición de los partidos en general.⁴⁹ El punto de partida es la interpretación del esquema “orden básico democrático y en libertad” del artículo 21, párrafo 2, de la LF y su relación con el esquema del “orden constitucional” en

⁴⁸ La crítica de Luhmann a la forma de hablar hermenéutica más antigua, especialmente la del Tribunal Federal Constitucional, exagera las diferencias y no considera suficientemente los puntos de partida retóricos comunes. Véase Luhmann, Niklas, *Grundrechte als Institution*, pp. 201 y ss.

⁴⁹ Véase fallo del Primer Senado del 23 de octubre de 1952 (BVerfGE 2, 1 y ss.)

la prescripción del artículo 9, párrafo 2, de la LF, que se ocupa de la prohibición de asociaciones.

El Tribunal establece una relación pragmática entre ambos esquemas de orden y los coloca en otra conexión pragmática con un esquema de orden tomado del lenguaje de la metafísica: El “orden democrático básico en libertad” está formado por los “valores fundamentales” “que la LF considera como básicos dentro del orden estatal total, del ‘orden constitucional’”. Finalmente, el Tribunal remite todo esto a concepciones del legislador constitucional según las cuales la persona humana posee un valor independiente en el “orden de la creación” y la libertad y la igualdad serían valores permanentes de la “unidad estatal”.⁵⁰

Los esquemas holísticos expresan diferentes estados de cosas semióticos. Si el “orden democrático básico en libertad” expresa una clase de signos directivos retóricamente indicados de manera especial, que han de ser imputados a la sintaxis constitucional, con el esquema “orden estatal total”, que es utilizado por definición como sinónimo de “orden constitucional”, vincula la totalidad de las directivas, es decir, la clase de las directivas estatales o de las estatalmente legitimadas. Si se parte del carácter comunicativo de los signos, de los esquemas directivos de acción, puede entonces hablarse también igualmente de un uso sintáctico del esquema del orden.

Con el “orden de la creación” se abre otro ámbito semiótico. El Tribunal presenta, con una referencia metafísica, el carácter de estructura de la experiencia ética del mundo determinada por una *prima causa*. Se remite con ello, a una determinada concepción metafísica del mundo. El esquema se convierte en indicador semántico metalingüístico.

En todos los esquemas holísticos, domina en el contexto de la decisión la función pragmática de la argumentación. Haciendo referencia a la “unidad estatal” se indica expresamente la función pragmática de integración. La referencia al “orden de la creación” es una variante de la acentuación jusnaturalista de la validez retórica de la sintaxis constitucional.

Sin embargo, surge aún más fuertemente la función negante que resulta de la función de identificación. Juega un papel esencial en la elaboración del campo de argumentación. En el punto central del análisis, se encuentra, sobre todo, la relación con respecto a la tradición constitucional, especialmente a la Constitución de Weimar y al sistema de dominación “totalitaria”. Si en la relación con la tradición constitucional de

⁵⁰ BVerfGE 2, 12.

lo que se trata es de establecer la diferencia decisiva, así también la relación con las ideologías de dominación totalitaria está caracterizada por un estricto rechazo. La función de negación conoce, pues, diferentes niveles retóricos que se extienden, desde la simple delimitación diferenciante hasta el rechazo contrastante. El fallo que aquí analizamos proporciona un ejemplo, tanto de la función de diferenciación, como de la función de contraste de los esquemas holísticos.

El Tribunal apoya su argumentación con respecto a la posición de los partidos políticos refiriéndose, por una parte, a la distinción con el Estado “liberal democrático” de la tradición constitucional alemana y, por otra, presentándolo como contraste de las ideologías de dominación totalitarias: El orden básico de democracia en libertad, que también es denominado orden del Estado de derecho, es, en tanto “orden subordinado a valores”, lo “opuesto al Estado total”. Pretende para sí como peculiaridad fundamental, el sólo permitir diferentes “formas” de un mismo orden básico.⁵¹ La dimensión política de la función de contraste se ve más claramente en el “fallo de prohibición del Partido Comunista de Alemania (KPD)” en el que el Tribunal afirma que el legislador constitucional no ha renunciado a la formulación y protección de un sistema de valores, es decir, de un orden de valores, para evitar peligros totalitarios.⁵² Aquí aparece, con toda claridad, el carácter ejemplar de la función de contraste de la forma holística de argumentación.

El Tribunal utiliza el fallo sobre la prohibición del Partido Comunista como pretexto para entrar en una polémica básica con el desarrollo político de la reciente historia alemana y con las ideologías totalitarias. El programa de contraste allí presentado ha influido considerablemente en la construcción del campo de argumentación, sobre todo, en la primera época de la jurisprudencia. Con la distancia temporal, la función de contraste ha ido perdiendo su importancia retórica pero, tal como lo demuestra el fallo sobre la no punibilidad de la interrupción del embarazo cuando ella es realizada en un determinado plazo, sigue teniendo actualidad.⁵³

En el “Fallo de prohibición del SRP (Partido Socialista del *Reich*)”

⁵¹ Véase BVerfGE 2, 11 y ss.

⁵² Fallo de la Sala Primera del 17 de agosto de 1956 (BVerfGE 5, 85, 139, 384, 389).

⁵³ Cfr. el fallo de la Sala Primera del 25 de febrero de 1975 (BVerfGE 39, 1, 67 y ss.): “A la Ley Fundamental subyacen principios de la organización del Estado que sólo pueden ser explicados a partir de la experiencia histórica y de la discusión ético-espiritual del sistema anterior del nacionalsocialismo”. Y el Tribunal afirma “haber contribuido decididamente al desarrollo de los principios básicos del orden valorativo de la Ley Fundamental”.

se nota claramente otra propiedad retórica del estilo de argumentación holístico. El Tribunal renuncia a definir la problemática relación entre los conceptos de orden del artículo 21, párrafo 2, de la LF y del artículo 9, párrafo 2, de la LF, “a partir del texto y con los medios de la lógica”, porque esto pondría como consecuencia difíciles cuestiones de interpretación que, por otra parte, no conducirían a una solución satisfactoria.⁵⁴ En cambio, el Tribunal remite a los intérpretes a la argumentación apoyada en esquemas holísticos. La jerarquía teórica del estilo de argumentación holístico, que parece encontrar su correspondencia en la importancia política de la decisión, permite dejar de lado la dificultad que significa entrar en las sutilezas de una especie de artesanía heurística. Esto hubiera perturbado la alta pretensión retórica de una argumentación colocada en un plano fundamental, de amplias perspectivas. La argumentación demuestra sensibilidad estilística. La “lógica” aparecería también como violación del estilo. Se muestra con esto que los esquemas holísticos constituyen el medio preferido de una “retórica fundamental”.

2. *El modelo ternario de argumentación sistemológica. La “libertad general de la acción humana” como esquema central de la retórica holística*

El resultado más importante que conviene retener es que el Tribunal, en la decisión presentada anteriormente, libera a los conceptos de orden tomados del texto constitucional, del contexto inmediato de las disposiciones, y los introduce en la argumentación constitucional como esquemas generales. Desde luego, podría surgir la impresión de que el uso pragmático de los signos, que coloca al Tribunal en condiciones de limitar la prohibición del Partido a la referencia de graves violaciones de la Constitución, reduce la validez general. Pero la decisión jurisprudencial que analizaremos a continuación confirma que, tanto el esquema del “orden democrático básico en libertad” como el esquema del “orden constitucional” tienen el rango retórico de esquemas holísticos generales. Esto vale, sobre todo, para el ámbito de la dogmática de los derechos fundamentales en donde participan en un modelo de argumentación típico de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional y han contribuido a ampliar considerablemente su competencia de decisión.

a) Especialmente instructivo es al respecto el fallo de la Sala Primera,

⁵⁴ Véase BVerfGE 2, 13.

del 16 de enero de 1957 que, después de un periodo de inseguridad, puso de manifiesto la posición definitiva del Tribunal con respecto a la tantas veces analizada y discutida interpretación del artículo 2, párrafo 1, de la LF.⁵⁵ De acuerdo con la teoría tradicional del Estado liberal, los derechos fundamentales son directivas constitucionales que, en la medida en que a ello no se opongan reservas en favor del legislador u otras limitaciones que resulten de la Constitución, garantizan, en primera línea, determinadas competencias de acción individuales o colectivas, que pueden practicarse en la actividad jurídica.⁵⁶ Parte de un modelo de argumentación que estudia la cuestión de la relación entre individuo y comunidad, es decir, entre Estado y sociedad; esta cuestión, tal como ya lo hemos expuesto en el análisis del artículo 2, párrafo 1, de la LF, es elevada a la categoría de un esquema retórico general del análisis político del problema.

Por una parte, el Tribunal Federal Constitucional se atiene a este esquema; por otra, rompe con el modelo tradicional de argumentación al eliminar la referencia del derecho fundamental a un determinado ámbito de acción individual o colectivo y extiende la garantía a la “libertad de acción humana en general”. Como se ha expuesto, se pasa así al contexto de una tradición jusnaturalista e idealista que, en el ámbito de habla alemana, culminaría en Kant.⁵⁷

Surge, por lo pronto, la impresión de que la generalización de la garantía de libertad representa simplemente una variante del modelo de argumentación dogmático-constitucional que alcanzaría su punto culminante en virtud de una validez incondicionada de la función de garantía. También en el resto de la argumentación, el Tribunal se mueve dentro de los marcos dogmático-constitucionales tradicionales y se hace cargo de la cuestión acerca de la garantía general de libertad con respecto a las competencias públicas de decisión, que necesariamente limitan el campo de acción individual. Considera que el legislador constitucional ha podido prescindir de la reserva legal usual en favor de la intervención estatal en el ámbito de acción protegido porque de la deli-

⁵⁵ BVerfGE 6, 32 y ss., siguiendo el fallo del 20 de julio de 1954 (BVerfGE 4, 7, 15 y ss.)

⁵⁶ Cfr., al respecto, Oestreich, Gerhard, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss*, Berlin, 1968, pp. 100 y ss.; Gierke, Otto von, *Labands Staatsrecht und die Deutsche Rechtswissenschaft*, 2a. ed., Darmstadt, 1961, p. 37: “El ciudadano obtiene en los derechos fundamentales una pretensión constitucional de que el Estado, en determinadas relaciones, lo trate como un individuo libre y no como un miembro.” Klein, Hans H., *Die Grundrechte im demokratischen Staat. Kritische Bemerkungen zur Auslegung der Grundrechte in der Deutschen Staatsrechtslehre der Gegenwart*, Stuttgart, 1972, pp. 35 y ss.; 71 y ss.

⁵⁷ Cfr., cap. 2, inciso 4, Letra B.

mitación a través del orden constitucional resulta, sin más, el alcance de las intervenciones estatales.⁵⁸ Si hasta ahora habíamos encontrado al “orden constitucional” como “orden estatal total”, ahora se nos presenta como el “orden constitucional general”.

A la generalización de la garantía de libertad corresponde la generalización de la reserva constitucional. Al analizar este texto constitucional, nos hemos referido a las consecuencias sintácticas que de aquí surgen para una interpretación del artículo 2, párrafo 1, de la LF.⁵⁹ El esquema adquiere la estructura de una implicación tautológica que, en todo caso, sólo proporciona una información dogmático-constitucional en la medida en que constituye una sintaxis constitucional del llamado sistema cerrado, en el cual, como se ha expuesto, las clases modales de las directivas jurídicas son complementarias y, por lo tanto, abarcan todas las acciones posibles del contexto social. Por ello, la sintaxis constitucional no conoce, dentro del marco de su validez semántica, ningún campo de acción libre de derecho o neutro al derecho.

El Tribunal rechaza la objeción de que su argumentación se “mueve en el vacío” y señala que el Poder Legislativo está sometido, de acuerdo con la LF, a limitaciones más fuertes que bajo la Constitución del *Reich* de 1919, ya que la LF ha establecido un “ordenamiento subordinado a valores”, que limita el poder público.⁶⁰ Con esta argumentación, El Tribunal abandona totalmente el modelo de argumentación tradicional de los derechos fundamentales. En verdad, se sigue moviendo dentro del marco retórico del esquema tradicional de garantías y limitaciones y reduce el “orden jurídico general” al *status* de una barrera de reserva de la garantía de la libertad. En lugar de una interpretación semántica de la garantía de la libertad puntual y orientada hacia determinadas competencias de acción y sus límites, aparece una forma de argumentación holística que presenta a la “libertad general de acción” como parte constitutiva de la sintaxis constitucional general, como un esquema semiótico estructurado y directivo. La garantía de libertad se convierte así, cuando se coloca en la base el modelo tradicional de argumentación, en un elemento de una reserva que la limita. El esquema del “orden constitucional” recoge la garantía de la libertad como elemento material estructural, es decir, como *topos* dogmático-constitucional.⁶¹

⁵⁸ Véase BVerfGE 6, 37 y ss.

⁵⁹ Cfr. cap. 2, inciso 1, letra C, e inciso 4, letra A.

⁶⁰ Véase BVerfGE 6, 40.

⁶¹ Cfr. un panorama general en Scholz, Rupert, “Das Grundrecht der Freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *AöR*, 100, 1975, pp. 80 y ss., 106 y ss.; la concepción según la cual aquí

Por lo tanto, es totalmente coherente que el Tribunal, en el manejo del artículo 2, párrafo 1, de la LF, en contra de la crítica por parte de la teoría jurídica, a menudo se refiera simplemente al “orden constitucional” como pauta de la acción. Este esquema hace referencia inmediata a la sintaxis constitucional general que proporciona los esquemas permitidos para la solución de problemas. Desde luego, la forma de hablar del Tribunal no es unitaria y revela, en parte, inseguridad metódica y, en parte, también un cierto descuido estilístico. Así, el esquema de la “libertad” es utilizado únicamente en el presente fallo como “valor” del orden básico democrático en libertad; en otros casos, como una regla pragmática de la “suposición fundamental de libertad” del artículo 2, párrafo 1, de la LF o hasta en giros tales como “espíritu del Estado de derecho en libertad, de la LF”.⁶²

Sobre todo, la “suposición básica de libertad” parece rebasar el marco retórico. Pero tal no es el caso. El Tribunal la presenta como elemento constitutivo del “orden constitucional” y, con ello, como esquema de la sintaxis general de la Constitución. Desde luego, este esquema subraya de manera más fuerte aun que a las restantes expresiones o que al criterio de lo “exigible en general”, como límite de la garantía de la libertad tomado de la jurisprudencia, al carácter pragmático-operativo con el que una indicación se manifiesta en favor de una especie de carga de la argumentación.⁶³ Esta forma de hablar, al igual que frases similares de la teoría del derecho, responde al intento de llevar la garantía de libertad, en tanto esquema de solución de problemas, a un nivel más alto de abstracción y como una forma en general operacionable y disponible.⁶⁴

En el análisis del texto del artículo 2, párrafo 1, de la LF, hemos señalado ya la vinculación pragmática del concepto de libertad con los esquemas de orden. A través de la argumentación holística, esta vinculación se refuerza considerablemente. La garantía general de libertad caracteriza no sólo la organización pública del dominio de competencias individuales de acción inaccesibles. A través del esquema del “orden

se trata de un accesorio con respecto a los controles tradicionales de los derechos fundamentales, desconoce la jerarquía retórica de la argumentación holística.

⁶² Véase BVerfGE 6, 41 y ss.; *cfr.*, al respecto, también BVerfGE 7, 198, 208; 13, 97, 104.

⁶³ Con respecto al criterio de la “posibilidad de atribución”, véase BVerfGE 4, 7, 16.

⁶⁴ Véase al respecto Schneider, Peter, “In dubio pro libertate”, *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, Karlsruhe, 1960, t. 2, pp. 263 y ss.; *id.*, “Bericht zu: Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, *VVDStRL*, 20, 1963, pp. 31 y ss.; *cfr.*, también, cap. 6, inciso 6, letra B; BVerfGE 35, 202, 221.

democrático básico en libertad”, se convierte en un elemento directivo del esquema de acción que constituye el orden estatal de dominación.

Esto no impide al Tribunal recoger la alternativa más importante con respecto a la teoría de interpretación de la garantía general de la libertad, es decir, la teoría del núcleo protegido de la libertad de acción individual, en la medida en que existe un ámbito de acción que debe escapar a toda intervención del poder público. De acuerdo con el modelo holístico, es presentado igualmente como elemento de la sintaxis general de la Constitución.⁶⁵

La incorporación de la garantía de libertad en un marco holístico de argumentación tiene amplias consecuencias para la situación retórica del análisis jurídico-constitucional y para la dimensión política. La garantía de libertad comparte no sólo las propiedades de la sintaxis constitucional general sino que también está sometida a las vinculaciones que resultan del carácter de esquema de la sintaxis constitucional. La dependencia retórica es tanto mayor cuanto más altas son las pretensiones holísticas que se plantean a la argumentación. La garantía de la libertad se convierte en *topos* con el rango de un esquema de orden.⁶⁶ Una argumentación que invoca la garantía general de libertad tiene que presentarse como elemento del orden existente de dominación, es decir, la “libertad” tiene que legitimarse, desde el primer momento, como “orden”.

En la garantía general de libertad, la función integrativa de la forma de argumentación holística encuentra una expresión excelente. En verdad, el Tribunal, al hacer referencia a la Constitución de Weimar, hace uso, por lo pronto, de la función de diferenciación de la retórica holística; pero, en primer plano, se encuentra la ulterior ampliación de la sintaxis constitucional y el esfuerzo por conciliar el modelo tradicional de argumentación de la dogmática de los derechos fundamentales con el modelo de argumentación de la teoría del orden. La “libertad general de acción humana” se convierte en un esquema central de la forma de argumentación holística del Tribunal Federal Constitucional.

En la teoría jurídica, son cada vez más numerosas las propuestas de hacer retroceder la concepción de un “derecho general de libertad” y de un “sistema”, frente a un orden lógico-sistemático de los derechos fundamentales.⁶⁷ Para la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitu-

⁶⁵ Véase BVerfGE 6, 41; 27, 1, 6; 35, 39 y ss., y las decisiones allí citadas.

⁶⁶ Cfr., al respecto, BVerfGE 7, 198, 215, 220 y ss., en donde el Tribunal al referirse al artículo 2 de la LF, habla también de “principios del orden social”.

⁶⁷ Cfr. Scheuner, Ulrich, “Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinien und Rahmen der Staatstätigkeit”, *DÖV*, 15-16, 1971, pp. 505-513, 509.

cional esto significa nada menos que el consejo de modificar básicamente la estructura retórica de la jurisprudencia constitucional y renunciar a un estilo de argumentación que se ha ido consolidando a lo largo de 25 años de praxis. Pues ni la “garantía general de libertad” ni el esquema del “orden valorativo” son piezas accesorias intercambiables, sino elementos constitutivos esenciales de una retórica holística que caracteriza toda la jurisprudencia. Esta no depende de textos individuales y de las a menudo complicadas disposiciones semánticas de interpretación: la garantía general de libertad abre, en tanto *topos* de la sintaxis constitucional, el acceso a todos los ámbitos de acción y funciones de acción, también a las no mencionadas en el texto constitucional. La argumentación holística descubre con respecto a las conexiones socialmente relevantes de acción un “alcance semántico universal” de la sintaxis constitucional. Problemas especiales surgen aquí de la competencia entre la garantía “general” de libertad y las garantías de libertad individuales y que, desde luego, la mayoría de las veces, son concebidas de manera muy amplia. El Tribunal ofrece para su solución una combinatoria muy rica que conoce referencias aditivas, subsidiarias, complementarias y suplementarias.⁶⁸

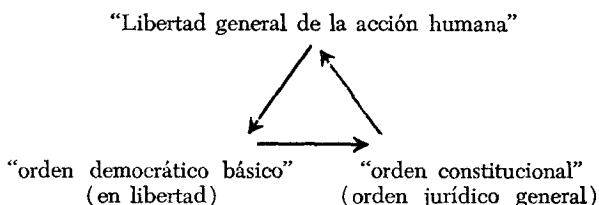
b) No menos importante que las contribuciones sintáctica y semántica para la ampliación del campo de argumentación es la función pragmática de la retórica holística. Ella tiene como consecuencia un aumento considerable de la competencia de decisión del Tribunal y del manejo procesal de la sintaxis constitucional. Como el Tribunal, no obstante el estilo holístico, se atiene a la calidad de derecho fundamental del artículo 2, párrafo 1, de la LF, abre a la demanda de inconstitucionalidad el acceso a toda la sintaxis constitucional. Pues cualquiera puede, a través de una demanda de inconstitucionalidad, aducir que una ley que limita su libertad de acción no pertenece al orden constitucional. De acuerdo con decisiones posteriores, esta demanda puede basarse también en las garantías especiales de los derechos fundamentales.⁶⁹ Al recurso de inconstitucionalidad y a la posibilidad de que ella sea probada procesalmente, le corresponde una validez pragmática universal. El recurso de inconstitucionalidad —que es el procedimiento con el que se recurre la mayoría de las veces ante el Tribunal Federal Constitucional— goza, sin embargo, de una clientela tan amplia que, para aliviar la tarea del Tribunal, varias veces se han tenido que utilizar disposiciones legales

⁶⁸ Cfr., al respecto, el resumen de Scholz, Rupert, *op. cit.*, pp. 116 y ss.

⁶⁹ Cfr., con respecto a las violaciones “formales” de la Constitución, BVerfGE 9, 87 y ss.; 13, 181, 190; 17, 389; véase también BVerfGE 6, 41.

que han complicado los presupuestos del proceso.⁷⁰ El legislador se vio así obligado a conciliar la competencia de decisión del Tribunal, que él mismo había ampliado argumentativamente, con las exigencias pragmáticas de la practicabilidad.

c) La función dogmático-constitucional del derecho fundamental de la “garantía de la libertad general de la acción”, en tanto esquema directivo con carácter permisivo institucionalmente garantizado, conduce, al mismo tiempo, a un ensamblamiento retórico del modelo tradicional de argumentación de la dogmática de los derechos fundamentales con la forma de argumentación holística. De esta manera, se produce un esquema especial de argumentación que, en virtud de las referencias retóricas que hay que tener en cuenta, puede ser descrito como modelo “ternario de argumentación”. Icónica y simplificada puede ser presentado de la siguiente manera:



La “libertad general de la acción humana”, a través del “orden democrático básico en libertad”, ingresa en el “orden constitucional” que, a su vez, determina y “limita” la “libertad general de la acción humana”. La representación icónica muestra, más claramente que la descripción a través de símbolos verbales —por ejemplo bajo la forma de implicaciones tautológicas—, el grupo de reglas de tipo circular que se crea con las referencias retóricas. Muestra también que la “garantía general de libertad” sólo a través del esquema holístico del “orden básico”, es decir, del “orden de valores”, llega al “orden constitucional” que, como una barrera general de reserva, establece las competencias de acción del poder público. La garantía de libertad puede asumir sólo como elemento del orden la función dogmático-constitucional de garantía.

d) El círculo retórico no se limita al manejo del artículo 2, párrafo 1, de la LF. Dentro del marco del modelo de argumentación de ordenación teórica, ha obtenido el rango de un modelo general de argumentación que, desde luego, en la jurisprudencia posterior es recubierto

⁷⁰ Cfr. el resumen estadístico en: *Das Bundesverfassungsgericht 1951-1971*, 2a. ed., 1971, Karlsruhe, pp. 204 y ss.; cfr. las disposiciones de procedimiento en el § 93 a BVerfGE en la versión del 3 de febrero de 1971; ver, al respecto, Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, pp. 141 y ss.

con un estilo de argumentación que luego investigaremos dentro del marco del modelo de argumentación teórica del problema. En el ámbito de la argumentación de los derechos fundamentales es interesante e instructivo, sobre todo, el fallo acerca de la libertad de opinión y de la libertad profesional. Así, el Tribunal, invocando la importancia fundamental que la libertad de opinión tiene para el Estado democrático en libertad y desde el “punto de vista de este sistema constitucional”, afirma que las “leyes generales” (artículo 5, párrafo 2, de la LF), como reserva legal “en su efecto que limita el derecho fundamental”, tienen que ser vistas “a la luz de la importancia del derecho fundamental”, y caracteriza la “relación recíproca” entre derecho fundamental y reserva legal como una “interrelación”.⁷¹ En estas consideraciones se expresa claramente la conexión pragmática que existe entre garantía de libertad y reserva legal, y su inclusión en las sintaxis constitucional general. La hermenéutica metafórica es muy adecuada para nivelar los perfiles semióticos de la argumentación con la caracterización *ontologizante* de los procesos retóricos como relación recíproca; el Tribunal recuerda, de manera más clara aun que en la argumentación con respecto al artículo 2, párrafo 1, de la LF, la conexión fundamental entre los esquemas y su estructura de regla circular. Con respecto a una forma de hablar que vincula con el esquema “individuo-comunidad” que, como se ha expuesto, subyace a la dogmática tradicional de los derechos humanos, solamente una relación, caracterizada como “relación de tensión”, un modelo de argumentación que acepta relaciones funcionales que también pueden ser interpretadas de una manera teórico-sistemática más ambiciosa, significa, desde el punto de vista de la complejidad de las relaciones expuestas, un progreso retórico.⁷²

3. *Acerca de la validez semántica universal de la sintaxis general de la Constitución*

La argumentación dogmática de los derechos fundamentales, a través de la teoría de la interpretación de la garantía general de libertad, proporciona validez universal a la sintaxis constitucional general. Pero, con

⁷¹ Véase BVerfGE 7, 198, 208 y ss.; *cfr.*, también, el fallo del Primer Senado del 5 de agosto de 1966, acerca de la libertad de prensa (BVerfGE 20, 162, 176 y ss.), y el fallo del Primer Senado del 5 de junio de 1973, acerca de la libertad de radio y difusión (BVerfGE 35, 202, 222 y ss.)

⁷² Con respecto a la tensión “individuo-comunidad”, véase BVerfGE 4, 1, 15; 8, 274, 329; 27, 1, 7; 27, 344, 351. *Cfr.* la argumentación acerca de la libertad de profesión en BVerfGE 7, 337, 404; 13, 97, 104, en donde puede seguirse claramente el papel que juega la forma de argumentación teórico-problemática.

ésta no queda agotada la función generativa de la forma de argumentación holística en el ámbito de la dogmática de los derechos fundamentales. Con el fallo del Primer Senado del 15 de enero de 1958, el Tribunal da un paso más, que tiene enorme importancia para la teoría general de la Constitución.⁷³

El motivo de esta decisión es una demanda de inconstitucionalidad dirigida en contra de un fallo del Tribunal Regional de Hamburgo. El fallo había prohibido al demandante determinadas manifestaciones que tenían por objeto impedir una reaparición en público del director cinematográfico Veit Harlan, quien en la época nacionalsocialista había participado en la película antisemita “Jud Süß”. El Tribunal Regional basaba su fallo en la cláusula general del § 826 del Código Civil, por lo cual consideraba que estas manifestaciones violaban las “buenas costumbres”. El Tribunal Federal Constitucional revocó el fallo por lesionar el derecho fundamental del demandante a expresar libremente su opinión, pues el Tribunal de Hamburgo no había tenido en cuenta la especial importancia que también tiene este derecho fundamental cuando se producen conflictos con los intereses privados de otros.

a) Si uno se pregunta acerca del significado de esta “especial importancia”, se ve uno remitido a una pluralidad de giros que intentan reiteradamente caracterizar la función especial que corresponda a los derechos fundamentales. Se suele dar preferencia a expresiones del mundo empírico de la física y la biología. Así, el Tribunal habla continuamente de la influencia del derecho civil a través de los derechos fundamentales, es decir, del derecho constitucional.⁷⁴ También la argumentación menciona “directivas” e “impulsos” que reciben los portadores del poder público, del sistema axiológico fundamental.⁷⁵ Además, el Tribunal habla del “alcance”, del “efecto”, del “poder de radiación” de los derechos fundamentales.⁷⁶ Asimismo, habla del contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas que se desarrollan en el derecho privado a través de las prescripciones que dominan de manera inmediata este ámbito jurídico. Mientras que el nuevo derecho “tiene que estar de acuerdo con el sistema axiológico de los derechos fundamentales”, el derecho existente más antiguo está “orientado en su contenido hacia este sistema axiológico” del que fluye un contenido jurídico constitucional específico. De aquí resultan “modificaciones del

⁷³ Véase BVerfGE 7, 198 y ss.

⁷⁴ BVerfGE 7, 204 y ss.

⁷⁵ Véase BVerfGE 7, 205.

⁷⁶ Véase BVerfGE 7, 207.

derecho privado” que el juez debe tener en cuenta.⁷⁷ Para la “realización” de la influencia de los derechos fundamentales, sobre todo las cláusulas generales, se presentan a la jurisprudencia como “lugares de irrupción”.⁷⁸ Finalmente, el Tribunal señala que de la influencia específica de los derechos fundamentales sólo se sigue una competencia limitada de examen por parte del Tribunal Constitucional.⁷⁹

La forma de hablar metafórica y *ontologizante* nos es ya conocida en virtud de otras decisiones fundamentales para la estructura de la sintaxis constitucional. La mayoría de las veces, muestra la importancia que el Tribunal otorga a una argumentación, pero constituye también una referencia pragmática a las dificultades argumentativas con las que se ve enfrentado el Tribunal. El amontonamiento inusual de caracterizaciones icónicas, que hemos encontrado en la decisión anterior, es un argumento en favor de ambos aspectos.

El Tribunal abre a la sintaxis constitucional un campo de validez más amplio y trata, con ello, de superar las dificultades dogmáticas que surgen de la limitada función de garantía que corresponde a los derechos fundamentales, de acuerdo con el modelo tradicional de argumentación. El resultado es una forma de argumentación que ofrece una combinación de operaciones semánticas y pragmáticas, que se adecua al esquema de competencias de la actividad institucional del derecho y que está legitimada desde el punto de vista dogmático-constitucional. No puede desconocerse que de aquí surgen problemas para la estructura semiótica de los esquemas de los derechos fundamentales. De acuerdo con esta argumentación, son directivas que otorgan al individuo, con respecto a los encargados de tomar decisiones públicas, competencias de acción para hacer valer sus derechos; al mismo tiempo, son metaindicaciones para las codificaciones de los encargados de tomar decisiones públicas y, finalmente, reglas heurísticas para la jurisprudencia, que deben proporcionar las prescripciones semánticas de interpretación para el manejo de directivas de derecho privado y la creación de títulos jurídicos de derecho civil. Acerca de las funciones retóricas de los derechos fundamentales como metaindicación y regla heurística, el Tribunal establece vinculaciones semánticas con esquemas de acción del derecho privado, sin poner en tela de juicio la función de derecho público de los derechos fundamentales y la división procesal de competencias, a ellos vinculadas. La ampliación del ámbito semántico de validez de los derechos fundamentales no debe conducir a modificaciones profundas

⁷⁷ BVerfGE 7, 205 y ss.

⁷⁸ BVerfGE 7, 206.

⁷⁹ BVerfGE 7, 207.

de la relación entre las clases de los esquemas de acción de derecho público y de derecho privado que, como es sabido, constituye un índice significativo para la estructura de los sistemas sociales.⁸⁰ Por otra parte, la deseable influencia de la argumentación constitucional sobre el ámbito de acción organizado por el derecho privado, no debe ser postergada hasta la sanción de las correspondientes codificaciones legales. La tradicionalmente alta, aunque formalmente sólo limitada, valoración de la función “legislativa” de la jurisprudencia, encuentra aquí una confirmación expresa.⁸¹ Queda librado a los tribunales “hacer valer”, o sea “realizar”, el nuevo alcance semántico de los derechos fundamentales en el derecho privado, es decir, crear la compatibilidad retórica entre el esquema semiótico de directivas organizado por el derecho privado, y la sintaxis constitucional general. Además, la competencia dogmática de los tribunales proporciona la conexión con el modelo tradicional de argumentación, ya que, en tanto portadores públicos de decisión, pueden ser destinatarios de directivas de derecho fundamentales y poseer por ello, al mismo tiempo, capacidad pasiva de derechos fundamentales.

Para el individuo aumenta el derecho —imponible a través del Tribunal Constitucional— al manejo correcto de la competencia dogmático-constitucional. Esta argumentación proporciona un excelente ejemplo de la conexión retórica entre derecho material y derecho procesal, es decir, de la dependencia pragmática de la validez semántica del derecho constitucional con respecto al uso pragmático-operativo de signos institucionalmente garantizado.

En verdad, el Tribunal busca, a través de las llamadas cláusulas generales, adecuados puntos de vinculación operativos a fin de llevar a cabo, dentro de lo posible sin perturbación de la sintaxis del derecho, la deseada adecuación del uso semiótico.⁸² Es bien conocido el amplio

⁸⁰ Con respecto al carácter ideológico del dualismo entre derecho público y privado, *cfr.* Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, pp. 285 y ss.; con respecto al desarrollo histórico de esta distinción, *cfr.* Molitor, Erich, *Über öffentliches Recht und Privatrecht*, 1949, Karlsruhe, pp. 8 y ss. Con respecto a la función y a la problemática de esta distinción, *cfr.* Rupp, Hans Heinrich, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis*, Tübinga, 1965, pp. 234 y ss.

⁸¹ Esta línea es también seguida en otras decisiones. Con respecto a la jurisprudencia “que llena lagunas”, “creadora” y “correctora”, *cfr.* BVerfGE 34, 269, 287 y ss.

⁸² *Cfr.* el fallo de la Sala Primera del 26 de febrero de 1969 (BVerfGE 25, 256, 263), en donde es decisiva para la vinculación retórica del § 823 del Código Civil la cuestión de la antijuridicidad. Ella conduce a una vinculación aún más fuerte de la sintaxis constitucional con la sintaxis del derecho privado. Consecuentemente, el Tribunal habla también de una violación del *boycott* que aquí se

campo de decisión operativa que, por lo general, tales textos de la jurisprudencia ofrecen para la creación de codificaciones judiciales.

Cuán poco el Tribunal Federal Constitucional cuida las interpretaciones tradicionales de las cláusulas generales, se observa de una manera notoria en la argumentación con respecto al § 826 del Código Civil. El Tribunal, de acuerdo con la opinión tradicional, afirma que esta disposición, con la referencia a las “buenas costumbres”, se remonta a pautas extrajurídicas. Sin embargo, esto no impide al Tribunal exigir que en la interpretación de estos “mandatos sociales” se parta de la totalidad de las concepciones valorativas que el pueblo, a lo largo de su desarrollo cultural-espiritual, “ha fijado en la Constitución”.⁸³ Pero antes el Tribunal había expuesto que, en el caso del orden valorativo objetivado en la Constitución, se trata de una decisión “jurídico-constitucional” del legislador constitucional. Con esto, las pautas “extrajurídicas” de las “buenas costumbres” encuentran un límite insuperable en el derecho constitucional.⁸⁴ Pero, con respecto al ámbito de validez de la sintaxis constitucional, esto significa que se extiende a todas las directivas de comportamiento jurídicamente relevantes. La sintaxis constitucional adquiere, con respecto a las codificaciones sociales, una validez semántica universal.

b) Teniendo en cuenta este tipo de pretensiones ampliamente metateóricas, se presenta con mucha más claridad incluso la cuestión de saber cuál es el apoyo metodológico del Tribunal. Éste parte, por lo pronto, del contexto pragmático del análisis del problema, y a través de la confrontación de concepciones, de puntos de vista tradicionales y nuevos de la argumentación de los derechos fundamentales, que designa como extremos, crea un contraste retórico. De manera análoga al modelo de argumentación dialéctico —que investigaremos más en detalle en el marco del modelo de argumentación teórico—, el Tribunal practica una retórica de equilibrio que presenta al resultado, al mismo tiempo, como una “solución intermedia”. El Tribunal apoya la plausibilidad de su argumentación procurando elevar la probabilidad del consenso mediante el rechazo de puntos de vista “extremos”.

La vinculación retórica con la sintaxis constitucional general, proanaliza, en contra de la libertad garantizada por la Constitución. (Cfr. BVerfGE 25, 268).

⁸³ Véase BVerfGE 7, 206.

⁸⁴ De acuerdo con la argumentación del Tribunal Federal Constitucional la conexión retórica entre la “ley moral” y el “orden valorativo” es más estrecha de lo que opina Goerlich con respecto a la argumentación del Tribunal Federal en: BGHSt, 6, 46 y ss.; cfr. Goerlich, Helmut, *Wertordnung und Grundgesetz, Kritik Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden, 1973, p. 56.

porciona nuevamente los esquemas holísticos del “orden valorativo” y del “sistema valorativo” que, tanto a través de la función de diferenciación como de la función de integración, determinan la marcha de la argumentación: La LF no desea ser un “orden neutro al valor” sino que, en la parte dedicada a los derechos fundamentales, ha “establecido un orden valorativo objetivo”.⁸⁵ Precisamente aquí se expresa un “reforzamiento básico de la validez de los derechos fundamentales”. “Este sistema de valores, que encuentra su punto central en la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad humana y en su dignidad, tiene que valer, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, para todos los ámbitos del derecho.” La constatación del ámbito de validez de los derechos fundamentales se presenta con la pretensión de una categórica expectativa de consenso. La conexión implicativa que el Tribunal establece entre esta constatación y los esquemas holísticos despierta la impresión de que esta constatación surge, en tanto juicio analítico, de manera lógicamente obligatoria de las reglas del uso semántico de estos esquemas o de su carácter como decisión fundamental. El intento de una interpretación semántica se lleva a cabo en la medida en que el Tribunal remite a algunos esquemas destacados de la Constitución. Pero no es posible ver de qué manera estas referencias pueden contribuir, sin ayuda adicional de interpretación, a obtener o a confirmar un enunciado acerca del alcance semántico de los derechos fundamentales. Las referencias semánticas no deben engañarnos y hacernos creer que los argumentos decisivos son tomados del contexto pragmático de la sintaxis constitucional. A diferencia de las argumentaciones acerca de la “garantía general de libertad”, el “sistema valorativo” es calificado aquí igualmente como “decisión fundamental” del legislador constitucional; con ello, se refuerza el carácter fundamental de este sistema para la existencia y la capacidad de función de la organización de los contextos sociales de acción.⁸⁶ Al igual que allí, esta retórica fundamental prescinde de la argumentación de detalle. Lo que quiere expresar es que se pondría en tela de juicio la jerarquía fundamental del orden valorativo si no pudiera pretender validez ilimitada para todos los ámbitos del derecho. La Constitución puede sólo cumplir su función integradora si vale para todas las relaciones jurídicas del sistema social. No puede negarse que esta argumentación es adecuada para la efectivización de los derechos fundamentales y para aumentar la función integradora de la Constitución que, tal como se ha

⁸⁵ Véase BVerfGE 7, 205.

⁸⁶ Véase BVerfGE 6, 41, en comparación con BVerfGE 7, 205.

expuesto, se expresa, sobre todo, en los esquemas holísticos de la sintaxis de la Constitución. La retórica fundamental responde al rango fundamental que otorga el Tribunal a la ampliación de la función comunicativa de los derechos fundamentales para la construcción de la sintaxis constitucional general.

No puede excluirse el hecho de que para el resultado del fallo que aquí consideramos, y que contribuyó a la imagen alemana en la época de posguerra, también hayan jugado un papel decisivo puntos de vista pragmáticos del contexto de la situación del caso. Sin embargo, ello no se opone al rango de la consideración metateórica, que fuera presentada a guisa de ejemplo.

Más bien, como resultado hay que constatar lo siguiente: El fallo representa otra modificación del modelo de argumentación tradicional de la dogmática de los derechos fundamentales. Concibe a los derechos fundamentales no sólo como regulaciones de mecanismos de competencia general y pública, sino también individual y privada: extiende las funciones dogmático-constitucionales más allá del esquema individuo-comunidad que subyace al derecho público, al ámbito de los esquemas de acción organizados por el derecho privado. Con ello, la validez semántica de la sintaxis constitucional general es extendida a todas las relaciones de derecho público y privado. Como éstas constituyen clases complementarias de contextos de acción, la sintaxis constitucional vale para la clase de todas las relaciones jurídicas. La sintaxis general de la Constitución adquiere el rango de un esquema directivo de signos que proporciona, para todos los ámbitos del derecho, prescripciones obligatorias de validez e interpretación. De esta manera, la sintaxis general de la Constitución dispone de argumentos y criterios no refutables, para la creación y utilización de decisiones jurídicas. Si uno toma en cuenta la pretensión holística que el Tribunal vincula con el catálogo de argumentos irrefutables, podemos hablar entonces de la construcción de una “teoría básica del derecho positivo”, de tipo dogmático-constitucional.

La teoría jurídica se enfrenta, en parte críticamente, con la argumentación del Tribunal Federal Constitucional en el llamado efecto “mediato” ante terceros de los derechos fundamentales.⁸⁷ No es tarea de este análisis examinar hasta qué punto el modelo de argumentación del Tribunal es deseable como esquema para la solución del problema o hasta qué punto podría ser reemplazado por mejores construcciones. Lo que

⁸⁷ Cfr. Rupp, Hans Heinrich, “Verfassungsrecht und Kartelle”. *Wettbewerb als Aufgabe*, editado por E.J. Mestmäcker, Bad Homburg, 1968, pp. 187 y ss., 190 y ss.

importa es mostrar la función metateórica fundamental que esta argumentación ha adquirido con respecto a la sintaxis constitucional. Ella no queda afectada por el hecho de que la jerarquía política de las decisiones que se apoyan en esta argumentación sea quizás similar a la de otras decisiones.⁸⁸ Pero ha resultado un modelo de argumentación que contribuye decididamente a fundamentar la pretensión teórico-básica de la sintaxis general de la Constitución. Hasta hoy no se ha abandonado esta pretensión.

c) Desde luego, pareció que la Sala Primera en el llamado “Fallo *Mephisto*” —en el que, con igualdad de votos, rechazó una demanda de inconstitucionalidad en contra de la prohibición judicial de publicar el libro de Klaus Mann *Mephisto-Roman einer Karriere*— estaba dispuesta a revisar la hasta entonces existente jurisprudencia.⁸⁹

Respecto al principio constitucional de la “proporcionalidad”, el Tribunal manifiesta que éste no se aplica aquí, ya que para evaluar la base y el monto de una pretensión de derecho civil, no podrían utilizarse adecuadamente los requerimientos que hay que observar cuando se interviene en la esfera de la libertad del individuo.⁹⁰ Esta afirmación generalizada es ciertamente equívoca. Pues la decisión obtiene su legitimación a partir de la argumentación acerca de la validez ampliada de los derechos fundamentales. Intenta más bien, dentro del marco del complicado modelo de argumentación, presentar una diferenciación que tome en cuenta las distinciones estructurales de los ámbitos del derecho organizados de acuerdo con distintos esquemas de acción, pero que también responda a los esfuerzos de pretender para sí una competencia limitada en el examen de las decisiones de los tribunales civiles.⁹¹ Los argumentos pragmático-operativos jugaron un papel tan grande en la decisión, que uno de los tres jueces que habían aceptado una violación de la Constitución por parte de los tribunales civiles, utilizó la oportunidad que le brindaba el derecho constitucional y adoptó una “opinión divergente” en este caso.⁹² Que esta decisión no significó ninguna modificación profunda de la jurisprudencia, se vio también en el fallo de la Sala Primera del 5 de junio de 1973.⁹³ En este fallo, el Tribunal dejó

⁸⁸ Cfr. BVerfGE 7, 230 y ss.; 12, 113 y ss.; 18, 85 y ss.; 22, 93 y ss.; 24, 278 y ss.; 25, 256 y ss.; 30, 173 y ss.; 32, 311 y ss.; 42, 143, 147 y ss.

⁸⁹ Fallo de la Sala Primera del 24 de febrero de 1971 (BVerfGE 30, 173 y ss.)

⁹⁰ Véase BVerfGE 30, 173, 199 y ss.

⁹¹ Véase al respecto, Rupp, Hans Heinrich, “Zum Mephisto Beschluss des Bundesverfassungsgerichts”, *DVBl*, 1972, pp. 66 y ss.

⁹² Véase BVerfGE 30, 200-227.

⁹³ Véase BVerfGE 35, 202, 219 y ss.; cfr., también, el fallo de la Sala Primera del 11 de mayo de 1976 (BVerfGE 42, 143, 147 y ss.)

sin efecto, entre otras cosas, fallos de la justicia civil, debido a una violación de los derechos fundamentales y dictó una medida cautelar. El Tribunal entra en una amplia argumentación jurídico-constitucional y evalúa aquí también sus propias constataciones fácticas. Para eliminar toda duda, establece claramente que utiliza su competencia en una medida que no excluye que, como base para el fallo jurídico-constitucional, realice también sus propias constataciones.

4. *Acerca de la ampliación subsiguiente del alcance semántico y pragmático de la sintaxis general de la Constitución*

a) La estructura holística de la sintaxis constitucional general ofrece, además, al Tribunal un motivo para ampliar la validez semántica de los derechos fundamentales no sólo con respecto al alcance de los esquemas de acción y de los ámbitos del derecho, sino también para ampliar los *modi* de las funciones dogmático-constitucionales y completar la función positiva de rendimiento de la tradicional función negatoria de defensa mediante una función de rendimiento positiva. Aquí cabe mencionar, sobre todo, los fallos de la Sala Primera sobre la cuestión de la limitación de ingreso a las universidades y la libertad de la ciencia y de los “grupos universidad”.⁹⁴ Estos fallos colocan nuevos acentos y se manifiestan expresamente a favor de una “autorización de participación” del individuo en las tareas estatales.

La referencia semántica con respecto a la garantía de la libertad se mantiene en la medida en que la función de rendimiento es presentada dentro del marco del argumento holístico de la seguridad de la libertad. Si las decisiones que, a través de la validez ampliada de los derechos fundamentales, introdujeron las teorías de interpretación en el campo de la argumentación, se encontraban aún claramente por debajo de las exigencias pragmáticas de los primeros años, la nueva jurisprudencia acerca de la función de garantía modificada es una respuesta al cambio de las expectativas sociales y a las mayores exigencias con respecto a la seguridad económica e institucional de las oportunidades individuales de vida. Estas modificaciones dominan no sólo la escena política sino que también se han convertido en un tema central y controvertido del análisis dogmático de los derechos fundamentales en la teoría jurídica.⁹⁵

⁹⁴ Cfr. el llamado “fallo del *Numerus Clausus*”, del 18 de julio de 1972 (BVerfGE 33, 303, 332 y ss.); fallo del 29 de mayo de 1973 (BVerfGE 35, 79, 115 y ss.); ver también BVerfGE 43, 291, 313 y ss.

⁹⁵ Cfr. Martens, Wolfgang, “Bericht zu: Grundrecht im Leistungsstaat”, *VVDStRL*, 30, 1972, pp. 7 y ss.

En las decisiones mencionadas, que fueron esperadas en un clima de gran tensión, no pueden dejar de percibirse las coacciones pragmáticas de la situación del caso. Si dentro del marco del alcance pragmático de las decisiones se toma en cuenta la situación del análisis político y jurídico-dogmático, se ve que el Tribunal mismo ofrece nuevamente, aun corriendo el peligro de argumentaciones que pueden ser malentendidas, una “solución media” de una retórica concebida como un factor de equilibrio. El desarrollo de esta jurisprudencia aún no puede preverse. Tiene un enorme interés actual desde el punto de vista político-social y político-constitucional. Como se trata aquí de modificaciones “de contenido”, es decir, de interpretaciones semánticas de la sintaxis constitucional, tienen reducida importancia para la estructura metateórica de la sintaxis constitucional, que es la que aquí interesa. Por ello, no es necesario seguir profundizando este análisis.

b) Finalmente, la retórica holística fundamental sirve para asegurar el alcance pragmático de los derechos fundamentales frente a un posible recorte a través del derecho comunitario de la comunidad europea. La discutida cuestión acerca de la relación de validez de los derechos fundamentales con respecto a la validez del derecho comunitario en caso de un conflicto de normas es respondida, para el ámbito nacional, en favor de los derechos fundamentales.⁹⁶ Esta decisión, que ha sido fuertemente criticada, se encuentra en la misma línea de la hasta entonces practicada argumentación teórica. De manera precisamente ejemplar, se preocupa el Tribunal por los esquemas holísticos de la “totalidad de la Constitución” y del “orden valorativo” ya presentados y por su función pragmática de identificación, a fin de que no sean puestos en peligro por instituciones interestatales. Tampoco el artículo 24 de la LF puede modificar la “estructura básica de la Constitución sobre la que se basa su identidad”.

Esta decisión confirma la función retórica fundamental de la argumentación sistemológica para la construcción de una sintaxis constitucional general y su estabilización pragmática frente a posibles limitaciones por otros sistemas jurídicos divergentes en este punto.⁹⁷

5. *Acerca del esquema holístico “sistema valorativo”*

El análisis ha proporcionado ya alguna información acerca de las

⁹⁶ Fallo de la Sala Segunda del 29 de mayo de 1974, con una “opinión en disidencia” (BVerfGE 37, 271, 291).

⁹⁷ De acuerdo con este resultado Rupp, Hans Heinrich, “Zur Bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gemeinschaftsrechts am Maßstab der Grundrechte”, NJW, 1974, pp. 2152-2156.

diferentes funciones retóricas que tienen los esquemas holísticos “orden” y “sistema” para la argumentación situacional y para la construcción de una sintaxis constitucional general. Ha mostrado también que se los prefiere utilizar en vinculación con el esquema “valor”. De manera excelente, los esquemas “orden valorativo” y “sistema valorativo” intervinieron en la argumentación metateórica acerca del alcance semántico universal de la sintaxis constitucional general. El Tribunal, en el fallo fundamental del 15 de enero de 1958, utilizó una forma de hablar que ha hecho surgir la duda acerca de si no toma como punto de partida diferentes órdenes valorativos o sistemas valorativos de la Constitución.⁹⁸ Pues en esta decisión, tal como se ha expuesto, el Tribunal manifiesta que la LF “en su sección sobre derechos fundamentales ha establecido un orden valorativo objetivo”; también habla del “sistema valorativo de los derechos fundamentales”.⁹⁹ La misma forma de expresarse se encuentra, por ejemplo, en decisiones posteriores que se ocupan de cuestiones de la validez de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de derecho privado y que expresamente se refieren al fallo fundamental ya mencionado.¹⁰⁰

Esta forma de hablar sería de considerable importancia para la construcción metateórica de la sintaxis constitucional general si dividiera el campo de argumentación en varios contextos retóricos independientes los unos de los otros. Sin embargo, para esta suposición no basta el uso ocasional del lenguaje que se refiere a un “sistema valorativo de los derechos fundamentales”. Como lo han mostrado las investigaciones anteriores, los esquemas holísticos son utilizados para todas las dimensiones semióticas de la argumentación. Por consiguiente, con respecto a la respectiva función retórica, tanto del esquema de orden como del esquema de sistema, el contexto de la decisión de este caso es el único que puede dar una información segura.

Es obvio que el Tribunal utiliza el esquema “sistema valorativo de los derechos fundamentales” en los textos de las mencionadas decisiones como regla pragmática que remite a la función fundamental dogmático-constitucional de los derechos fundamentales. Esta utilización queda así dentro del marco de las variaciones retóricas de las formas de argumentación holística. El uso situacional de los esquemas no puede reducir el rango retórico presupuesto en el uso general metodológico, en tanto reglas holísticas de argumentación, que también afectan la creación de contextos de argumentación sintácticos.

⁹⁸ Cfr. Müller, Friedrich, *Juristische Methodik*, pp. 48 y ss.

⁹⁹ Véase BVerfGE 7, 198, 205, 220.

¹⁰⁰ Véase BVerfGE 25, 256, 263; cfr., también, BVerfGE 37, 57, 65.

Pero los esquemas holísticos perderían su función retórica fundamental para la construcción de una sintaxis constitucional general si estuvieran basados en otros contextos de argumentación de la sintaxis constitucional, independientes en tanto esquemas semióticos. De acuerdo con los textos que hasta ahora existen, no es de suponer que el Tribunal, con la clasificación del sistema valorativo, haya querido limitar el contexto con respecto a la sintaxis constitucional general. Esto vale, sobre todo, para la relación del “sistema valorativo de los derechos fundamentales” con el esquema del “orden fundamental democrático en libertad”, que ha demostrado ser una excelente regla retórica para la creación de una sintaxis constitucional general. Esta regla presenta a la “dignidad humana”, a la “libertad” y a la “igualdad”, como también a los “derechos humanos concretados” por la LF, como elementos de este orden y como “valores básicos”, “supremos” y “permanentes” del Estado constitucional de democracia en libertad.¹⁰¹

El Tribunal no delimita la clase de los esquemas seleccionados y se reduce a presentar un catálogo mínimo.¹⁰² Desde luego, el catálogo no es inequívoco. Mientras que en el mencionado fallo el “orden básico de democracia en libertad” es equiparado a los “valores básicos supremos” y este orden abarca tanto “valores básicos” como “principios básicos” —que decisiones anteriores presentaban como “principios constitucionales elementales” y como “decisiones básicas”—, estos principios y decisiones básicas son presentados en el texto fundamental acerca de la garantía de la libertad general de acción, de una manera aditiva con respecto al “orden básico de democracia en libertad”.¹⁰³ El contexto pragmático puede ofrecer aquí una explicación en la medida en que al Tribunal lo que le interesaba era la demostración de la jerarquía dogmático-constitucional de los derechos fundamentales, para lo cual bastaba vincularlos con el esquema holístico del “orden básico de democracia en libertad”.

El asunto se vuelve más complicado desde el momento en que el Tribunal habla de los “valores fundamentales supremos del orden básico de democracia en libertad como orden valorativo jurídico-constitucional”. De acuerdo con esta forma de expresión, los “valores fundamentales supremos” pueden ser concebidos también como clase parcial de los esquemas que constituyen el orden fundamental. Evidentemente, esta apariencia es debilitada luego con la oposición “como orden valorativo jurídico-constitucional”, aunque no queda eliminada ya que ambos es-

¹⁰¹ Véase BVerfGE 2, 1, 12 y ss.

¹⁰² BVerfGE 2, 1, 12.

¹⁰³ Véase BVerfGE 1, 2, 18, 32 y ss., y BVerfGE 6, 32, 40 y ss.

quemados vinculados genitivamente como argumentadores para el functor proporcionado indexicalmente, son los que interesan.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, tanto en este texto como en los de decisiones anteriores, falta una referencia a un sistema valorativo especial de derechos fundamentales y que la decisión del 7o. tomo, que es la primera que contiene esta referencia, menciona expresamente fallos anteriores que se han ocupado de cuestiones del orden valorativo y del sistema valorativo.¹⁰⁴

También, a menudo en los fallos posteriores, en el uso de los esquemas holísticos de valor, falta una referencia semántica limitante a la sección sobre los derechos fundamentales, y también falta cuando se trata del uso semántico de los textos de esta sección. Así, por ejemplo, el Tribunal habla del “orden valorativo” o del “sistema valorativo” de la Constitución,¹⁰⁵ del “orden general valorativo de la Constitución”.¹⁰⁶ de la “decisión valorativa de la Constitución”,¹⁰⁷ del “orden valorativo jurídico-constitucional”, del “orden general valorativo de la LF”,¹⁰⁸ del “sistema valorativo de la Constitución”,¹⁰⁹ de los “valores centrales del orden constitucional”, de los “valores fundamentales de la Constitución”,¹¹⁰ del “orden valorativo de la LF” o del “orden valorativo legal fundamental”,¹¹¹ de la “unidad de la Constitución” y de todo el “orden valorativo”¹¹² protegido por ella, o de las “concepciones valorativas que son inmanentes al orden jurídico constitucional”.¹¹³

En los textos de las decisiones contenidas en BVerfGE 30, 173 y 193, y BVerfGE 32, 98 y 108, se utilizan, por ejemplo, ambas expresiones la una al lado de la otra. En el mismo contexto de argumentación, el Tribunal habla tanto del “orden valorativo legal fundamental” y de la “unidad de este sistema valorativo fundamental” como así también del “sistema valorativo de los derechos fundamentales” y de la “dignidad del hombre” en tanto valor supremo que domina todo el “sistema valorativo de los derechos fundamentales”.¹¹⁴ Se refiere aquí también a la argu-

¹⁰⁴ BVerfGE 7, 205, con referencia a BVerfGE 2, 1, 12; 5, 85, 134 y ss.; 6, 32, 40 y ss.

¹⁰⁵ Véase BVerfGE 19, 394, 396; 23, 191, 202; 24, 119, 144.

¹⁰⁶ Véase BVerfGE 10, 59, 81; *cfr.*, también, BVerfGE 19, 396.

¹⁰⁷ *Cfr.* BVerfGE 10, 302, 322.

¹⁰⁸ BVerfGE 12, 1, 4.

¹⁰⁹ Véase BVerfGE 25, 167, 179; 35, 202, 225.

¹¹⁰ BVerfGE 25, 167, 181; fallo del Segundo Senado del 4 de marzo de 1976.

¹¹¹ Véase BVerfGE 27, 1, 6; 27, 18, 29.

¹¹² Véase BVerfGE 28, 243 y ss.

¹¹³ Véase BVerfGE 34, 269, 287.

¹¹⁴ Con respecto al “sistema del orden jurídico”, véase BVerfGE 34, 269, 292; *cfr.*, también, BVerfGE 33, 23, 29.

mentación ya presentada en BVerfGE 6, 32 y 41, que precisamente no conoce esta forma limitante de hablar, sino el esquema del “orden valorativo jurídico-constitucional”, como así también la dignidad del hombre en tanto valor supremo en la “Ley Fundamental”. En estas decisiones, con la ayuda de los esquemas holísticos, el Tribunal procura establecer una conexión retórica especial entre las garantías de la libertad en cuestión, la libertad artística o la libertad de creencia religiosa y la “dignidad del hombre”. Sin embargo, subraya, al mismo tiempo, la función dogmático-constitucional fundamental del esquema holístico que permite ciertas limitaciones, aun de derechos fundamentales en sí ilimitables. Finalmente, cabe mencionar una argumentación en la que el Tribunal, en conexión con las disposiciones de la LF, habla de la prohibición de asociaciones y partidos contrarios a la Constitución y de la realización de derechos fundamentales por “un orden valorativo democrático” y por un “orden valorativo legal fundamental”.¹¹⁵ Aquí también es imposible no percibir que el esquema holístico entra en una relación pragmática con respecto a las directivas constitucionales acerca de las formas de comportamiento político.

Si se comparan los ejemplos mencionados, se ve claramente que con la caracterización de los esquemas valorativos holísticos se establecen conexiones retóricas especiales con los respectivos textos constitucionales en cuestión. Pero también se muestra que no se renuncia a la vinculación con la sintaxis constitucional general. El esquema holístico “sistema valorativo” se presenta, según el contexto pragmático respectivo, en diferentes declinaciones retóricas que actualizan relaciones en parte pragmáticas y, en parte, sintácticas, sin limitar, sin embargo, la conexión holística total de la sintaxis constitucional general. A ello se agrega el hecho de que el Tribunal se complace en aplicar el esquema de valor al texto calificado como oraciones de derechos fundamentales. Pues precisamente en la decisión fundamental, en BVerfGE 2, 1, 12 se aplicó a tales textos el esquema “principios fundamentales”. Como lo ha mostrado, sobre todo, la forma de hablar de los principios constitucionales elementales y de las decisiones fundamentales tomadas de la “totalidad del contenido de la Constitución”, los esquemas holísticos no están ligados a una combinación con los esquemas de valor.¹¹⁶ Más bien, a través de esquemas especialmente seleccionados, tales como “dignidad”, “libertad” e “igualdad”, los valores participan en la función constitutiva de la construcción de una sintaxis constitucional general. Esto puede explicar por qué el Tribunal, en el mismo contexto de argumentación,

¹¹⁵ Véase BVerfGE 13, 46, 50 y ss.

¹¹⁶ Véase, sobre todo, BVerfGE 1, 14, 32.

hable tanto del “sistema valorativo de la Constitución” como del “sistema valorativo de derechos fundamentales”. Este último constituye, en todo caso, un subsistema de la sintaxis constitucional general creada por esquemas fundamentales.¹¹⁷

Si se intenta establecer una relación de clase entre los contextos de argumentación creados a través del diferente uso de los esquemas holísticos, entonces entre el sistema valorativo de los derechos fundamentales y la sintaxis constitucional general existe la relación de inclusión. Pero, más importante es la relación entre los esquemas destacados en este sistema y los otros conjuntos de signos fundamentales, que constituye la estructura teórico-ordenativa de la sintaxis constitucional general, tales como los “principios elementales”, los “principios fundamentales” o las “decisiones fundamentales”. De acuerdo con la forma de hablar del Tribunal, no se trata aquí de clases complementarias sino de la relación disyuntiva de clases de la asociación, ya que los “valores supremos” pueden ser también “principios fundamentales”.

Estas conexiones quedan ocultas si uno vincula la función fundamental teórico-ordenativa únicamente con el esquema holístico “sistema valorativo”. Sólo entonces se plantea la cuestión acerca de una estructura sistemática pluralista de la sintaxis constitucional.¹¹⁸ También el especial interés que despiertan en la teoría del derecho la argumentación valorativa del Tribunal Federal Constitucional y la jurisprudencia con respecto a los derechos fundamentales, ha conducido a exagerar en mucho la importancia que corresponde al esquema del valor para la construcción de una sintaxis constitucional general.¹¹⁹

¹¹⁷ Por ello Wittig rechaza con razón la objeción de que el Tribunal establece una oposición entre el “sistema de derechos fundamentales” y el sistema de organización del Estado; *cfr.* Wittig, Peter, “Bundesverfassungsgericht und Grundrechtssystem”, *Festschrift für Gebhard Müller. Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts*, editado por Theo Rittersbach y Willi Geiger, Tubinga, 1970, pp. 575 y ss., 579 y ss.

¹¹⁸ *Cfr.*, al respecto, Hesse, Konrad, *op. cit.*, pp. 125 y ss., quien critica la contraposición del sistema de valores de los derechos fundamentales y el sistema de valores jurídico-constitucional, como una contradicción o como un pluralismo de system”, *Festschrift für Gebhard Müller. Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des* y habla hasta de una dicotomía del orden valorativo.

¹¹⁹ *Cfr.* la crítica de Forsthoff, Ernst, “Zur Problematik der Verfassungsauslegung”, *Rechtstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973*, 2a. ed., Munich, 1976, pp. 153 y ss.; Luhmann, Niklas, *Grundrechte als Institution*, esp. pp. 213 y ss.; Goerlich, Helmut, *op. cit.*, quien critica duramente la aplicación de los esquemas “orden valorativo”, “sistema valorativo” y las concepciones valorativas en la argumentación del Tribunal Federal Constitucional, ya que carecen de legitimación y, debido a su indeterminación de contenido, poseen carácter de arcanos.

6. *Visión general acerca de la utilización de los esquemas holísticos “orden” y “sistema”*

Entre las reglas holísticas, los esquemas “orden” y “sistema” ocupan una posición privilegiada. Esto se mostró no sólo en su utilización en conexión con la argumentación valorativa y en la constitución de la sintaxis constitucional general. A menudo se presentan en conexión con otros esquemas de argumentación:

a) Se tiene gran predilección, sobre todo, por una combinación tal como la que se da en “orden jurídico”, “orden constitucional”, “orden de Estado de derecho”, “orden estatal”; también se encuentra el “orden social justo”. Además, hay un “orden unitario de la vida política y social en la comunidad estatal”. Cabe mencionar también el “orden de derecho civil” o la “estructura del orden del derecho civil” o expresiones tales como la “legalidad interna y el orden de un ámbito de la vida” o el “orden de las relaciones interhumanas.”¹²⁰

Como lo muestran estos ejemplos, los esquemas son utilizados totalmente como signos metalingüísticos. Las funciones semióticas varían según el contexto. El signo se presenta como abreviatura sintáctica para la designación de clases de proposiciones jurídicas o apunta a la estructura de reglas de complejos de signos tales como un “orden jurídico”, “orden estatal” u “orden constitucional”. Existe, además, la utilización que se refiere a enunciados acerca de legalidades objetivas, tales como el “orden de un ámbito vital”. La característica retórica común es la transmisión muy abreviada, a veces apoyada emotivamente, de las conexiones holísticas de signos.

b) Algo similar encontramos en la aplicación del esquema “sistema”. Para poder dar una idea de la frecuencia y de la amplitud de variación de esta forma de utilización basta mencionar algunos ejemplos. La argumentación conoce el “sistema de la protección de la Constitución en la LF”,¹²¹ el “sistema de la Constitución parlamentaria-democrática”,¹²² el “sistema legal fundamental de la recíproca inhibición y del equilibrio de los poderes del Estado”,¹²³ el “sistema de la jurisdicción constitucional”,¹²⁴ el “sistema del control de bancos”,¹²⁵ el “sistema total”

¹²⁰ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 1, 236; 5, 389; 6, 91; 7, 404; 8, 221; 9, 80; 9, 281; 9, 349; 10, 123; 12, 41; 12, 236; 13, 79; 13, 348; 15, 232; 15, 318; 19, 215; 22, 180; 24, 147.

¹²¹ Véase BVerfGE 2, 160.

¹²² Véase BVerfGE 2, 151.

¹²³ Véase BVerfGE 5, 85 y ss., *Leits.* 10.

¹²⁴ Véase BVerfGE 13, 94.

¹²⁵ Véase BVerfGE 14, 202.

del seguro social,¹²⁶ del derecho de seguro social,¹²⁷ del derecho del impuesto a los réditos o del impuesto a las ganancias,¹²⁸ el “sistema del impuesto eclesiástico”,¹²⁹ el “sistema electoral”,¹³⁰ o el “sistema de instancias”,¹³¹ o también el “sistema de una economía fundamentalmente libre”.¹³²

El esquema juega un papel muy destacado en el manejo del principio de igualdad. Entre la gran cantidad de fallos pueden mencionarse el del 16 de junio de 1959 y el del 25 de julio de 1960, ya que ellos son especialmente ilustrativos con respecto a la utilización de este esquema.¹³³

Los textos remiten al legislador al “orden” de los ámbitos vitales como un “complejo coherente de la vida social y que se (distingue) —tal como ocurre en el derecho hasta ahora existente— de otros, como una unidad”.¹³⁴ Se plantea la cuestión de si una disposición en un “sistema de legislación”, en este “orden total”, es “adecuada al sistema” o “expresa de manera característica las ideas fundamentales del sistema”. En una comparación con el orden de otros ámbitos vitales, es grande la importancia de una determinación dentro de diferentes “sistemas de orden”; también hay que preguntarse si “no deja de tener sentido una determinación a partir del propio sistema”.¹³⁵

La utilización del esquema de sistema es, al igual que la del esquema de orden, sumamente variable. Es aplicada tanto en directivas de acción, como en enunciados acerca de conexiones objetivas, sin mantener una distinción muy clara entre este uso tan diferente. En la expresión “sistema de orden”, se intenta vincular semánticamente ambas formas de aplicación. Más claramente que en el esquema “orden” aparece aquí la función semiótica de representación de comportamientos de signos o de otros hechos empíricos como totalidades estructuradas de acuerdo con reglas y que se delimitan frente a otras conexiones de comunicación. Sigue con ello, el modelo de uso que ya conocemos para los esquemas holísticos, en el sentido de expresar funciones de la estructuración sintáctica y de la diferenciación pragmática. La estructuración sintáctica

¹²⁶ Véase BVerfGE 11, 112.

¹²⁷ Véase BVerfGE 14, 318.

¹²⁸ Véase BVerfGE 9, 243; 19, 197.

¹²⁹ Véase BVerfGE 19, 274.

¹³⁰ Véase BVerfGE 12, 27.

¹³¹ Véase BVerfGE 18, 396.

¹³² Véase BVerfGE 18, 327.

¹³³ Véase BVerfGE 9, 338, 349; 11, 283, 293.

¹³⁴ La función heurística de estos esquemas es, sobre todo, tratada en la Metodología de Müller, Friedrich, *Juristische Methodik*, pp. 117 y ss.

¹³⁵ Cfr., también, BVerfGE 13, 340 y ss.; 15, 318.

conoce aquí también esquemas que se distinguen especialmente a causa de su función constitutiva para el complejo semiótico presentado.

Desde luego, no deja de sorprender cuán generosamente el Tribunal se maneja con esquemas que, en el lenguaje especializado, son usados de una manera sumamente exigente en lo que respecta a las condiciones limitantes de su uso. El esquema responde perfectamente a la necesidad de caracterizar contextos complejos y complicados de estado de cosas de manera muy abreviada y de vincularlos, al mismo tiempo, como *topoi* manejables, con la sintaxis constitucional general. También en esta forma de hablar, juega su papel la necesidad de presentar al principio de igualdad como un instrumento justiciable de la dogmática constitucional. Traslada estados de cosas empíricos-sociales y referencias directivas de comunicación a un esquema de totalidades de acción y de signos. El contexto social de la sintaxis constitucional se presenta pues como contexto de experiencia y de acción diferenciado de acuerdo con unidades semióticas relativamente independientes. Los criterios para esta diferenciación tienen una considerable influencia en la estructura de la comunicación social, relevante para la argumentación constitucional. Por ello, cabe preguntarse quién la introduce en la argumentación. Es fácil ver que el Tribunal se atiene, en gran medida, a las clasificaciones tradicionales de la materia jurídica y sigue los puntos de vista de la diferenciación de las codificaciones. Según ello, el legislador tiene una “competencia retórica” y, al mismo tiempo, le cabe la preparación de la comunicación holística.¹³⁶

7. *Visión general acerca de la utilización de otros esquemas con funciones holísticas*

a) Para poner aún más de manifiesto hasta qué punto la forma holística de hablar es característica del estilo de argumentación del Tribunal Federal Constitucional, conviene indicar finalmente las otras numerosas expresiones con funciones holísticas. Así, por ejemplo, el Tribunal Federal Constitucional exige que en la interpretación de la LF se parta de la “armonía interna de la obra constitucional”,¹³⁷ o con respecto a la relación jurídico-estatal entre la Federación y los *Länder*, el Tribunal habla de la “homogeneidad del orden constitucional”¹³⁸ o

¹³⁶ Cfr., con respecto al concepto de “*rethorische Kompetenz*”, cap. 6, inciso 6, letra B.

¹³⁷ Véase BVerfGE 6, 361.

¹³⁸ Véase BVerfGE 1, 236; 9, 279.

de la importancia de la opinión pública en “el organismo total de una democracia en libertad”.¹³⁹

b) También gozan de gran predilección expresiones tales como “ámbito jurídico”, “ámbito objetivo” o la expresión “imagen” para indicar conexiones semánticas. Así, existe la “imagen del hombre en la LF”,¹⁴⁰ la “imagen total del procedimiento jurídico-social”,¹⁴¹ la “imagen de la vinculación de varios y esencialmente similares intereses empresariales” en el derecho de las sociedades anónimas,¹⁴² la “imagen rectora” de una norma¹⁴³ o también la “imagen profesional”, que suele usarse en el lenguaje especializado.¹⁴⁴

c) En un análisis de las estructuras holísticas del campo de la argumentación, no puede faltar una referencia a aquellos signos metalingüísticos que clasifican a las estructuras políticas de organización de acuerdo con propiedades abstractas. Nuevamente la forma de hablar del Tribunal Federal Constitucional es sumamente variada e indica una serie de combinaciones de esquemas en donde los diferentes signos cambian, la mayoría de las veces, de *status* sintáctico, sea como nombre o como icono, como argumento o como functor. Aquí cabe mencionar, sobre todo, expresiones tales como “democracia en libertad”,¹⁴⁵ “Estado democrático en libertad”,¹⁴⁶ el “Estado democrático”,¹⁴⁷ la “democracia viviente”,¹⁴⁸ el “orden estatal democrático en libertad”,¹⁴⁹ el “orden estatal en libertad”,¹⁵⁰ o expresiones vinculadas a términos técnicos tales como “Estado de derecho liberal-burgués”,¹⁵¹ “democracia parlamentaria liberal-representativa”¹⁵² o “democracia representativa-liberal”,¹⁵³ “democracia moderna de partidos estatales”,¹⁵⁴ “moderna democracia de masas”.¹⁵⁵

¹³⁹ Véase BVerfGE 12, 130.

¹⁴⁰ Véase BVerfGE 4, 15; 6, 36; 24, 144.

¹⁴¹ Véase BVerfGE 9, 136.

¹⁴² Véase BVerfGE 14, 273.

¹⁴³ Véase, por ejemplo, BVerfGE 10, 79; véase, también, BVerfGE 5, 196 y ss.

¹⁴⁴ Véase, por ejemplo, BVerfGE 7, 397; 13, 117; 17, 241. Véase, con respecto a expresiones como “*Rechtsbereich*” o “*Sachbereich*”, por ejemplo, BVerfGE 7, 205; 15, 326; 24, 228 en vinculación con BVerfGE 6, 81.

¹⁴⁵ Véase, por ejemplo, BVerfGE 2, 14; 5, 140; 197; 6, 419; 13, 17, 49.

¹⁴⁶ Véase, por ejemplo, BVerfGE 12, 50; 14, 135; 20, 212.

¹⁴⁷ Véase BVerfGE 16, 274.

¹⁴⁸ Véase BVerfGE 14, 132.

¹⁴⁹ Véase, por ejemplo, BVerfGE 10, 123.

¹⁵⁰ Véase, por ejemplo, BVerfGE 20, 206.

¹⁵¹ Véase, por ejemplo, BVerfGE 5, 197.

¹⁵² Véase BVerfGE 4, 148.

¹⁵³ Véase BVerfGE 20, 103.

¹⁵⁴ Véase BVerfGE 4, 149.

¹⁵⁵ Véase, por ejemplo, BVerfGE 20, 113.

Otras clasificaciones son: “Estado de derecho material”,¹⁵⁶ el “Estado social”,¹⁵⁷ el “Estado administrativo”,¹⁵⁸ “Estado de partidos”¹⁵⁹ o, finalmente, también “Estado religiosamente neutro”.¹⁶⁰ La mayoría de las mencionadas expresiones son también parte del lenguaje político. Proporcionan un ejemplo excelente de la proximidad retórica del estilo de lenguaje de la argumentación constitucional con expresiones y giros de carga emotiva que también son frecuentes en el ámbito de la opinión política. Su carácter holístico se manifiesta de manera más fuerte aún en el uso pragmático que en el sintáctico. En el uso político del lenguaje, aparece, a menudo, como instrumento del lenguaje de la acción a fin de aumentar o de reducir, según el contexto, mediante generalización, la diferencia de puntos de vista controvertidos en cuestiones fundamentales de la organización política.¹⁶¹ También en la argumentación del Tribunal Federal Constitucional, la pretensión lingüística especializada pasa a segundo plano detrás de una vaga caracterización de hechos complejos. Esquemas de este tipo pueden servir para la abreviación sintáctica de la argumentación, aun cuando la mayoría de las veces provoquen la impresión de designar contextos aprehensibles de argumentación a través de nombres de clase del lenguaje ordinario.

¹⁵⁶ Véase BVerfGE 11, 163.

¹⁵⁷ Véase BVerfGE 1, 105.

¹⁵⁸ Véase, por ejemplo, BVerfGE 9, 282.

¹⁵⁹ Véase, por ejemplo, BVerfGE 2, 164.

¹⁶⁰ Véase BVerfGE 24, 247.

¹⁶¹ *Cfr.*, con respecto a la calificación semiótica del lenguaje político, la nota 261 del capítulo siguiente.