

TERCERA SECCIÓN. LA ARGUMENTACIÓN CONFIRMOLÓGICA	313
<i>Capítulo nueve</i>	313
1. Introducción	313
2. El sincretismo retórico	313
3. Criterios pragmáticos de validez: “cultura”, “tradición”, “mayor consenso”, “concordancia ideológica”	317
4. La argumentación confirmológica y el derecho natural	324
5. El positivismo cautelar del Tribunal Federal Constitucional	330
6. De la sintaxis a la pragmática del lenguaje jurídico	333

TERCERA SECCIÓN

LA ARGUMENTACIÓN CONFIRMOLÓGICA

CAPÍTULO NUEVE

1. *Introducción*

Con la pretensión teórico-básica de la sintaxis constitucional, se plantea también la cuestión de la “fundamentación”, de la “confirmación”, es decir, del “alcance retórico” de la construcción teórico-constitucional. La mayoría de las veces esta cuestión es analizada en conexión con problemas dogmático-constitucionales de legitimación y validez. Pero, metodológicamente, se trata de cosas diferentes. Si se mantiene la forma tradicional de hablar, puede decirse que en la teoría de la confirmación de lo que se trata es de la cuestión de la validez de la validez jurídica, por así decirlo, de un problema de metalegitimación.

Los argumentos confirmológicos (*bestätigungstheoretisch*) son presentados, la mayoría de las veces, en las cuestiones de interpretación, como esquemas de la sintaxis constitucional. Es conveniente por ello, analizar el uso de esquemas significativos tomando en cuenta su función confirmológica. Para la aclaración de las estructuras retóricas básicas de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, habrá de bastar con referirse a algunas propiedades retóricas características de la argumentación confirmológica.

2. *El sincretismo retórico*

Como se carece de procedimientos explícitos de confirmación, parece obvio juzgar los criterios de confirmación presupuestos, sobre todo, de acuerdo con el origen lingüístico especializado de los esquemas centrales teórico-constitucionales.

En una primera aproximación, sobre todo el fundamentalismo sistemológico y el universalismo, así como también el frecuente uso del esquema valor, pueden despertar la impresión de que el Tribunal parte de un esencialismo axiológico, que conoce valores de validez absoluta

que son aprehendidos con la ayuda de una intuición valorativa especial. Esta impresión es reforzada por la aceptación explícita de la existencia de un derecho suprapositivo. El notorio —y para la praxis del derecho in-sólitamente frecuente— uso de esquemas axiológicos encuentra un apoyo pragmático en algunos análisis dogmáticos de la disciplina jurídica.¹ Sin embargo, la forma axiológica de hablar del Tribunal tropieza con una creciente crítica. En parte se ve en ello un dudoso resto de un método de las ciencias del espíritu; en parte se lo condena como el intento de una prescindible superlegitimación o como una decoración retórica que oculta las verdaderas razones.²

Pocas veces se ve la función sistemológica que determina el uso del esquema valor como elemento de la retórica fundamental. Tampoco es muy fecunda la constatación confirmológica que, en gran medida, domina la discusión. El ampliamente difundido concepto de valor es utilizado en las ciencias de la acción de muy variada manera. Tampoco se gana mucho con su vinculación con el método de las ciencias del espíritu, ya que con esta caracterización están relacionadas concepciones confirmológicas muy diferentes. Tal como lo mostrara el análisis de los esquemas holísticos, el uso del lenguaje por parte del Tribunal es también poco preciso. Así, uno encuentra expresiones tomadas de teorías hermenéuticas, fenomenológicas y ontológicas, que trabajan con muy diferentes *modi* de la experiencia y criterios de confirmación. Lo único que se puede decir con seguridad es que, con esta forma de hablar, el Tribunal Federal Constitucional ha mantenido abierta la posibilidad confirmológica que le permite situacionalmente retirarse a un esencialismo axiológico que sólo limitadamente es accesible a la discusión.

Tal como lo mostraron los análisis, el uso de *termini* dogmático-especializados no se limita a la forma de argumentación holística. El Tribunal ofrece un amplio repertorio de esquemas que se cuentan entre los conceptos centrales de las concepciones filosóficas y jusfilosóficas.

¹ Cfr., sobre todo, Dürig, Günter, en Maunz-Dürig-Herzog, *Grundgesetz. Kommentar*, 4a. ed., Munich, 1974, t. 1, artículo 1, párrafo 1; *id.*, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde", *AöR*, vol. 81, 1956, pp. 117-157. Como es sabido, a la concepción de los derechos fundamentales aquí sostenida se le atribuye una influencia especial en la argumentación del Tribunal. Ver, además, Zippelius, Reinhold, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, Munich, 1962, esp. pp. 80 y ss., 162 y ss.; Coing, Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, pp. 106 y ss.; Göldner, Detlef Christoph, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der Verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, Berlin, 1969, pp. 24 y ss.

² Cfr. Forsthoff, Ernst, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, pp. 130 y ss., 146 y ss.; *id.*, *Zur Problematik der Verfassungskonformen Auslegung*, pp. 153 y ss., 173; Luhmann, Niklas, *Grundrechte als Institution*, pp. 41 y ss.; Goerlich, Helmut, *op. cit.*, pp. 133 y ss.

Basta recordar el manejo de esquemas tales como “idea del derecho”, “idea de la justicia”, “idea rectora”, “postulado”, “razón práctica”, “concepciones de la justicia”, “ideas de la justicia”, o las designaciones semánticas de las funciones de “regulación” y de la “constitución”. No es difícil comprender que aquí se trata de esquemas que juegan un papel decisivo, sobre todo en la filosofía neokantiana y en las teorías jurídicas que se encuentran en su tradición. Sin embargo, sería apresurado inferir de aquí un aseguramiento racional en el sentido de un idealismo neokantiano. Como sinónimos de la “idea de la justicia”, el Tribunal utiliza expresiones tales como “sensibilidad de la justicia” o “sentimiento de la justicia”. Ellas son más adecuadas para el vocabulario de las teorías jurídicas psicológicas.³ Otros esquemas revelan la proximidad semántica con las concepciones jusnaturalistas y ontológicas. Aquí cabe mencionar, sobre todo, el frecuente uso del esquema de la “naturaleza de la cosa” o de la “justicia objetiva”. Expresiones como “bien común” o “bien general”, que constituyen los esquemas importantes de la argumentación problemológica, se remontan a una antigua tradición europea; como es sabido, adquirieron en las teorías jurídicas tomistas un rango destacado. Pero también aquí se corrige la impresión de que el Tribunal apunta a criterios universales. Pues muy a menudo, en el mismo contexto retórico, se encuentra también el uso del esquema de los intereses, que recuerda más bien concepciones de orientación sociológica. Finalmente, no faltan referencias a la tradición idealista de origen hegeliano. Aquí hay que mencionar, a más del abundante uso del esquema esencia y su inclusión en una metafórica organológica y de las referencias a contextos sistémico-funcionales, sobre todo la predilección por expresar reglas operativas a través de giros plásticos, en cierto modo diluidos. Un dato similar encontramos en la tradición de la ciencia alemana del derecho político que hasta ahora —independientemente de su ubicación teórica— muestra una tendencia hacia un estilo trivial hegeliano vinculado con la semántica del lenguaje político.

Como puede ya verse en este sucinto panorama, de la proximidad semántica de esquemas centrales con determinadas formas de hablar técnicas, no es posible obtener ninguna coordinación inequívoca teórico-básica. Los testimonios en favor de una determinada concepción filosófica o teórico-jurídica pueden ser siempre nuevamente conmovidos con testimonios de concepciones divergentes. Por ello parece poco fecundo

³ Cfr., respecto al uso de tales esquemas, Düwel, Peter, *Rechtswusstsein und existenzielle Entscheidung*, Hamburgo, 1961, pp. 15 y ss. Respecto al uso del esquema “razón práctica”, cfr. BVerfGE 34, 269, 287.

preguntarse por la supuesta coincidencia con construcciones previamente dadas o por el grado de divergencia de determinadas concepciones.⁴

Si se juzga la argumentación confirmológica de acuerdo con la frecuencia de los *termini* técnicos utilizados, lo que podría ser tomado en cuenta entonces sería una especie de hermeneútica de tono idealista. Pero si uno considera la amplia dispersión del lenguaje técnico, cabría más bien hablar de un “sincretismo retórico”.

Sin embargo, no se daría cuenta cabal del estado de cosas semiótico si se quisiera evaluar al amontonamiento sincrético de *termini* técnico-dogmáticos como una quiebra incontrolada de estilo o como un intento fracasado de apoyar teóricamente a la argumentación. Más bien hay que referirse a un momento pragmático, que es muy instructivo para el juicio de los criterios sistemológicos. La mayoría de los *termini* técnicos metateóricos que utiliza el Tribunal forman parte ya del lenguaje cotidiano culto. Ellos abren a la argumentación una amplia base retórica de posibilidad de entendimiento. El Tribunal elige un estilo de argumentación que se mueve entre el lenguaje técnico y el lenguaje cotidiano culto. Como el Tribunal evita una unívoca vinculación con el lenguaje técnico, aumenta con ello además la probabilidad de parecer aceptable ante diferentes concepciones teóricas y posiciones ideológicas. La dispersión del lenguaje técnico demuestra ser un medio retórico para asegurar las bases de las expectativas de consenso. Por ello, de acuerdo con el acervo semántico de la forma de hablar metateórica, hay que suponer que el Tribunal, no obstante las manifestaciones en contrario, no apoya la construcción teórico-constitucional en criterios semánticos universales de confirmación, especialmente en un esencialismo axiológico absoluto, es decir, dotado de validez universal, sino primordialmente en criterios pragmáticos de confirmación. Este estado de cosas es reforzado, sobre todo, por el estilo de argumentación de fuerte orientación pragmática, con el momento característico de las divisiones de competencias retóricas y pragmáticas, que es inconciliable con un aseguramiento primordialmente semántico de operaciones básicas. El contexto de este estilo de argumentación, relevante desde el punto de vista confirmológico, son los esquemas de comunicación sociales apoyados principalmente por datos históricos y por las ciencias especializadas y los

⁴ Harnischfeger, Horst, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten*, Hamburgo, 1966, pp. 274 y ss., 276, señala las analogías entre el uso de la garantía general de la libertad y del principio de igualdad y los argumentos de la filosofía del derecho de Hegel; Goerlich, Helmut, *op. cit.*, pp. 144 y ss., llama en cambio la atención sobre las similitudes estructurales de la argumentación valorativa del Tribunal y la teoría del derecho natural de Kant.

esquemas de acción creados por las expectativas de consenso de las personas e instituciones que participan situacionalmente. Baste tan sólo señalar cuán importante es el papel que para la obtención de prescripciones semánticas de interpretación y para la construcción de la sintaxis general de la Constitución juegan los desarrollos históricos, las concepciones sociales y culturales, así como también las expectativas situacionales y las tomas de posición, en la referencia de los intérpretes.

3. *Criterios pragmáticos de validez: “cultura”, “tradición”, “mayor consenso”, “concordancia ideológica”*

Después de los análisis hasta ahora realizados, queda el dato semiótico de que el Tribunal se sirve de una forma de hablar metateórica que, por lo menos, no excluye la pretensión de validez absoluta. Por ello cabe preguntar cómo el Tribunal se enfrenta en los casos particulares con las expectativas de validez que él mismo en parte ha desencadenado y cuáles son los criterios confirmológicos de que para ello se sirve. Instructiva es, sobre todo, la toma de posición con respecto a aquellas instituciones y esquemas de acción que juegan un papel en la tradición de las teorías absolutas de la validez.

a) Aquí tiene importancia la decisión en la que el Tribunal se ocupa de la validez de una ley moral.⁵ Pues el Tribunal presenta expresamente la ley moral como una razón de legitimación de los actos jurídicos dentro del marco del orden constitucional. Por ello, la cuestión acerca de la validez de la ley moral roza la cuestión de la validez de la validez jurídica.

El objeto del proceso son recursos de inconstitucionalidad que se dirigen contra una condena a causa de abusos deshonestos homosexuales. El Tribunal expresa, entre otras cosas, que las disposiciones penales contra la actividad homosexual no violan el artículo 2, párrafo 1, de la LF, ya que esta actividad viola claramente la ley moral y no puede constatarse inequívocamente que falte aquí todo interés público en su castigo. Hay que señalar que mientras tanto, a raíz de las reformas del derecho penal, han sido eliminadas las disposiciones penales sobre la llamada homosexualidad simple. El Tribunal responde en la argumentación a la exposición del recurrente y entra en un análisis de la validez de una ley moral. El Tribunal maneja, por cierto, a la “ley moral” como un codificado que estuviera ya dado. Sin embargo, no omite

⁵ Cfr., fallo de la Sala Primera del 10 de mayo de 1957 (BVerfGE 6, 389, 432 y ss.).

referirse al mismo tiempo a criterios de validez, tales como el “sentimiento jurídico” o el “reconocimiento general de la ley moral por parte de la comunidad social”. En el análisis de la problemática de la validez, el Tribunal evita una indicación inequívoca de los criterios de validez y reduce la argumentación al *modus* de la constatación de la validez.

En el Consejo parlamentario, el esquema “ley moral” en el artículo 2, párrafo 1, de la LF, había sido defendido con el argumento de que era necesaria una referencia a la “ley ética fundamental” para contrarrestar una interpretación positivista de este artículo constitucional.⁶ La tradición teórico-jurídica de este esquema —tanto en la teoría del derecho natural como en la filosofía idealista—, así como también los materiales sobre la legislación constitucional, sugieren, por lo menos, una referencia a criterios absolutos de validez. En la argumentación del Tribunal, la cuestión de la validez se convierte en un problema metódico de la averiguación de indicios obligatorios de validez. Como criterio decisivo, el Tribunal parece aceptar la característica pragmática de un consenso manifiesto y continuado. También, por lo pronto, tiene el aspecto de ser en primer lugar un problema cuantitativo. Pues el Tribunal opina que para la constatación de la validez, no pueden ser decisivos ni el sentimiento ético personal del juez ni la concepción de algunas partes del pueblo. Pero pronto se muestra que el Tribunal vincula muy estrechamente las características cuantitativas, tales como tamaño de las partes del pueblo y duración del reconocimiento, con los momentos cualitativos del esquema de comunicación social que abarca la actividad jurídica. Por último, apoya la suposición de validez completamente en opiniones autoritarias al recurrir como testimonio del consenso general, a doctrinas eclesiásticas que se remontan a codificados tradicionales y hasta del antiguo judaísmo, así como también a fundamentaciones oficiales de los diferentes proyectos de ley penal formulados en Alemania en el último siglo.

Desde luego, estas fundamentaciones oficiales son poco adecuadas para proporcionar la deseada información sobre la cualidad retórica del criterio de validez en cuestión. Se apoyan en esquemas que se extienden desde la “conciencia jurídica” y la “ley natural”, a través de la “sana sensibilidad del pueblo”, hasta la “concepción alemana”. En última instancia, el Tribunal se conforma con hablar de la “sensibilidad ética”, del “juicio ético general” y de las “concepciones éticas” cuya modificación considera posible.⁷

⁶ Cfr. JÖR, N.F., vol. 1, p. 57.

⁷ Ver BVerfGE 6, 436 y ss.

Aquí no habrá de investigarse hasta qué punto esta argumentación es adecuada para la muy compleja situación comunicativa a la que se hace referencia con la validez del esquema de acción socialmente directivo. El Tribunal no se limita a una constatación intuitiva sino que presenta una especie de procedimiento inductivo que despierta la impresión de que se trata de un enunciado estadístico, generalizante, sobre una propiedad, en este caso una determinada expectativa de comportamiento de una clase de individuos. Si uno sigue esta impresión, habría, desde luego, que preguntar si las doctrinas eclesiásticas y las manifestaciones oficiales sobre características abstractas de clases constituyen una base suficiente de experiencia para apoyar un enunciado confiable acerca de un comportamiento social probable, tanto más cuanto que las ciencias sociales empíricas pueden ofrecer métodos mejores para la averiguación de comportamientos. La problemática retórica es manifiesta: La “ley moral”, en tanto objeto de métodos inductivos, se convertiría en una función de constataciones científico-sociales, sobre todo, demoscópicas. Responde a esta línea el que las personas afectadas busquen mejorar su situación jurídica a través de encuestas demoscópicas.⁸ En el presente caso, la referencia a opiniones de autoridad ha reducido mucho el procedimiento y liberado al Tribunal del problema de analizar más de cerca los criterios de confirmación de la validez de la ley. La muy diferente caracterización de las particularidades de validez admite legitimaciones alternativas de expectativas de comportamiento. En su totalidad son más bien accesibles a criterios pragmáticos relativos de confirmación. En esta medida, el “positivismo legal” temido por el Tribunal es superado por un “positivismo cultural” pragmático, de mayor alcance.

b) El carácter pragmático de los criterios de validez se vuelve más claro aún cuando se considera el esquema de las “buenas costumbres”, desde hace tiempo habitual en el lenguaje jurídico. Los criterios de validez de la ley moral se han aproximado en gran medida a los criterios generales de las “buenas costumbres” desarrollados por la judicatura. También aquí se habla de la “sensibilidad ética general” y de las “concepciones éticas”. Desde luego, el esquema juega un papel importante en la construcción de la sintaxis constitucional. Tal como se ha expuesto,⁹ con su ayuda el Tribunal ha realizado la ampliación de la validez de

⁸ Así, una sociedad que sostenía la relevancia sexual de las personas homosexuales, expuso que todavía sólo el 21% de la población ve en la homosexualidad un peligro para las buenas costumbres. Cfr. el periódico *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, núm. 289, 12 de diciembre de 1973, p. 10. Respecto a la problemática de los métodos estadísticos para la averiguación de una ley moral, cfr. Erbel, Günter, *op. cit.*, pp. 66, 367 y ss.

⁹ Cfr. cap. 5, inciso 3.

los derechos fundamentales a los esquemas de acción organizados por el derecho privado. Con esto crea también una relación pragmática entre el sistema de valores de la Constitución y las buenas costumbres, al incluir a la sintaxis constitucional en el amplio marco de validez de los “mandamientos sociales”. La sintaxis general de la Constitución es presentada como la totalidad de las concepciones valorativas “que el pueblo ha alcanzado en un determinado momento de su desarrollo espiritual-cultural y fijado en su Constitución”.¹⁰ Las consideraciones sobre el desarrollo espiritual-cultural de las concepciones valorativas de un pueblo y su culminación en la Constitución se adecuan a una forma de hablar hermenéutica historizante. Parecen pretender un rango de validez de los esquemas directivos de acción superior al que es el caso en las expectativas de comportamiento, que simplemente son designadas como “buenas costumbres”. Pero se violentaría el texto si se lo quisiera juzgar como testimonio de una determinada metafísica idealista de la historia. La forma de hablar del desarrollo cultural de los países y pueblos está muy difundida y es demasiado poco específica como para satisfacer exigencias metódicas especiales. Al igual que ya en el caso de las cuestiones de validez de la “ley moral”, se ofrecen aquí como momentos decisivos, criterios pragmáticos que muy abreviadamente podrían ser caracterizados como “cultura”, “tradición”, “mayor consenso”.

c) En otros casos, son estos los criterios preferidos para defenderse frente a exigencias exageradas de validez. Así, el Tribunal se opone a la aceptación de la validez semántica “absoluta” o “abstracta” de esquemas constitucionales tales como la propiedad o el matrimonio. El Tribunal remite directamente a los intérpretes a las “concepciones sociales dominantes”.¹¹

d) Los esquemas presentados son también los criterios relevantes con los cuales el Tribunal lleva a cabo un análisis fundamental de las formas de práctica de la fe religiosa protegidas por el derecho constitucional.¹²

En la base se encuentra el siguiente caso: En la prisión, el recurrente propuso a los demás detenidos que salieran de la iglesia prometiéndoles cigarrillos para el caso en que así lo hicieran. Teniendo en cuenta este comportamiento, se le rechazó un pedido de ser puesto en libertad condicional. El Tribunal Federal Constitucional rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto con tal motivo.

¹⁰ Ver la decisión fundamental BVerfGE 7, 198, 206.

¹¹ Cfr. BVerfGE 21, 355; 15, 332.

¹² Ver decisión de la Sala Primera del 8 de noviembre de 1960 (BVerfGE 12., 1, 4 y ss.).

Parecía obvio partir de las limitaciones a la libre actividad que resultan del fin legítimo de la prisión. Sin embargo, el Tribunal elige una argumentación muy complicada vinculándose a la formulación “categorial” del artículo 4, párrafos 1 y 2 de la LF y a las expectativas de validez que de allí resultan. Recurre a argumentos de tanto peso como el abuso de los derechos fundamentales y la utilización de medios éticamente reprochables y analiza como problema de demarcación el “Estado neutral frente a las concepciones del mundo”. Como pauta ofrece la sintaxis constitucional que está esencialmente determinada por el orden valorativo general de la LF. Pero es instructivo el hecho de que el Tribunal no tome exclusivamente de la dimensión semántica de la sintaxis constitucional las prescripciones de interpretación de la “libertad de fe religiosa” sino que recurra a criterios pragmáticos que son adecuados para presentar la sintaxis constitucional también confirmológicamente. La LF no habría querido proteger cualquier práctica de la fe sino sólo aquellas que se han formado en los actuales pueblos civilizados, a lo largo del desarrollo histórico, sobre el terreno de ciertas concepciones éticas básicas y coincidentes.¹³ Encontramos aquí nuevamente los criterios de validez “cultura”, “consenso” y “tradicición”. Llama la atención en este ejemplo que el criterio de la “cultura” no está limitado a la propia nación sino que, de manera análoga a una argumentación del derecho internacional, es extendido a la clase de los pueblos éticamente signados, los pueblos civilizados.¹⁴ La sintaxis constitucional se orienta, por así decirlo, por el estándar cultural del mundo. El rango de la libertad religiosa es apoyado en un criterio pragmático que en gran medida escapa a la disposición nacional. La validez semántica del texto resulta ser una función del alcance retórico de las expectativas generales de comportamiento.

e) Otra variante del criterio de cultura y tradición se encuentra en la decisión sobre la constitucionalidad del servicio militar obligatorio.¹⁵ El Tribunal recurre no sólo al “sistema axiológico jurídico-constitucional”, sino que invoca también el hecho de que el servicio militar obligatorio existe en casi todos los países democráticos-liberales y en la mayoría de ellos es considerado como un deber evidente.

Aquí, en una cuestión política central, el Tribunal aprovecha el contexto pragmático de una regulación que apunta más allá del propio

¹³ Ver BVerfGE 12, 1, 4. Ver, también, BVerfGE 43, 23, 27 y ss.

¹⁴ Respecto al concepto “Estados civilizados”, *cfr.* Berber, Friedrich, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 2a. ed. revisada, Munich, 1975, vol. 1, pp. 69 y ss.

¹⁵ *Cfr.* decisión de la Sala Primera del 20 de diciembre de 1960 (BVerfGE 12, 45, 50 y ss.).

ordenamiento jurídico. La concordancia con otros ordenamientos jurídicos crea una base ideológica que contribuye a apoyar la validez de la sintaxis constitucional. El momento cultural que allí se expresa vuelve en el criterio de la tradición. Desde luego, es limitado a la historia nacional. Las referencias a la tradición prusiana con su idealismo político —muchas veces ya inspirado por pensamientos democráticos— así como también a la Constitución de Weimar, son seguidas por la referencia a los principios jurídicos y político-espirituales que dominan la LF.¹⁶ La tradición es aquí también interpretada de una manera fuertemente ideológica y la sintaxis constitucional es presentada muy resumidamente como el resultado de un desarrollo de la historia de las ideas, que vincula la democracia con el idealismo político. Para la historia de las ideas, la combinación de democracia, idealismo e historia militar prusiana, tiene un encanto especial. Los datos históricos separados del contexto pragmático y su interpretación ideológica crean un contexto retórico en el que el consenso, la duración de las expectativas de comportamiento y el rango de acontecimiento de las secuencias históricas, constituyen un complejo de criterios confirmológicos de validez.

f) Alguna información proporciona también la decisión en la que el Tribunal se ocupa del rango de validez de una directiva constitucional, la supresión de la pena de muerte en el artículo 102 de la LF.¹⁷ El Tribunal se opone a una “absolutización” de esta regulación, que le otorga el rango de un derecho humano universal con la consecuencia de que está prohibida la extradición de personas que corren el peligro de ser condenadas a muerte.

Al comienzo el Tribunal se ocupa de argumentos sintácticos, tales como la versión “categórica” del artículo 102 de la LF y su ubicación sistemática en el texto, para luego recurrir rápidamente a criterios pragmáticos: La regulación es caracterizada como decisión de gran importancia político-estatal y político-jurídica y como profesión de fe en valor fundamental de la vida humana.¹⁸ La caracterización de la regulación como acto performativo intenta ya sacarla de la dimensión de la validez semántica. Sigue luego el notable argumento de que al ordenamiento jurídico alemán le falta la legitimación interna para imponer su concepción y pretender para sí una superioridad ética-jurídico-estatal.

¹⁶ Ver BVerfGE 12, 51.

¹⁷ Ver resolución de la Sala Primera del 30 de junio de 1964 (BVerfGE 18, 112, 116 y ss.).

¹⁸ Una argumentación similar para la justificación de la rigidez de la sintaxis constitucional, que refiere a la presente decisión se encuentra en el fallo sobre los límites jurídico-constitucionales de la punibilidad del aborto, del 25 de febrero de 1975 (BVerfGE 39, 1, 36 y ss.).

Esta argumentación moralizante puede parecer extraña. Pero permanece totalmente en la ya antes abierta dimensión pragmática. Como pauta de evaluación de la cuestión de la validez, el Tribunal recurre en cierto modo a una regla acerca del uso correcto de esquemas de valor en la relación con otros Estados: Un Estado que, debido a su historia, carezca de autoridad ética debe hacer un uso cauteloso de los juicios de valor en la relación con otros Estados. Se podría objetar que esta argumentación simplemente se refiere a una determinada forma pragmática de uso de los juicios de valor y que deja de lado la cuestión de la validez. Pero presupone un contexto ideológico que vincula los diferentes ordenamientos jurídicos. Pues sólo sobre la base de un *tertium comparationis* son posible evaluaciones de ordenamientos jurídicos extranjeros y los actos de aprobación o de desaprobación que en ellas se apoyan. Esta base, que crea una validez común, suprapositiva, es vinculada aquí con el criterio de cultura. Así, el Tribunal se refiere a todo el mundo cultural actual, a los países civilizados y a las democracias rectoras del mundo occidental. Con esta característica de las “democracias rectoras” se introduce otro criterio pragmático que, por lo menos, no es ajeno a la supremacía ideológica de otros sistemas jurídicos. A más del criterio de la “concordancia ideológica” se encuentran nuevamente el de la “tradicición”, que también incluye acuerdos internacionales, como igualmente el criterio del “consenso”; en este último caso, el Tribunal distingue diversos niveles pragmáticos de comunicación para la formación del consenso, el ámbito judicial, el político-jurídico, el filosófico, el teológico-moral, así como también la concepción del pueblo.¹⁹ La finalidad metódica de esta argumentación es determinar más de cerca el *status* retórico de una regulación, dentro de la sintaxis general de la Constitución y su campo semántico de aplicación. Los criterios pragmáticos cumplen la función de reglas heurísticas para las operaciones permitidas dentro del marco de la sintaxis constitucional. Pero se remontan a momentos que se encuentran fuera del alcance semántico de la Constitución y son adecuados para apoyar la validez general de la sintaxis constitucional. Al mismo tiempo, proporcionan información sobre la peculiaridad retórica de las condiciones que deben ser cumplidas de acuerdo con la argumentación del Tribunal, a fin de justificar la aceptación de frases constitucionales con validez suprapositiva. En esta medida, las presentadas condiciones pragmáticas resultan ser criterios confirmológicos que en este caso proporcionan información sobre los procesos comunicativos que el Tribunal considera relevantes para la decisión de cuestiones de validez.

¹⁹ Cfr. BVerfGE 18, 118.

4. *La argumentación confirmológica y el derecho natural*

Como otro material para la concepción confirmológica se ofrecen las tomas de posición del Tribunal con respecto a argumentos jusnaturalistas. Ellas siguen jugando un papel importante en la discusión político-jurídica, especialmente en cuestiones relacionadas con el matrimonio y la familia. Ambas instituciones jurídicas son temas predilectos de los esfuerzos de reforma, en donde las argumentaciones jusnaturalistas procuran hacer valer en fuerte medida codificados tradicionales. Así Wieacker puede llamar al derecho natural “el antiguo orden jurídico y social de Occidente”.²⁰ La jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional ha influido considerablemente en el desarrollo jurídico del ámbito del matrimonio y la familia.²¹

a) En el presente contexto cabe mencionar, sobre todo, la decisión que declara nulas las regulaciones de la llamada ley de igualdad de derechos, que confería al padre la representación exclusiva del hijo y el derecho a decidir en última instancia en caso de diferencias de opinión de los padres.²² El gobierno federal defendió estas prescripciones, en contra de una jurisprudencia de tribunales superiores que la consideraba nulas, invocando la competencia dogmática del legislador para formular pautas valorativas dentro del marco de la Constitución. Ella contradecía amplias pretensiones de igualdad, ya que no serían conciliables con el sello cristiano-occidental del matrimonio y la familia protegido por el artículo 6, párrafo 1, de la LF, y tampoco con la tradición y el ejercicio efectivo.

Aun cuando el Tribunal, sobre todo a causa del mandato especial de igualdad del artículo 3, párrafos 2 y 3, de la LF, no sigue esta argumentación, recurre por lo pronto a los criterios pragmáticos presentados. A tal fin señala el “orden extrajurídico de la vida”, del que tienen que ser tomados los “principios estructurales” de ambas instituciones. Este esquema, crea, sobre todo, una referencia con contextos de acción, que le están dados de antemano a la sintaxis constitucional. Una forma similar de hablar la encontramos también en la caracterización del matrimonio y la familia como “comunidad ética de vida”.²³ No puede dejar de percibirse la proximidad semántica con el concepto de “ley moral”. El análisis del uso de este esquema no pudo proporcionar criterios ab-

²⁰ Wieacker, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, p. 249.

²¹ Cfr., una visión general en Leibholz y Rinck, *Grundgesetz. Kommentar*, artículo 6, pp. 259 y ss.

²² Fallo de la Sala Primera del 9 de julio de 1959 (BVerfGE 10, 59 y ss.).

²³ Cfr. BVerfGE 10, 59.

solutos de validez semántica. En todo caso, el esquema “vida”, que en la tradición filosófica ha adquirido un rango central y que en parte está vinculado con suposiciones universales, podría satisfacer expectativas amplias. Sin embargo, el Tribunal vuelve directamente al ya conocido criterio de la “tradicición”, al exponer que ambas instituciones han sido transmitidas desde antiguo y en su núcleo han permanecido sin modificación. Aquí se retoma la referencia extrajurídica y se señala que la LF, en esa medida, coincide con el “derecho tradicional”. La mera referencia a la conexión semántica con la tradición jurídica parece no bastarle al Tribunal. Tras el intento de una definición semántica del “matrimonio”, expresa que el núcleo de orden, caracterizado previamente a través de la definición, es “intangible según el sentimiento jurídico general y la conciencia del derecho”.²⁴ El aumento metafórico a través del functor iconizado “intangible” subraya el rango de la validez. Sin embargo, el insólito uso del signo icónico como functor diádico llama la atención con respecto a la difícil construcción semiótica de esta frase. No puede ocultar el hecho de que el enunciado sobre el rango de validez que supera las condiciones pragmáticas del texto constitucional no va más allá de lo que lo permite el contexto del esquema “sentimiento jurídico general”, que es introducido como criterio de validez. Su estrecha vinculación con el criterio-tradicición y su uso técnico habitual en la teoría del derecho no permiten suponer que el Tribunal parte de una validez universal.

En el examen de si las “decisiones valorativas jurídico-constitucionales amplias” exigían la competencia primaria del padre para decisiones de conflictos, el Tribunal se refiere a la discusión jusnaturalista en donde, sobre todo en la teoría tomista del derecho natural, esta cuestión es resuelta afirmativamente. El Tribunal omite entrar en esta discusión. Pues en este caso no está permitida una orientación del examen jurídico-constitucional hacia concepciones jusnaturalistas, ya por el hecho de la variedad de las teorías del derecho natural que se pone de manifiesto tan pronto como se abandona el ámbito de los principios jurídicos fundamentales. Como prueba de la pluralidad de las opiniones, el Tribunal menciona los temas problemáticos “derecho natural e historicidad”, así como también “derecho natural y derecho positivo”, cuyas cuestiones

²⁴ Cfr. BVerfGE 10, 59, 66. En decisiones posteriores, el Tribunal apoya las interpretaciones de la institución del matrimonio brevemente en argumentos pragmáticos tales como las “concepciones dominantes”, las “concepciones actuales” o la “imagen” que subyace a la LF, del matrimonio secularizado del derecho civil (cfr., esp., BVerfGE 31, 58, 83; 36, 146, 163).

serían ya muy controvertidas dentro de la propia discusión jusnaturalista.²⁵

Esta sorprendente argumentación procura escapar a una discusión con teorías jusnaturalistas sin poner básicamente en tela de juicio su relevancia para cuestiones de la validez jurídica. Como ayuda sirve el argumento pragmático de la “diferencia de opinión”. Uno recuerda la aguda crítica de Kant que caracterizara a este tipo de argumentos como “invocación plebeya a una supuesta experiencia polémica”.²⁶

Es obvio que con este argumento puede ser puesta en tela de juicio la obligatoriedad de toda dogmática teóricamente apoyada, ya que la pretensión teórica no puede, en general, excluir exigencias de la discutibilidad y, con ello, de la pluralidad de opinión. El argumento pragmático hace tanto menos justicia a una teoría jurídica cuanto más se apoya en criterios semánticos de validez, tal como es el caso en medida especial en las teorías jusnaturalistas, que son remitidas a una disposición de comportamiento dada de antemano y que escapa a la disponibilidad social. El argumento pragmático sería también adecuado para poner en tela de juicio la obligatoriedad de los codificados jusnaturalistas. Pues en el análisis teórico-jurídico hay suficientes voces que niegan las pretensiones de validez universal de las teorías jusnaturalistas. Tan lejos no llega el Tribunal. Limita su argumentación en dos aspectos:

El argumento de la “diferencia de opinión” no debe valer para el ámbito de los principios jurídicos fundamentales. Puede apoyarse en la experiencia de que un consenso se logra más fácilmente en las cuestiones básicas que en las de detalle. También por lo que respecta al nivel del análisis del derecho natural, este argumento vale sólo en un sentido comparativo y allí sólo en la medida en que no se abandona el marco de las tradiciones culturales y jurídicas comunes. Esta cuestión se plantea de manera diferente cuando incluye también las tradiciones de culturas jurídicas extraeuropeas. En todo caso, de acuerdo con la argumentación del Tribunal, a la retórica fundamental no se la debe privar de una base de pretensión de validez universal. Finalmente, el argumento pragmático remite a la diferencia de opinión, principalmente dentro de la discusión del derecho natural. La constatación de que las teorías del derecho natural deben ser dejadas de lado como pautas de evaluación está limitada al caso en que aquéllas sean controvertidas

²⁵ Cfr. BVerfGE 10, 59, 80 y ss.

²⁶ Cfr., al respecto, Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, p. 107. Respecto a la utilización similar del argumento de la “diferencia de opinión” con respecto al concepto “conciencia”, cfr. BVerfGE 12, 54 y ss.

dentro del marco del análisis técnico-dogmático. Para la argumentación teórica sobre la validez es, desde luego, irrelevante la referencia a los temas citados. Pues en ellos no se trata de un disenso en cuestiones de contenidos de validez sino del problema fundamental de la dogmática técnica jusnaturalista, en el sentido de vincular criterios absolutos y relativos de validez.²⁷ También en el caso de una suposición de validez relativa, se hubiera planteado la cuestión de la relación con la validez de la sintaxis constitucional. Por ello, la argumentación parece, en última instancia, conducir al conocido criterio del consenso.

Pero hay que tener en cuenta que el Tribunal renuncia a poner básicamente en tela de juicio la relevancia de las teorías jusnaturalistas para cuestiones de la validez jurídica y se retira a un criterio pragmático que no afecta la existencia del derecho suprapositivo proclamada en decisiones anteriores y no impide la suposición de “decisiones valorativas jurídico-constitucionales amplias”, cuya validez supera el alcance retórico de la ley positiva de la Constitución. La argumentación es ciertamente poco adecuada para testimoniar un aseguramiento jusnaturalista de la sintaxis de la Constitución. Pero tampoco se opone a ella. La dimensión teórico-constitucional destacada de los principios jurídicos fundamentales queda expresamente excluida del criterio pragmático de rechazo de la “diferencia de opinión”. Por lo que respecta a la validez de los principios elementales, la teoría de la Constitución y la del derecho natural presentan coincidentemente propiedades pragmáticas.

La argumentación muestra claramente el carácter ambivalente de la concepción confirmológica implicada que, por cierto, apunta a criterios relativos de validez, pero mantiene la posibilidad de expectativas absolutas de validez. Se puede decir, finalmente, que la toma de posición del Tribunal Federal Constitucional con respecto a la obligatoriedad judicial de las teorías jusnaturalistas es esencialmente más cautelosa, por ejemplo, en comparación con la jurisprudencia inicial de la Corte Federal.²⁸ Si se supone, siguiendo a Luhmann, que el legislador constitucional ha intentado apoyar el derecho positivo en el derecho natural,

²⁷ Ver, al respecto, Coing, Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, pp. 196 y ss.; Kaufmann, Arthur, “Gesetz und Recht”; *Existenz und Ordnung, Festschrift für Erik Wolf*, ed. por Th. Würtenberger, W. Maihofer y A. Hollerbach, Frankfurt del Meno, 1962, pp. 357 y ss.; *id.*, *Analogie und “Natur der Sache”*, pp. 6 y ss.; *id.*, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübinga, 1957; Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, pp. 106 y ss.; Schneider, Peter, “Die Grenzen des Naturrechts”, *Festschrift für Gebhard Müller*, pp. 435-459, esp. pp. 436 y ss.

²⁸ *Cfr.*, al respecto, Weinkauff, Hermann, “Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes” (1960), *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, pp. 554-576.

se puede decir que en el caso del Tribunal Federal Constitucional esto vale sólo condicionadamente. El tono semántico de la forma de hablar promete más de lo que puede atestiguar la argumentación confirmológica.²⁹ Pero la argumentación es más fecunda que lo que afirma Goerlich, quien sobre la base de algunas decisiones con respecto al artículo 6 de la LF, considera que el Tribunal Federal Constitucional rechaza expresamente una conexión entre la aceptación del derecho suprapositivo y el orden valorativo de la LF. La contraposición entre derecho natural y orden valorativo no significa aceptar alternativas mutuamente excluyentes. La situación es más complicada.³⁰

b) El Tribunal Federal Constitucional ha mantenido esta línea en decisiones posteriores. Esto lo muestra especialmente la decisión de la Sala Primera del 29 de julio de 1968, que considera que una adopción contra la voluntad de los padres para el bien del niño es conciliable con la norma fundamental valorativamente decisiva del artículo 6, párrafo 1, de la LF, que protege el matrimonio y la familia, y con la garantía jurídico-constitucional del derecho de los padres, establecida en el artículo 6, párrafo 2, de la LF.³¹ En vista de los actuales intentos de ampliar las posibilidades de adopción y de reforzar la reglamentación estatal de la relación padres-hijo, esta decisión tiene una gran importancia jurídico-política.

En este caso, el texto del artículo 6, párrafo 2, frase 1, de la LF, que califica al cuidado y atención de los hijos como “derecho natural”, facilita una discusión con cuestiones jusnaturalistas de la validez. El Tribunal hace también un intenso uso de la expresión “natural”. Así, por ejemplo, habla de la “responsabilidad natural de los padres” o de la “asociación natural de la familia”.³² También el Tribunal recurre a una serie de ayudas de interpretación para caracterizar a la familia y a la paternidad como recursos argumentativos. Son perfectamente adecuados para adaptarse a una concepción jusnaturalista. Así se habla de la familia como “célula esencial de la comunidad humana”.³³ Además, la referencia expresa a la obligación de los padres, que distingue al derecho de los padres de todos los otros derechos fundamentales, tiene un fuerte apoyo en la tradición de las teorías jusnaturalistas.³⁴ Desde luego,

²⁹ Cfr. Luhmann, Niklas, *Grundrechte als Institution*, p. 40, nota 6.

³⁰ Cfr. Goerlich, Helmut, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

³¹ BVerfGE 24, 119 y ss.

³² Cfr. BVerfGE 24, 119, 144, 149, 150.

³³ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 24, 149.

³⁴ Cfr. BVerfGE 24, 143; ver, al respecto, Kant, I., *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, parte I, §§ 28 y ss., en donde el derecho de los padres es derivado de la obligación que tienen frente a los hijos como personas. Cfr. el término *Fa-*

el Tribunal se abstiene de recurrir a criterios jusnaturalistas de validez. Pero apoya su argumentación no sólo en el testimonio semántico del texto constitucional en cuestión. Obtiene más bien el punto de partida decisivo recurriendo al sistema valorativo de la sintaxis constitucional y, a partir del catálogo valorativo que promueve deberes, crea los argumentos para la justificación de una intervención estatal.³⁵ Con el recurso al “sistema valorativo”, abre el Tribunal a la argumentación una dimensión de la sintaxis constitucional que, por lo menos, no excluye los criterios suprapositivos de validez.

Para el uso argumentativo del esquema “naturaleza” queda todavía poco campo retórico de acción. El Tribunal se retira a una especie de explicación semántica, según la cual el legislador querría decir que aquellos que dan la vida a un niño, por “naturaleza” estarían dispuestos y estarían llamados a asumir la responsabilidad por su cuidado y educación.³⁶ Desde luego, el uso tautológico del esquema puede dar poca información sobre su función retórica. La conexión entre “naturaleza” y “llamado a la responsabilidad” puede despertar la impresión de que el esquema se refiere a una dimensión valorativa o esencial con validez universal. Esta impresión resulta confirmada si se toma en cuenta el desarrollo teórico-constitucional. Pues respecto a la regulación anterior correspondiente del artículo 120 de la Constitución de Weimar, en la teoría del derecho se sostuvo predominantemente la concepción de que, de acuerdo con la teoría católica del derecho natural, al derecho natural de los padres le correspondía validez suprapositiva.³⁷ Desde luego, en las consideraciones subsiguientes de la decisión, el Tribunal considera que tanto la disposición como el llamado a la responsabilidad, en tanto condiciones presupuestas por el legislador constitucional, excepcionalmente pueden faltar con respecto al derecho de los padres. Pero con esto desaparece también la suposición de propiedades universalmente válidas. Por último, como sustrato semántico queda una referencia a enunciados biológicos y psicológicos. Sin embargo, al muy limitado alcance semántico se opone el excelente aseguramiento retórico de la argumentación en la dimensión retórico-fundamental de la sintaxis general de la Constitución.

milie en Schuster, Johannes, *Philosophisches Wörterbuch*, ed. por Walter Brugger SJ, 12a. ed., Friburgo/Basilea/Viena, 1965.

³⁵ Ver BVerfGE 24, 144 y ss.

³⁶ Ver BVerfGE 24, 150; *cfr.*, también, BVerfGE 34, 165, 183 y ss., en donde el Tribunal habla de “administradores naturales” para la educación del hijo, y donde para la legitimación de la regulación de la escuela primaria elemental como escuela obligatoria invoca la “tradicción” y el “consenso general”.

³⁷ *Cfr.*, al respecto, las observaciones de Anschütz, Gerhard, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, nota al artículo 120 de la Constitución de Weimar.

5. *El positivismo cautelar del Tribunal Federal Constitucional*

a) Si se resume el resultado del análisis realizado hasta ahora de los argumentos confirmológicamente relevantes, no puede percibirse ningún resultado inequívoco. Sobre todo no puede responderse claramente la cuestión de si la teoría general de la Constitución se apoya en los llamados criterios absolutos o relativos de la validez. Sin embargo, esta cuestión juega un papel muy importante para la tradición europea de la teoría del derecho.

Tal como ya se ha expuesto, la historia de la teoría europea del derecho es, en gran medida, una historia de las cuestiones de su validez. Muestra una ininterrumpida necesidad de asegurar, también teóricamente, a los codificados frente a las problematizaciones. La estrecha vinculación de las pretensiones de validez de sistemas prácticos de acción con la exigencia de obligatoriedad teórica ha conducido cada vez más fuertemente la atención hacia cuestiones metódicas. La confiabilidad de condiciones metódicas decide, al mismo tiempo, acerca de la dignidad de pretensiones confirmológicas. De acuerdo con una comprensión retórica de la teoría, tal como la que aquí es sostenida, la pretensión de validez puede elevarse tanto más cuanto más se logre ampliar el horizonte de aprobación situacional de la argumentación presupuesto. Por lo tanto, la pretensión de validez es una función del alcance retórico de un codificado teórico-jurídico. La comprensión tradicional de la teoría descuida el fundamento retórico y se apoya, en primer lugar, en criterios sintácticos y semánticos. En este caso, la validez teórico-jurídica se convierte en función de la refutabilidad de argumentos capaces de imponerse. La tradición de la teoría del derecho ha producido suficientes construcciones que se presentan con la pretensión de confirmar afirmaciones irrefutables que implican directivas de comportamiento universalmente válidas. Esto vale, sobre todo, para las corrientes jusnaturalistas y de la filosofía de los valores y de tipo esencialista.

b) Si uno examina los criterios confirmológicos a los que recurre el Tribunal en los casos particulares de acuerdo con la pauta del alcance retórico, no puede dejar de percibirse que el Tribunal intenta superar la validez "positiva", institucionalmente disponible, y extender las bases de legitimación más allá del alcance retórico de la ley positiva de la Constitución. En los casos que se ocupan expresamente de esquemas confirmológicamente relevantes, el Tribunal prefiere criterios pragmáticos. Crea un contexto pragmático que no hace depender la validez jurídica exclusivamente de reglas nacionales sobre la validez de esquemas directivos del lenguaje jurídico. La sintaxis constitucional apare-

ce más bien como un punto de culminación de una tradición cultural nacional que se realiza dentro del marco del desarrollo cultural del mundo, sobre todo de los sistemas democrático-liberales de Occidente. Con la referencia a contextos “globales” de lenguaje y acción y su inclusión en un contexto tempóricamente a largo plazo, el Tribunal introduce reglas de validez que sólo son accesibles a la disposición de la legislación nacional en la medida en que ésta se presenta a sí misma como momentos de desarrollos culturales. Esto sería sólo posible si se presupusiese un horizonte de aprobación universal, independiente de determinaciones espaciales y temporales.

A pesar de esta situación semiótica, que responde también a la forma de hablar de las teorías tradicionales de la validez, el Tribunal procura mantener el esquema de la “validez absoluta”. Aquí cabe mencionar, sobre todo, la decisión de la Sala Primera del 17 de julio de 1961 en la que el Tribunal, en conexión con la teoría preferética escalonada, usa una especie de definición semántica para los valores “absolutos” de la comunidad.³⁸ De acuerdo con esta regla de uso, son valores “absolutos” de la comunidad aquellos que son reconocidos universalmente, son independientes de la política circunstancial de la comunidad y, por lo tanto, le están “dados de antemano” al legislador. Como ejemplo, el Tribunal presenta la “salud del pueblo”.³⁹ La regla de uso sigue la forma tradicional de hablar en la medida en que excluye una relativización de la validez por lo que respecta a una regulación nacional. El criterio del “reconocimiento universal” deja, desde luego, abiertos marcos retóricos de referencia de la legitimación proporcionada por el reconocimiento. Sin embargo, de acuerdo con la forma habitual de hablar, basta un consenso aumentado, que va más allá del contexto situacional del análisis del problema. En el presente caso, el esquema podría ser sustituido por todo criterio cuyo alcance retórico supere el contexto pragmático de la competencia nacional de regulación. El Tribunal ha ofrecido tales criterios sobre todo en los esquemas de la “tradición” y de la “cultura”. Por lo tanto, el esquema de la “validez absoluta” queda dentro del marco de los, por el Tribunal predilectos, criterios pragmáticos relativos de validez. La sintaxis constitucional encuentra en el estándar cultural un apoyo confirmológico que va más allá de la validez “positiva”. El “positivismo legal” es en esta medida, tal como se ha expuesto, reemplazado por un “positivismo cultural”.

c) La vinculación de los criterios pragmáticos relativos de validez con el esquema de la “validez absoluta” se presenta aún más claramente en

³⁸ La expresión es puesta entre comillas por el propio Tribunal.

³⁹ Cfr. BVerfGE 13, 97, 107; ver, también, BVerfGE 7, 377, 397 y ss.

la argumentación con respecto al principio de la democracia militante. La exigencia de reconocimiento y defensa de las garantías fundamentales de la Constitución es un elemento esencial del programa contrastante que el Tribunal ha formado dentro del marco de la función pragmática de diferenciación de la retórica fundamental sistemológica.⁴⁰ El rango dogmático de estas garantías impone reconocerlas como “valores absolutos”. El presupuesto es que sean aprobadas “de forma democrática” como principios fundamentales de la formación del Estado.⁴¹ Las dificultades semióticas de esta argumentación son obvias. La validez de principios fundamentales es relativizada a través de su dependencia de procedimientos democráticos y de las decisiones obtenidas con ellos. Esto debe valer también para los principios de los propios procedimientos democráticos, ya que ellos son elementos de la sintaxis general de la Constitución. Esto no le impide al Tribunal hablar de “valores absolutos”. Se puede ver allí el intento de superar, a través del destacamiento retórico de criterios relativos de validez, su relatividad.

En otras argumentaciones, el contexto confirmológico que apunta a criterios universales es simplemente abandonado en aras de una forma de hablar meramente decisionista. Así, principios fundamentales de la sintaxis constitucional son brevemente presentados como “creaciones” o como “decisiones” del legislador constitucional que, en todo caso, obtienen una base adicional de legitimación a través de la referencia a los criterios de la “tradición” y de la “concordancia ideológica”.⁴²

d) La argumentación con respecto a la función legitimante del procedimiento democrático muestra la misma forma ambivalente de hablar que hemos ya encontrado también en el manejo de conceptos confirmológicos claves de la tradición teórico-jurídica. La argumentación ambivalente plantea al Tribunal —al igual que en el caso de la toma de posición frente al derecho natural— la cuestión de negar y al mismo tiempo afirmar la vinculación con teorías de validez especiales, que superan la pragmática de los criterios decisionistas. Esta dificultad se presenta también en las argumentaciones según las cuales la esencia del Estado es por cierto “neutral con respecto a las concepciones del mundo” pero no “valorativamente neutral”.⁴³ En realidad, estas distinciones no con-

⁴⁰ *Cfr.*, al respecto, BVerfGE 2, 12; 5, 134; 6, 40; 7, 215 y ss.; 28, 48.

⁴¹ “Fallo de prohibición del KPD”, BVerfGE 5, 85, 139. Como se expondrá más adelante con mayor detalle, el Tribunal establece aquí una conexión directa entre la legitimación a través de procedimientos democráticamente organizados y una forma de hablar acerca de los criterios absolutos de validez. *Cfr.* cap. 9, inciso 6.

⁴² *Cfr.* BVerfGE 20, 56, 97; ver, esp., BVerfGE 5, 134.

⁴³ *Cfr.*, al respecto, BVerfGE 2, 12; 5, 134; 6, 40; 7, 205; 12, 4. Respecto al “Estado de concepciones del mundo”, *cfr.* BVerfGE 6, 164.

tribuyen a la aclaración de los contextos confirmológicos. Ponen más bien de manifiesto el dilema de una argumentación que quisiera superar el relativismo de la teoría de la validez sin renunciar a él. No ha de ser excluido el recurso a criterios de validez universales o que, al menos, superen el alcance retórico de actos legislativos. El Tribunal describe este estado de cosas en el análisis de la cuestión de normas anticonstitucionales de la Constitución. Para la “generalidad de los casos” debe mantenerse la validez de la ley positiva. Sólo en “casos extremos” debe ser posible recurrir a los criterios de validez de rango superior de la “justicia material” en contra del legislador constitucional.⁴⁴ El Tribunal actúa consecuentemente cuando apoya su competencia retórica para hacer valer el criterio suprapositivo, no solamente sobre la legitimación, a través de la decisión constitucional sobre su creación institucional, sino “en cierta forma, en la propia idea del derecho”.⁴⁵

La argumentación confirmológica del Tribunal ha despertado además la impresión de que el Tribunal sería un decidido adversario de los criterios relativos de validez. Así, Herbert Krüger afirma que hoy, a diferencia de lo que sucedía en la República de Weimar, todo relativismo axiológico es considerado como condenable y que justamente el Tribunal Federal Constitucional se ha manifestado muy decididamente en este sentido.⁴⁶ Esta impresión es engañosa. Una investigación más detallada de las argumentaciones confirmológicamente relevantes pone claramente de manifiesto que los esquemas de validez predilectos no van más allá del alcance retórico de los criterios confirmológicos relativos. La argumentación permanece dentro del marco de un positivismo cultural general, que se encuentra bajo la reserva de pretensiones de validez amplias. Pero, hasta ahora, la reserva a favor de criterios universales de confirmación no ha sido llevada a la práctica. Si se intenta caracterizar sucintamente la argumentación confirmológica del Tribunal Federal Constitucional, podría hablarse de un “positivismo cautelar”.

6. De la sintaxis a la pragmática del lenguaje jurídico

Este apartado final se ocupa de algunas conexiones pragmáticas entre la tradición de la teoría dogmática del derecho y la argumentación confirmológica del Tribunal Federal Constitucional.

a) La caracterización de esta argumentación como “positivista” puede parecer excesiva si se toma en cuenta la tradición positivista en la dis-

⁴⁴ Cfr. BVerfGE 3, 225, 232 y ss.

⁴⁵ Cfr. BVerfGE 3, 235.

⁴⁶ Krüger, Herbert, *op. cit.*, pp. 187 y ss., 201.

ciplina jurídica. Con respecto a las exigencias sintácticas y pragmáticas, la tradición conoce formas muy diversas. Como es sabido, lograron especial importancia las metodologías teórico-normativas, históricas, sociológicas, psicológicas o científico-naturales. Común a ellas es el momento retórico en el sentido de reducir el alcance pragmático y, con ello, disminuir la dependencia pragmático-contextual de la sintaxis jurídica. No puede dejar de percibirse que el Tribunal maneja la retórica fundamental también como estrategia contrastante frente a una reducción positivista de la problemática de la validez. Pero la argumentación retórica fundamental se ha liberado sólo parcialmente del escepticismo acerca de las teorías de la validez, propio de las teorías positivistas. Como lo ha mostrado el análisis, en puntos críticos desde el punto de vista de la teoría de la validez, el Tribunal recurre a criterios ambivalentes y se retira, aunque a veces lo haga con una envoltura semántica, a posiciones relativistas.

b) Como otra conexión pragmática con la tradición jurídico-científica llama la atención la pretensión sistemática. Es un elemento estilístico característico de las teorías positivistas continentales que, como es sabido, signó decididamente la cultura de la argumentación de la moderna ciencia alemana del derecho y en forma modificada también ha determinado esencialmente la metodología de las ciencias del espíritu que, en parte, está vinculada con tradiciones más antiguas que el positivismo jurídico. Este estilo de argumentación se encuentra no sólo en la civilística del siglo XIX, que ha atraído en medida especial el interés teórico-jurídico, sino también en la teoría liberal tradicional del derecho político. Baste recordar a juristas tales como Carl Friedrich Gerber, Paul Laband, Georg Jellinek, Gerhard Anschütz, Richard Thoma, Georg Meyer, Albert Haenel, Otto Behr o Rudolf Gneist.⁴⁷ El a menudo descrito pensamiento sistemático apunta, como se ha expuesto, a la regularidad, unidad, completitud y no contradicción de la sintaxis jurídica presentada como sintaxis jurídica. Ha encontrado una excelente expresión en la obra del último gran teórico del positivismo jurídico, Hans Kelsen.⁴⁸ Como es fácil de mostrar, la argumentación de orientación sistemática quedó vinculada a las tradiciones jusfilosóficas del derecho natural y del idealismo alemán y encontró un contexto teórico-científico

⁴⁷ Cfr., al respecto, Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des Staatsrechtlichen Positivismus*, Berlín, 1958, esp. pp. 211 y ss.

⁴⁸ Cfr. Kelsen, Hans *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Viena, 1960, esp. pp. 209 y ss., quien, como es sabido, deriva la validez jurídica de una "norma fundamental" lógico-trascendental, que constituye la unidad de la sintaxis del derecho.

en el programa del positivismo filosófico, apoyado en la empiria y la lógica.⁴⁹

El origen metodológico pone de manifiesto que en las exigencias sistemáticas no sólo se trata de cuestiones metódicas especiales de una disciplina particular. Remite a la estrecha conexión que la tradición de la teoría dogmática del derecho y de la teoría de la ciencia ha creado entre cuestiones sintácticas y problemas confirmológicos de la validez.⁵⁰ Sólo sobre el transfondo de este contexto pragmatológico es comprensible la radicalidad con la cual la ciencia del derecho se ha planteado reiteradamente cuestiones estructurales del lenguaje del derecho. Aun concepciones positivistas absolutas pretendieron para sí una especie de sintaxis jurídica preestablecida.⁵¹ Como es sabido, este estilo de argumentación encontró una correspondencia teórico-económica en la economía política "clásica" tradicional, que se movió en la misma órbita de la historia de las ideas.⁵² No obstante la tendencia antimetafísica, a la retórica de sistema aquí practicada subyace una comprensión histórico-filosófica que en el respectivo sistema jurídico y social presupuesto ve, por así decirlo, el punto de culminación del desarrollo cultural. Esta actitud histórico-filosófica ha sido fundamentalmente conmovida por las experiencias sociales de las crisis. Especialmente el análisis de la argumentación acerca de la posibilidad de normas anticonstitucionales de la Constitución y de las referencias temporales transitorias de la argumentación ha mostrado, sin embargo, que con respecto a la sintaxis general de la Constitución, el Tribunal Federal Constitucional comparte un optimismo histórico-filosófico (ensombrecido desde luego por las experiencias na-

⁴⁹ Respecto a la difusión de la filosofía positivista, *cfr.* Rothacker, Erich, *Einführung in die Geisteswissenschaften*, pp. 190 y ss., 193; respecto al contexto histórico y metodológico del positivismo jurídico, *cfr.* Wieacker, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, pp. 253 y ss., quien, de acuerdo con diversos criterios, distingue entre un positivismo científico y un naturalismo jurídico en la disciplina jurídica. Ver también Wilhelm, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Francfort del Meno, 1958, p. 61; Viehweg, Theodor, "Was heisst Rechtspositivismus?", *Positivismus als wissenschaftliches Problem*, ed. por Peter Schneider y Otto Saame, Maguncia, 1968, pp. 14 y ss.; Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, pp. 36 y ss.; Baratta, Alessandro, *op. cit.*, pp. 325, 336 y ss. *Cfr.*, también, los análisis de Hoerster, Norbert, "Legal Positivism Today", *Universitas*, ed. en inglés, 1974, pp. 373-380.

⁵⁰ Luhmann ha señalado correctamente la conexión histórica entre el pensamiento sistemático y el problema gnoseológico de la certeza. *Cfr.* Luhmann, Niklas, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, p. 11.

⁵¹ Aquí hay que mencionar sobre todo a Bergbohm, Karl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, esp. pp. 380 y ss.

⁵² *Cfr.*, al respecto, Eucken, Walter, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, 8a. ed., Berlín/Gotinga/Heidelberg, 1965, pp. 25 y ss.

cionales pasadas), que parece excluir una alternativa que superara la pretensión de validez de la sintaxis general de la Constitución.⁵³

c) La estrecha conexión pragmatológica entre cuestiones sintácticas y problemas dogmáticos de validez se presenta claramente también en las primeras concepciones liberales del Estado de derecho. El cuestionamiento allí creado sigue influyendo hasta hoy en el análisis de los problemas de la dogmática jurídica. Esto vale, sobre todo, para cuestiones de la estructura de la proposición jurídica y del concepto de ley. La requerida estructura de regla con respecto a las indicaciones directivas, especialmente la generalidad o la generalizabilidad de los esquemas jurídicos de acción, sigue siendo un tema dogmático preferido.⁵⁴

En el contexto histórico-filosófico de la problemática de la justicia, aparece, por cierto, más fuertemente el momento material, que apunta a interpretaciones semánticas, de la requerida “generalidad” de los codificados jurídicos.⁵⁵ Se trata aquí, sobre todo, de la exigencia de la vinculación universal de esquemas directivos con respecto al ámbito de acción que hay que reglar.⁵⁶ A más del problema semántico de definir el respectivo ámbito de acción, se trata, por lo tanto, de la estructura sintáctica de esquemas directivos como proposiciones universales o clases de proposiciones del lenguaje jurídico. La problemática estructural se agudiza por el hecho de que ella decide al mismo tiempo acerca de la validez jurídica de los codificados jurídicos. Con razón se hacen referencia a la vinculación histórico-contemporánea del concepto de ley político-liberal, en el marco de la discusión político-constitucional de la primera época del constitucionalismo.⁵⁷ La tradición jusfilosófica y el análisis del problema, que hasta ahora persiste y que ha alcanzado nuevamente actualidad para la relación entre el principio de democracia y la garantía del Estado de derecho, ponen claramente de manifiesto que la problemática de la validez del concepto de ley no se agota en la pragmática de determinadas pretensiones de poder político-constitu-

⁵³ Cfr. cap. 5, inciso I, letra E y cap. 6, inciso 8, letra B.

⁵⁴ Cfr., al respecto, Starck, Christian, *Der Gesetzesbegriff der Grundgesetzes. Ein Beitrag zum juristischen Gesetzesbegriff*, Baden-Baden, 1970, esp. pp. 81 y ss., 240 y ss.; Zeidler, Karl, *Massnahmegesetz und “klassisches” Gesetz. Eine Kritik*, Karlsruhe, 1961, esp. pp. 32 y ss., y la bibliografía allí tratada; ver también, Böckenförde, Ernst Wolfgang, *op. cit.*, pp. 309 y ss.

⁵⁵ Cfr. Perelman, Chaim, *Über die Gerechtigkeit* (con una introducción de Theodor Viehweg), pp. 64 y ss., 86 y ss.

⁵⁶ Cfr. Perelman, Chaim, *op. cit.*, p. 42; Starck, Christian, *op. cit.*, pp. 73 y ss., 91 y ss.

⁵⁷ Ver Starck, Christian, *op. cit.*, p. 103; respecto al contexto político de la civilística, cfr. Wieacker, Franz, *op. cit.*, pp. 258, 260 y ss.

cionales. Ella se ha convertido en un elemento importante de la teoría tradicional del Estado de derecho.

d) Frente a la tradición teórico-jurídica, el estilo de argumentación del Tribunal Federal Constitucional ha experimentado un claro desplazamiento de acento desde la sintaxis a la pragmática del lenguaje jurídico. La pretensión sistemática encuentra, por cierto, una excelente expresión en la retórica holística fundamental. Sin embargo, las estructuras retóricas fundamentales de la praxis de la argumentación demuestran ser una combinación de esquemas sintácticos y pragmáticos que, con la ayuda de las reglas pragmáticas sobre la competencia pragmática y retórica, crean la conexión operativa con la argumentación problemológica que procede de forma predominantemente pragmática. Desde luego, la argumentación holística está fuertemente influenciada por una forma de hablar hermenéutica, propia de la metodología de las ciencias del espíritu. Como se ha expuesto, ésta apunta en primera línea a operaciones semánticas orientadas hacia objetos "ideales". Sin embargo, el análisis ha demostrado inequívocamente que en la praxis de la argumentación dominan las reglas pragmáticas de la retórica jurídica. A ello se añade el hecho de que el aporte confirmológico de la retórica fundamental es reducido. El análisis intentó infructuosamente descubrir una clara conexión pragmatológica entre los esquemas retórico-fundamentales y el alcance retórico de la sintaxis general de la Constitución. Queda una referencia ambivalente que deja abierta sólo la posibilidad retórica de una argumentación apoyada en criterios absolutos de validez.

e) Por lo que respecta a la argumentación acerca de la exigencia general jurídico-estatal de la generalidad de las leyes que imponen cargas al individuo, y que ingresara en el texto constitucional a través del artículo 19, párrafo 1, frase 1, de la LF, notablemente el Tribunal Federal Constitucional vincula con esta exigencia pretensiones semánticas bastante reducidas. Basta el hecho de que "no puede verse claramente a cuántos y cuáles casos se aplica la ley". Hasta ahora, ninguna ley ha fracasado ante esta regla.⁵⁸ Por lo demás, el Tribunal niega ampliamente las consecuencias que se derivan del principio del Estado de derecho en aras de un concepto de ley que sólo conoce regulaciones generales.⁵⁹ Con respecto al concepto de "ley de medidas", que ha jugado un papel importante en el análisis jurídico dogmático del concepto de ley, la

⁵⁸ Cfr. BVerfGE 4, 7, 18 y ss.; 10, 89, 108; 10, 234, 244; 15, 126, 146 y ss.; 24, 33, 52; 25, 371, 396.

⁵⁹ Ver BVerfGE 25, 371, 398. La opinión minoritaria, que en general sostiene la exigencia de la generalidad de las regulaciones legales, no deriva esto del principio del Estado de derecho sino del principio general de igualdad; cfr. BVerfGE 25, 399.

argumentación omite el esfuerzo de tratar más de cerca la problemática tradicional. Considera que este concepto es irrelevante desde el punto de vista jurídico-constitucional.⁶⁰ Para la argumentación confirmológica, las cuestiones semánticas y sintácticas que se presentan en conexión con el concepto tradicional de ley del Estado de derecho, no han adquirido importancia alguna.

f) Mucho más fecunda para la problemática de la teoría de la validez es la dimensión pragmática del procedimiento de creación del derecho. Una referencia directa la ofrece la ya presentada caracterización de los “valores absolutos” en el “fallo de prohibición del KPD”.⁶¹ La argumentación toma en cuenta las dificultades de la teoría de la validez en esta construcción, en la medida en que intenta presentar los problemas constitucionales, que aquí surgen y que resultan de la limitación de los partidos políticos llamados a formar la opinión y la voluntad política, como un “problema límite” del sistema de valores, que debe ser solucionado por el legislador constitucional. La referencia retórica a una problemática constitucional causiantinómica, solucionable sólo decisio-nistamente no es precisamente adecuada para apoyar la alta pretensión de teoría de la validez, con la que el Tribunal conduce la discusión básica sobre la legitimación de la sintaxis constitucional. La vinculación de criterios relativos de validez con criterios “absolutos”, es decir, con pretensiones de validez universal, ha fracasado pragmatológicamente. Sin embargo, la argumentación hace referencia a la estrecha conexión pragmatológica que el Tribunal supone entre las condiciones de un procedimiento democrático y el alcance retórico de la sintaxis constitucional. El “procedimiento democrático” no es presentado únicamente como un principio fundamental de la organización estatal sino que adquiere una dimensión confirmológica. Ciertamente, el Tribunal se abstiene de apoyar la argumentación de teoría de la validez exclusivamente en el “principio de la democracia”. Pero el “procedimiento democrático” adquiere el rango de un destacado criterio confirmológico de legitimación.

La función de legitimación del procedimiento democrático se expresa aún más claramente en aquellas argumentaciones que se ocupan de elementos particulares de este procedimiento. Esto vale, sobre todo, para la jurisprudencia con respecto al artículo 5 de la LF, acerca de la igualdad electoral y la igualdad de oportunidad. El Tribunal no se conforma con apoyar el procedimiento democrático en el principio de la democracia, sino que expresamente y con gran énfasis afianza, con la retórica fundamental, elementos importantes de este procedimiento incluyendo-

⁶⁰ Cfr. BVerfGE 25, 371, 396 y ss.

⁶¹ BVerfGE 5, 85, 139.

los en el catálogo de derechos fundamentales de la sintaxis constitucional. Así, los derechos de la libre expresión de la opinión, de la libertad de prensa, radio, televisión, cine e información, garantizados en el artículo 5 de la LF, son “absolutamente constituyentes” de un orden estatal democrático-liberal.⁶² Ellos garantizan un proceso “permanente”, “abierto” y “libre” de la formación pública de opinión y voluntad.⁶³

La forma de hablar, tomada de la terminología técnica de la teoría del conocimiento, indica el rango fundamental y destacado de las garantías del artículo 5 de la LF. La distinción retórica aparece junto con el esquema de rango teórico-fundamental, que parte de las garantías de los artículos 1, párrafo 1 y 2, párrafo 1, de la LF como “principios básicos de la Constitución”. Por lo tanto, la función “constitutiva” no puede referirse al esquema general sistemológico de la sintaxis constitucional. Se refiere más bien al contexto pragmático de la sintaxis general de la Constitución.⁶⁴ Entre el proceso de imposición del derecho en los órganos estatales y la formación social de la opinión y la voluntad política se presupone una estrecha relación funcional.⁶⁵ La homogeneidad estructural de los diversos ámbitos de comunicación se produce a través de la característica operativa del “proceso permanente” de la formación de la opinión y de la voluntad políticas en el contexto general de comunicación social. Por lo tanto, propiedades características del orden democrático son la estructura infinita de la estructura del proceso de la comunicación pública, así como también las regulaciones “libres” e “iguales” y diferenciadas de la participación sólo limitadamente accesible de todas las personas e instituciones que participan en el procedimiento comunicativo.

De manera excelente caracterizan estos criterios, por lo menos *in thesi*,

⁶² Cfr. BVerfGE 5, 85, 134, 205; 7, 198, 208; 10, 118, 121; 12, 205, 260 y ss.; 20, 56, 97 y ss.; 20, 162, 174 y ss.; 25, 256, 265; 27, 71, 81 y ss.; 33, 52, 84 y ss.; 35, 202, 221 y ss.

⁶³ Cfr. BVerfGE 12, 113, 125; 12, 205, 260; 20, 56, 97 y ss.; 35, 202, 222.

⁶⁴ Leibholz, Gerhard, *Verfassungstaat und Verfassungsrecht*, Stuttgart, 1973, pp. 100 y ss., habla por ello más correctamente del derecho “co-constituyente” de la libre manifestación de la opinión. Este jurista, durante muchos años juez del Tribunal Federal Constitucional, caracteriza la función retórica legitimante en la forma corriente de hablar, cuando expone que este derecho está estrechísimamente vinculado con la creencia en la fuerza creadora de la discusión, del argumento y del contraargumento.

⁶⁵ Cfr., esp. BVerfGE 14, 121, 132; 20, 56, 98. Las consecuencias semánticas del tratamiento preferido de la formación de la opinión “pública” en relación con la opinión privada, no ha dejado de ser criticada en la teoría del derecho. Cfr., el panorama que ofrece Schmitt Glaeser, Walter, en “Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *AöR*, vol. 97, 1972, pp. 60 y ss., 276 y ss., esp. pp. 82 y ss.

los presupuestos pragmatológicos tal como son exigidos para una teoría retórica de la argumentación científica, que parte de la comprensión dialógica como una forma comunicativa básica del comportamiento social.⁶⁶ La forma gnoseológica de hablar del Tribunal encuentra en la teoría de la argumentación un fundamento teórico-científico. Aquí quedará abierta la cuestión de si el Tribunal caracteriza suficientemente el contexto pragmático del proceso dogmático de decisión, del que se trata en los procedimientos de imposición del derecho. Lo decisivo para el juicio retórico de la argumentación es que la pretensión de teoría de la validez implicada se apoye en condiciones que responden a los presupuestos pragmatológicos del lenguaje de la ciencia. De esta manera, la argumentación adquiere rango confirmológico.

Desde luego, es poco clara la relación semiótica de los diferentes criterios confirmológicos utilizados por el Tribunal Federal Constitucional. Los criterios más importantes han demostrado ser “cultura”, “tradición”, “consenso”, “concordancia ideológica” y “procedimiento democrático”. El alcance retórico que decide sobre la pretensión teórica de validez, es muy diferente en estos criterios. Sin embargo, como característica retórica común, cabe constatar que ellos en su totalidad, pertenecen al contexto pragmático del lenguaje del derecho. La función legitimante de la sintaxis del lenguaje del derecho, que ha jugado un papel tan importante en la tradición de la teoría del derecho, pasa totalmente a segundo plano en la argumentación teórico-constitucional detrás de los criterios pragmáticos de validez. La argumentación del Tribunal Federal Constitucional caracteriza un desarrollo de la retórica jurídica que va desde la sintaxis a la pragmática del lenguaje jurídico.

⁶⁶ *Cfr.*, al respecto, Schreckenberger, Waldemar, “Über die Pragmatik der Rechtstheorie”, pp. 572 y ss.; además, introducción, inciso 2.