

<i>Capítulo seis. La argumentación fundamentalista</i> . . . . .	170
1. Acerca de la utilización de esquemas fundamentales destacados	170
2. El catálogo de esquemas fundamentales destacados . . . . .	173
3. Acerca de la “idolatría” de los “principios” . . . . .	175
4. El valor de uso sintáctico de los esquemas fundamentales . . . . .	181
A. Acerca del principio del Estado federal . . . . .	182
B. Acerca del principio del Estado de derecho . . . . .	184
C. Acerca del principio de la democracia . . . . .	186
D. Acerca del principio de igualdad . . . . .	187
E. Acerca del principio del Estado social . . . . .	191
F. Acerca de los “valores supremos” . . . . .	192
5. Acerca de la función sintáctica de la retórica fundamental . . . . .	196
A. Acerca de la exigencia sintáctica de la completitud del sistema semiótico y la independencia de los esquemas fundamentales . . . . .	197
B. Acerca de la regla de la “compatibilidad retórica” . . . . .	198
6. Acerca de las reglas de uso de algunos esquemas fundamentales con especial referencia a las reglas pragmáticas sobre la competencia “pragmática” y “retórica” . . . . .	201
A. Acerca del uso del principio del Estado de derecho. (Sobre la argumentación ideónoma y sintónoma) . . . . .	202
B. Acerca del uso del principio general de igualdad . . . . .	206
C. Acerca del uso del principio del Estado social . . . . .	217
D. Acerca de la función retórica de las reglas sobre la competencia “pragmática” y “retórica” . . . . .	220

## CAPÍTULO SEIS

### LA ARGUMENTACIÓN FUNDAMENTALISTA

La clase de las expresiones metateóricas consideradas hasta ahora se caracterizaba por sus distintas funciones holísticas. En el modelo *zetético* propuesto, que representa la totalidad de las operaciones argumentativas en un campo de argumentación, los esquemas holísticos constituyen como ya se ha mostrado, las estructuras del armazón horizontal del orden sistemático de la sintaxis general de la Constitución. A la correspondiente dimensión “vertical” del campo de argumentación se refiere una clase de expresiones provistas de índices metateóricos especiales. Indicadores predilectos son “máxima”, “principio”, “decisión fundamental”, “valor fundamental”, “norma fundamental” o “norma fundamental decisiva para la valoración”. La importancia de su participación en la construcción de la sintaxis general de la Constitución difícilmente pueda ser exagerada. La argumentación del Tribunal Federal Constitucional se presenta como un intento de reducir los textos jurídicos y, en particular, el texto constitucional, a un orden de “principios”. Cabe hablar incluso de una “idolatría de los principios”.

En lo que sigue se tratará de mostrar los rasgos característicos particulares de esta dimensión sistemática de la sintaxis general de la Constitución y de investigar con mayor detalle la estructura semiótica de algunos principios.

#### 1. *Acerca de la utilización de esquemas fundamentales destacados*

Al igual que en el caso de los esquemas holísticos, el punto de partida para el análisis será una de las primeras decisiones de la Sala Segunda del Tribunal Federal Constitucional del 23 de octubre de 1951.<sup>1</sup> La argumentación decisiva está resumida en la tesis normativa \* 4 de la decisión, en la que el Tribunal se remite a “ciertos principios constitu-

<sup>1</sup> BVerfGE 1, 14 y ss.

\* La expresión técnico-jurídica *Leitsatz* ha sido traducida como “tesis normativa”. La *Leitsatz* es un resumen del contenido normativo del fallo, que precede a la “fórmula del fallo o decisión” (nota del traductor).

cionales” y “decisiones fundamentales”. Este párrafo proporciona también alguna información sobre la función retórica de las proposiciones destacadas metateóricamente al otorgarles —como ya se ha expuesto— una prioridad retórica que obliga a manejar las disposiciones constitucionales secundarias de modo tal que resulten compatibles con las proposiciones destacadas.

El Tribunal habla en esta decisión de “los” principios y de “las” decisiones fundamentales, sugiriendo que el artículo definido es usado como índice de esa clase. Pero omite hacer una enumeración completa de los elementos de esa clase. Sólo en la tesis normativa 128 menciona algunos principios constitucionales elementales, como, por ejemplo, el “principio de la democracia”, el “principio del Estado federal” y el “principio del Estado de derecho”. Para esta forma de hablar el Tribunal puede encontrar una base de sustentación semántica en el texto constitucional (artículo 28, párrafo 1, de la LF) que, con referencia a la organización constitucional de los *Länder* — de la que trata la decisión— habla de “principios”. Pero para destacar retóricamente esos principios no hay en aquel texto apoyo semántico alguno. Como ya ha mostrado el análisis de la estructura de la argumentación holística, el Tribunal no trata de inferir la función retórica especial de textos determinados mediante pautas semánticas de interpretación, sino que fundamenta la disponibilidad general de los esquemas sistemológicos en la estructura holística del campo de argumentación. El texto constitucional mismo se convierte en un caso de aplicación semántica de la sintaxis general de la Constitución. La utilización del esquema de principios no se limita a giros del texto constitucional. Como ya lo muestra la decisión comentada, aparece en diversas combinaciones y modos de aplicación. También hay esquemas que designan clases de principios. Así, por ejemplo, el Tribunal habla de los “principios del Estado de derecho democrático”, de los “principios del Estado de derecho” o de los “principios del pensamiento jurídico-estatal”. También varían los índices retóricos. Se los denomina “principios de la Ley Fundamental”, pero también principios “generales”. Finalmente el Tribunal habla con referencia a la disposición constitucional respecto de la reorganización del territorio federal (artículo 29, de la LF) de los “principios contenidos” en esta última.<sup>2</sup>

La pequeña selección que ofrece el texto de la decisión llama la atención sobre la múltiple utilización de los esquemas sistemológicos. Cabe, además, distinguir entre dos formas de utilización diferentes. Mientras que ciertos esquemas destacados expresan funciones retóricas funda-

<sup>2</sup> Ver para todo esto BVerfGE 1, 14, 33, 41, 48.

mentales que apuntan a la creación de una sintaxis constitucional coherente, otros esquemas indican cómo manejar textos jurídicos determinados. Una característica común sigue siendo la propiedad de determinar reglas generales para el manejo retórico de textos jurídicos. Funciones pragmáticas que —siguiendo el ejemplo de los esquemas holísticos— son desempeñadas por la retórica fundamentalista no constituyen una excepción. Su campo de aplicación es el contexto referido a situaciones dadas.

Sin embargo, la argumentación contiene también una primera referencia a las dificultades retóricas que surgen de una retórica fundamental que opera con principios generales. Pues el Tribunal considera que el principio federal y el principio democrático “se contradicen” dentro de ciertos límites con respecto a la posición del Estado miembro y que una “conciliación” sólo es posible si ambos principios sufren ciertas limitaciones.<sup>3</sup> La estructura semiótica, al menos de algunos principios, no parece encajar bien en el modelo de la compatibilidad retórica que parecía ser característico de la relación entre los principios fundamentales y las otras proposiciones de la sintaxis constitucional que les están subordinadas. El Tribunal evita la forma sintáctica y especialmente la forma lógica de hablar y caracteriza el contexto de argumentación con expresiones *ontologizantes* que suelen figurar en el lenguaje técnico de las teorías axiológicas. La conciliación de los principios presentada como necesaria no puede ser aparentemente formulada en términos lógicos, salvo en grado muy limitado. Tal vez podría tratarse de un contexto paraductivo o más exactamente dialéctico. De la forma de hablar cabe inferir, en todo caso, que el Tribunal parte de una incompatibilidad relativa de los dos principios en relación con una problemática constitucional especial y que esta incompatibilidad puede y debe ser eliminada para poder llegar a una base de argumentación viable. La incompatibilidad no caracteriza una propiedad general de los principios, sino una variante de su uso situacional. Las reglas conducentes a la compatibilización no han de buscarse, por lo tanto, en la región sintáctica, sino en la de su uso pragmático. Estas reglas tienen, por decirlo así, la función protosintáctica de eliminar las perturbaciones sintácticas situacionales.

La estructura pragmática del estilo de argumentación corresponde aquí a la situación procesal en la que el *Land* peticionario que pretende anular la ley en cuestión defiende su punto de vista mediante el principio de la democracia. Los esquemas contradictorios forman, a la

<sup>3</sup> BVerfGE 1, 50.

vez, una situación problemológica que se manifiesta en el procedimiento. Es evidente que esta construcción metódica de la superación del conflicto concede amplia libertad al Tribunal Federal Constitucional, pues la cuestión de saber si hay incompatibilidad no puede resolverse conforme a reglas sintácticas generales, sino que remite a la pragmática situacional del caso.

Hay que destacar que la sintaxis general de la Constitución está basada en esquemas sistemológicos que, al menos en su uso situacional, presentan a la sintaxis general de la Constitución, inclusive sus esquemas fundamentales, como una estructura de signos retóricamente “armónica”, depurada de incompatibilidades. Los esquemas destacados aparecen sin embargo, según el contexto pragmático, a la vez como reglas que caracterizan las conexiones problemáticas y ofrecen ayuda para la solución situacional de posibles incompatibilidades retóricas. Son esquemas de una solución retórica de problemas que no puede ser descrita en términos sistemológicos y lo ha de ser, por lo tanto, con la ayuda de los modelos de argumentación problemológicos. Ya en una de las primeras decisiones del Tribunal Federal Constitucional que hemos comentado, se insinúa la dicotomía de una forma de argumentación que resultó característica de la praxis lingüística posterior.

## 2. *El catálogo de esquemas fundamentales destacados*

También es instructiva la decisión de la Sala Primera del 23 de octubre de 1951 que —a la luz del análisis de las estructuras holísticas— resulta ser un modelo realmente paradigmático para la estructura sistemática de la sintaxis general de la Constitución.<sup>4</sup> Esa decisión suministra un catálogo muy extenso de “principios fundamentales”. Después de afirmar que los valores fundamentales supremos del Estado democrático en libertad constituyen el orden fundamental de la democracia en libertad, el Tribunal enumera los siguientes “principios fundamentales”:

el respeto a los derechos humanos concretados en la Ley Fundamental, sobre todo, el derecho de la persona a la vida y a su libre desarrollo, la soberanía popular, la división de poderes, la responsabilidad del gobierno, la legalidad de la administración, la independencia de los jueces, el principio de la pluralidad de los partidos políticos con el derecho de formar y ejercer la oposición conforme a la Constitución.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> BVerfGE 2, 1 y ss.; el llamado “fallo de prohibición del SRP”.

<sup>5</sup> Ver BVerfGE 2, 1, considerando 2, 12 y ss.

También en este caso el Tribunal renuncia a presentar una lista definitiva de los principios fundamentales; se limita a formular un catálogo mínimo. El Tribunal tampoco está interesado en delimitar estos principios frente a los principios constitucionales elementales, analizados anteriormente. Por el contrario, los principios se superponen, lo que conduce a la formulación de nuevas clasificaciones.

Por lo que respecta a la relación con el texto constitucional, encontramos, al igual que en la primera decisión fundamental, un manejo bastante liberal. Si bien el catálogo de los esquemas destacados se ajusta al texto constitucional en la medida en que sigue el orden de las secciones de la LF en la parte concerniente a los derechos fundamentales, abandona este orden en cuanto al texto dentro de cada sección. La argumentación tampoco hace referencia a disposiciones particulares de la Constitución y no mantiene los nombres del texto constitucional. También aquí la argumentación comienza con la discusión pragmática del problema de la posición que “la Ley Fundamental ocupa frente a los partidos políticos en general” y de las cuestiones de la teoría de la democracia respecto de las experiencias políticas de la época de Weimar.<sup>6</sup> La caracterización más llamativa de esta jurisprudencia es, como ya se ha mostrado al analizar los esquemas holísticos, que el texto constitucional mismo está incluido en la discusión de problemas. Aquí encontramos nuevamente el esquema de la “relación de tensión” que en este caso caracteriza la posición parlamentaria del diputado como representante del pueblo y como representante de un partido, que halla su expresión en los artículos 21 y 38 de la LF.<sup>7</sup> El Tribunal toma por cierto en cuenta que el constituyente no vio claramente la incompatibilidad de principio entre las dos disposiciones, pues en el caso del artículo 38 de la LF se trata de una frase que forma parte del contenido ideológico firme del derecho constitucional de la democracia liberal que el constituyente aceptó como tradicional y por ende inofensivo.<sup>8</sup> El texto aparece como un intento, no del todo logrado, de solucionar problemas político-constitucionales. La tradición y la teoría, en la versión peyorativa de “ideología” son presentadas como prejuicios que perturban una solución satisfactoria del problema. Para dar la solución deseada, el Tribunal procede ciertamente con reserva; se limita a una regla pragmática del caso concreto, a la capacidad heurística del contexto situacional que conduce a la decisión.

Como ya se ha mencionado, el Tribunal ofrece una solución semántica

<sup>6</sup> Ver BVerfGE 2, 1, 10 y ss.

<sup>7</sup> Ver BVerfGE 2, 10 y ss., 72 y ss.

<sup>8</sup> Ver BVerfGE 2, 72.

general para la relación en cuestión entre los artículos 21 y 9, párrafo 2, de la LF. Se pronuncia a favor de un manejo restrictivo de la proscripción de los partidos, donde lo que importa es el rechazo de los “principios supremos” por parte de un partido. El despliegue retórico poco común, la remisión a la teoría política y a la historia, la enumeración de numerosos “principios fundamentales”, sólo parece perseguir el fin de proporcionar una justificación pragmática del manejo semántico de la disposición constitucional. Tampoco se puede pasar por alto el hecho de que el catálogo de los principios ha sido escogido desde el punto de vista de la organización de las instituciones políticas, relevante para la decisión del caso. Sin embargo, la función retórica del estilo sistemológico de la argumentación quedaría muy trunca si se le pretendiera explicar como mera forma redundante de la pragmática del caso. Su inclusión en una argumentación holística que presenta esquemas con validez universal, va más allá del alcance pragmático del caso. También se ajusta a este estilo la retórica fundamental que señala el rango fundamental de la problemática del caso para la estructura y la capacidad funcional de la organización política y el contexto histórico de sus ideas. El Tribunal se mantiene dentro del marco del estilo argumentativo que introdujo al discutir la teoría política tradicional. Responde a la problemática generalizada, transmitida por la teoría política, que por así decirlo, exhibe en un código las proposiciones más importantes sobre la estructura de la organización política. En esa medida, la forma de hablar sigue atada al estilo tradicional de las decisiones judiciales. Donde el texto constitucional no parece ajustarse a la teoría, el Tribunal recurre a auxilios retóricos para eliminar las incompatibilidades molestas, si no en forma general, facilitando pautas interpretativas semánticas, por lo menos a través de reglas pragmáticas situacionales.

### 3. Acerca de la “*idolatría*” de los “*principios*”

A los hasta ahora mencionados “principios constitucionales supremos”, “elementales”, “decisiones fundamentales” o “valores fundamentales”, como así también “principios universales”, “fundamentales”, “últimos” o “básicos”, se agrega con el tiempo a través de decisiones judiciales posteriores, una cantidad inconmensurable de expresiones que son clasificadas como “principios universales escritos” o “no escritos”, tautológicamente también como “principios fundamentales” o “principios rectores”, “principios centrales”, “normas valorativas de principio” o “reglas fundamentales”, etcétera. Se trata en parte de esquemas de jerarquía constitucional, en parte de expresiones que sirven para la caracteriza-

ción, o bien de prescripciones particulares referentes a una región jurídica jerárquicamente inferior a la Constitución, o bien de determinados campos semánticos del lenguaje jurídico en la mayoría de los casos tradicionalmente delimitados por la Constitución. Para tener una idea del gran número de tales esquemas metalingüísticos dispersos en la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, es conveniente echar una ojeada sobre los esquemas más difundidos de esta zona del campo de argumentación.

a) El mayor valor de uso corresponde, después del principio del Estado de derecho y los principios formulados en su consecuencia, a los que volveremos más adelante, al principio general de igualdad. Este principio pertenece, como el del Estado de derecho, a los principios fundamentales. Más allá de su función dogmática como “derecho fundamental”, este principio vale como “principio constitucional independiente no escrito, en todos los campos y para todas las comunidades de personas”.<sup>9</sup> Una importancia especial logró el “principio constitucional de igualdad de elección” que, a pesar de estar regulado especialmente en el artículo 28, párrafo 1, de la LF, es presentado como “un caso de aplicación” del principio general de igualdad.<sup>10</sup> Una lesión de este principio viola el “derecho político fundamental” del individuo. El “principio de igual posibilidad de competencia” de los partidos políticos, llamado también “derecho fundamental de los partidos a la igualdad de posibilidades”, es presentado también como “principio”. Este derecho fundamental “está implícito en el orden democrático fundamental”.<sup>11</sup> A este orden fundamental pertenece también el “principio de pluralidad de partidos”, que ya hemos comentado, como así también el “principio de la democracia militante”,<sup>12</sup> extraído de los artículos 9, párrafo 2, 20, párrafo 4, 18, 21, párrafo 2, 98 y 5, de la LF. Uno de los principios jurídicos fundamentales es también “la prohibición de arbitrariedad” que halla su expresión jurídico-positiva en el artículo 3, párrafo 1, de la LF y en parte también en el artículo 3, párrafo 3, de la misma LF.<sup>13</sup> También aparecen en la argumentación los “principios fundamentales de justicia”, el “principio de la justicia material” y los “postulados básicos de justi-

<sup>9</sup> Ver BVerfGE 6, 84; 10, 270; 13, 296; 14, 135; 17, 126 y ss.; 23, 24; 23, 373.

<sup>10</sup> Ver BVerfGE 1, 242; 3, 391; 4, 39; 6, 91; 11, 266; 12, 15.

<sup>11</sup> Ver BVerfGE 1, 242; 6, 280; 7, 99, 107; el Tribunal no tiene desde luego inconveniente en recurrir para este principio también al artículo 3, párrafo 1, de la LF, cuando así lo necesita; *cf.*, esp., BVerfGE 24, 300, 340 y las decisiones allí citadas.

<sup>12</sup> *Cfr.*, esp. BVerfGE 28, 36, 48 y ss.

<sup>13</sup> Ver, por ejemplo, BVerfGE 29, 99, considerando 4.



cia”.<sup>14</sup> Estos últimos aparecen, sobre todo, en conexión con el principio de igualdad y el del Estado de derecho.

En relación con el derecho impositivo, del cual el Tribunal tiene que ocuparse a menudo, se habla del “principio de la justicia impositiva” que surge del artículo 3, párrafo 1, de la LF.<sup>15</sup> Cabe mencionar aquí también el “principio general de equidad”.<sup>16</sup>

En el contexto semántico del “Estado social de derecho” se encuentra el “carácter social del Estado”, que el Tribunal cuenta entre los principios básicos del Estado.<sup>17</sup> Al igual que en el caso del principio del Estado de derecho, encontramos aquí la conexión del signo “principio” con un esquema holístico. El Tribunal habla también del “principio del Estado social”, del “principio del Estado social de derecho” o de los “principios fundamentales del Estado social”.<sup>18</sup>

Otros principios: el Tribunal habla en relación con el artículo 5, párrafo 1, de la LF, del “principio constitucional de la libertad de información a través de la radiodifusión”,<sup>19</sup> en relación con el artículo 6, párrafo 1, de la LF, del “principio de la unidad de la familia”;<sup>20</sup> en relación con el artículo 12, párrafo 1, del mismo ordenamiento, del “principio de la libre elección de la profesión”.<sup>21</sup> En el manejo del artículo 2, párrafo 1, de la LF, se habla de un “principio de libertad de emigración”.<sup>22</sup> La prescripción del artículo 103, párrafo 1, de la misma LF, que garantiza el derecho a ser oído por el juez, es calificado como “principio”, y el artículo 104, párrafo 1, de la LF, que prevé garantías para el caso de la privación de la libertad, es descrito como “principio rector”.<sup>23</sup>

El “principio de la Federación” o el “principio del comportamiento leal frente al sistema federal” se cuenta entre los principios no escritos de la Constitución;<sup>24</sup> la regulación sobre la competencia legislativa de la Federación y los *Länder*<sup>25</sup> sigue el “principio” de la “competencia de

<sup>14</sup> Ver al respecto BVerfGE 3, 158; 3, 225, 233, 237; 7, 196; 12, 107; 17, 330; 23, 106; 23, 373.

<sup>15</sup> Ver BVerfGE 6, 70; 13, 202; 18, 224.

<sup>16</sup> Ver BVerfGE 15, 146.

<sup>17</sup> Ver BVerfGE 3, 381.

<sup>18</sup> Ver BVerfGE 6, 72; 7, 152; 8, 17; 9, 82; 10, 263, 270; 12, 355; 14, 263, 277 y ss.; 17, 11; 17, 50; 18, 267; 19, 319; 21, 251; 22, 180.

<sup>19</sup> Ver BVerfGE 12, 41.

<sup>20</sup> Ver BVerfGE 17, 11.

<sup>21</sup> Ver BVerfGE 13, 106.

<sup>22</sup> Ver BVerfGE 6, 42.

<sup>23</sup> Ver BVerfGE 7, 95; 12, 8; 10, 321.

<sup>24</sup> Ver BVerfGE 1, 315; 4, 115; 6, 361; 12, 239, 254; 13, 54.

<sup>25</sup> Artículos 70 y ss. de la LF.

los *Länder*.<sup>26</sup> Por último, cabe mencionar el “principio jurídico general” de la aplicación del derecho, de acuerdo con el cual una norma general es desplazada por una norma especial.<sup>27</sup> También hay un principio del derecho alemán común, que da prioridad a la voluntad del Estado manifestada en forma de ley.<sup>27a</sup>

b) Una subclase de los esquemas ordenadores son las “decisiones fundamentales” o “reglas fundamentales”. El uso del signo “decisión fundamental” no se limita a las disposiciones jurídicas fundamentales de la LF.<sup>28</sup> Tiene aplicación también respecto de otras disposiciones de la misma. Así, por ejemplo, el Tribunal habla de las “decisiones fundamentales de la Ley Fundamental”<sup>29</sup> en relación con los artículos 7, 30, 70 y ss., de ese ordenamiento. Se presenta También el artículo 70 de la LF, del cual ya fue extraído el principio fundamental de la competencia de los *Länder*, como “regla fundamental de la organización del Estado federal”, que contiene una concretación del artículo 30 de la LF.<sup>30</sup> “Decisiones fundamentales” o “decisiones de principio” de la LF se encuentran, además, en los artículos 9 párrafo 2, 18, 21 párrafo 2, así como en los artículos 98 párrafo 2 y 5 de la LF.<sup>31</sup>

c) Especial mención merece la subclase de las “decisiones valorativas” y “normas de principio” y su combinación aditiva. Aquí ha de ser mencionada, ante todo, la argumentación referente a la disposición del artículo 6, párrafo 1, de la LF, que protege el matrimonio y la familia. Esta argumentación utiliza expresamente esos esquemas en relación al texto de esta disposición.<sup>32</sup> El artículo 6, párrafo 1, es llamado también “decisión valorativa fundamental” o “norma directriz”, mientras que el artículo 6, párrafo 5, que exige la equiparación de la posición social del hijo extramatrimonial a la del hijo legítimo, es clasificado sólo como “decisión valorativa”, a la par con su función dogmática como “norma”.<sup>33</sup>

La expresión “norma fundamental valorativa” es utilizada respecto al artículo 4, párrafo 1, de la LF, que garantiza la libertad de conciencia y al cual el Tribunal se refiere reiteradamente.<sup>34</sup> También el artículo 5, párrafo 3, es presentado como una “norma fundamental valorativa” que

<sup>26</sup> Ver BVerfGE 10, 101; 12, 228; 15, 16 y ss.

<sup>27</sup> Ver BVerfGE 13, 296.

<sup>27a</sup> Ver BVerfGE 8, 169; 10, 101.

<sup>28</sup> Ver BVerfGE 7, 198.

<sup>29</sup> Ver BVerfGE 6, 310.

<sup>30</sup> Ver BVerfGE 16, 64, 79.

<sup>31</sup> Ver BVerfGE 13, 50; 22, 424.

<sup>32</sup> Ver BVerfGE 6, 72; 9, 242, 248; ver también 3, 232.

<sup>33</sup> Ver BVerfGE 13, 298; 17, 38; 24, 120, 135; con respecto al artículo 6, párrafo 5, de la LF, ver BVerfGE 8, 217; 17, 153.

<sup>34</sup> Ver BVerfGE 21, 371; 23, 134.

regula la relación de la ciencia con el Estado. Con respecto a la libertad de prensa, que es calificada de “elemento esencial del Estado en libertad”, se habla, en cambio, de un “valor fundamental”.<sup>35</sup> Para la garantía de la propiedad del artículo 14, párrafo 1, de la LF, se encuentran las expresiones “decisión valorativa” y “decisión valorativa fundamental”, mientras que el artículo 13, que declara la inviolabilidad del domicilio, ha de contentarse con el *status* retórico de mera “decisión valorativa”.<sup>36</sup>

d) Los esquemas sistemológicos no se limitan a textos jurídicos; se los utiliza también en los textos judiciales. Así, el Tribunal refiere a los “principios de la decisión sobre las farmacias”, que versa sobre los presupuestos de la limitación del derecho fundamental a la libre elección de la profesión y califica a las interpretaciones semióticas relacionadas con ese fallo como teoría escalonada.<sup>37</sup> También hay principios que son “válidos conforme a la jurisdicción del Tribunal Federal Constitucional”. Tales principios son, en especial, las reglas directivas acerca de la admisibilidad de las leyes retroactivas. Han logrado especial importancia para la práctica de la labor legislativa pues el problema de la retroactividad se presenta en forma particularmente frecuente en el caso de las leyes complementarias.<sup>38</sup> En el muy conocido fallo de la Sala Primera del 17 de diciembre de 1953, que se ocupa de la ley reglamentaria del artículo 131 de la LF, el Tribunal apoya la reducción de emolumentos e indemnizaciones de ex empleados en la correspondiente aplicación de “principios” elaborados por la jurisprudencia del Tribunal del *Reich* y del Tribunal del Trabajo del *Reich* acerca de la responsabilidad por el riesgo laboral.<sup>39</sup> Esta teoría, llamada “teoría de las esferas” es —como se sabe— uno de los ejemplos clásicos de la formación del derecho a través de la doctrina y la jurisprudencia.<sup>40</sup>

e) Otra subclase está formada por “principios”, cuyo ámbito de validez semántica está limitado a materias jurídicas particulares. Así, por ejemplo, el Tribunal habla de los “principios” del derecho procesal alemán,<sup>41</sup> de los “principios tradicionales del derecho procesal”, que garantizan la

<sup>35</sup> Ver BVerfGE 20, 162, 174, 177. Con respecto a la libertad de la ciencia, ver BVerfGE 35, 79, 114 y ss.

<sup>36</sup> Ver, al respecto, BVerfGE 14, 278; 18, 132; 21, 155; con respecto al artículo 13, ver BVerfGE 18, 132.

<sup>37</sup> Ver BVerfGE 7, 377 y ss.; 9, 63; además, BVerfGE 13, 104, 113.

<sup>38</sup> Ver, al respecto, BVerfGE 21, 117, 131; 13, 270 y ss.; 14, 297; 15, 324; 18, 439.

<sup>39</sup> Ver, al respecto, BVerfGE 3, 58, 156; 3, 162, 176.

<sup>40</sup> Cfr., al respecto, Wieacker, Franz, “Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik”, *Hermeneutik und Dialektik, Aufsätze II*, compilado por Rüdiger Bubner y otros, Tübinga, 1970, pp. 311-336 y 319.

<sup>41</sup> Ver BVerfGE 4, 5; 4, 342; 4, 369; ver también BVerfGE 1, 4; 6, 385.

seguridad jurídica y la marcha ordenada de la justicia,<sup>42</sup> o también de “principios jurídicos del Código de procedimientos penales”;<sup>43</sup> han de mencionarse aquí, también, los “principios” que limitan la competencia del Tribunal Federal Constitucional para la revisión de las decisiones judiciales.<sup>44</sup> También se habla de los “principios del derecho administrativo general” o del “principio de oportunidad”, que domina el aspecto práctico de la administración.<sup>45</sup> Se mencionan, además, los “principios de las finanzas públicas”,<sup>46</sup> un “principio del derecho a las costas”,<sup>47</sup> un “principio impositivo de claridad en la formulación del derecho”<sup>48</sup> o los “principios desarrollados en el derecho de previsión social”,<sup>49</sup> también se habla del “principio del seguro obligatorio del seguro social alemán”<sup>50</sup> y se afirma que el seguro social se basa en el “principio previsional”.<sup>51</sup> Finalmente, hay “principios” de “asunción del patrimonio”, de la “sucesión en la función”, de la “identidad” y “continuidad” de las personas jurídicas.<sup>52</sup>

f) Pero todavía no hemos agotado la reserva de estos signos metalingüísticos. Esto vale, sobre todo, para la forma icónica “en principio” que el Tribunal utiliza con notoria frecuencia. En parte, este signo aparece como sinónimo de “principio”, en parte también como una regla sintáctica o pragmática especial.<sup>53</sup> Una elucidación más detallada de este signo se hará cuando se analicen las reglas de uso de algunos esquemas sistemológicos de argumentación.

g) Este sucinto panorama muestra que el Tribunal hace uso frecuente de esquemas sistemológicos y los aplica a materias muy distintas, que van desde esquemas constitucionales no escritos, pasando por textos constitucionales y otros textos jurídicos, hasta las teorías de interpretación y las construcciones jurídicas de la práctica del Tribunal Federal Constitucional y de otros tribunales, así como de la teoría jurídica. El modo de hablar metateórico no ofrece una información confiable sobre la característica semiótica de los esquemas destacados del lenguaje jurí-

<sup>42</sup> Ver BVerfGE 10, 267; además, BVerfGE 18, 135; 24, 49.

<sup>43</sup> Ver BVerfGE 15, 306.

<sup>44</sup> Ver BVerfGE 18, 450; 4, 7; 13, 150; 18, 92 y ss.

<sup>45</sup> Ver BVerfGE 9, 149; 9, 193.

<sup>46</sup> Ver BVerfGE 15, 139.

<sup>47</sup> Ver BVerfGE 11, 139.

<sup>48</sup> Ver BVerfGE 9, 246.

<sup>49</sup> Ver BVerfGE 9, 35.

<sup>50</sup> Ver BVerfGE 18, 45; 13, 26; 14, 288.

<sup>51</sup> Ver BVerfGE 17, 10.

<sup>52</sup> Ver BVerfGE 15, 145 y ss.

<sup>53</sup> *Cfr.*, como ejemplo, BVerfGE 6, 90; 13, 105; 15, 78; 17, 23; 17, 218; 18, 93; 18, 105; 20, 159.

dico. Expresiones tales como “principio”, “principio fundamental” o “regla fundamental”, indican el carácter de enunciado de los esquemas. La expresión “decisión”, utilizada a menudo en este contexto, indica el carácter pragmático, performativo, del resultado argumentativo en cuestión y deja abierta la pregunta acerca de las demás propiedades semióticas de las indicaciones. El tono imperativo que generalmente está vinculado con la expresión “decisión” en los textos judiciales, es una función pragmática que no explica únicamente el uso del signo. Tampoco es posible una delimitación semántica de los ámbitos de aplicación. Los “principios” pueden designar tanto “derechos fundamentales” como otros esquemas directivos. El esquema “valor”, preferido en los textos de la sección sobre derechos fundamentales, se encuentra también en otros contextos. Lo mismo vale para los esquemas “regla fundamental”, “decisión fundamental” o “decisión valorativa”.

Queda como nota común la caracterización retórica que señala una función sintáctica o pragmática especial para el uso de esquemas particulares en los contextos de argumentación. Muy marcada es la diferenciación de la caracterización retórica. El uso del lenguaje es aquí muy variable. Sin embargo, del modo de hablar presentado puede ya inferirse que las expresiones icónicas tales como “básico”, “fundamental” o “general”, son preferidas como indicadores retóricos que poseen un rango sobresaliente en la sintaxis constitucional o jurídica. Otras veces, el rango especial resulta de la combinación de esquemas caracterizados como “principio”, “valor” o “decisión”. Por ello, los análisis siguientes se ocuparán en primer lugar de esquemas de este tipo.

#### *4. El valor de uso sintáctico de los esquemas fundamentales*

Si es correcta la suposición de que al modo de argumentar del Tribunal Federal Constitucional subyace una armazón operacional retórica, que puede ser descrita como modelo sistemológico, entonces se plantea la cuestión de saber si los elementos destacados de este modelo tienen, por lo menos algunas propiedades que cabe exigir —conforme al estado actual de la investigación— de un sistema sintáctico de signos, formado de acuerdo con reglas fijas.

Como lo ha mostrado el análisis de los esquemas holísticos, la argumentación pretende proceder de acuerdo con las reglas de un “sistema” sobre la base de la “unidad interna” o de un “conjunto total” de la sintaxis general de la Constitución, estructurado jerárquicamente. A esta “unidad” remiten también los índices retóricos de los principios que proporcionan el cuadro de una estructura jerárquicamente estratificada.

Ellos presuponen reglas que vinculan sintácticamente los argumentos y justifican los principios como un procedimiento necesario y riguroso para el descubrimiento de otras propiedades y para su uso. El método que cumple hoy estos requisitos sintácticos especiales en la forma más rigurosa es la teoría del sistema axiomático-deductivo. Una argumentación que en su uso del lenguaje tiene pretensiones teórico-sistemáticas debe por ello aceptar que se la juzgue conforme a criterios de la teoría de sistemas de la lógica, que ha alcanzado el grado más alto de cuestionabilidad en la formación sistemática de los signos. De un sistema de este tipo se exige, como se sabe, que sea coherente y completo, que las proposiciones básicas del sistema, los axiomas, sean mutuamente independientes y, por último, que el sistema sea formalizable.<sup>54</sup> Acerca de las exigencias teóricas particulares, hay distintas opiniones. Sin embargo, es indispensable que una expresión que se maneja dentro del marco de un sistema de signos construido sintácticamente, sea apropiada para entrar en relaciones de deducción y fundamentación con otras proposiciones sobre la base de reglas y formar, de esta manera, con los demás signos del sistema, un contexto sintácticamente significativo. Por ello se plantea la cuestión acerca del valor de uso sintáctico y, en especial, del valor deductivo de los principios. Este valor ha de ser medido conforme al número de las clases de esquemas de la sintaxis general de la Constitución, que puedan descubrirse con la ayuda de un principio. Puesto que las reglas de deducción que usa el tribunal no están explicitadas y, por lo tanto, la constatación de conexiones semánticas sintácticamente relevantes está expuesta al peligro de una interpretación subjetiva, ha de suponerse que existe una conexión deductiva o, en general, una conexión de signos accesibles a las reglas sintácticas, cada vez que se pueda aceptar —tomando en cuenta el modo de expresarse del Tribunal y, en especial, las expresiones implicativas utilizadas en el texto— que el Tribunal parte del supuesto de una conexión de este tipo.

#### A. Acerca del principio del Estado federal

No se puede dar una respuesta uniforme a la pregunta acerca del valor deductivo de todos los principios. Es perfectamente comprensible que los distintos principios desempeñen en los contextos semánticos o pragmáticos un papel diferente en la jurisprudencia, habida cuenta del

<sup>54</sup> Cfr. Bocheński, J.M., *Die zeitgenössische Denkmethoden*, pp. 80 y ss.; Bocheński-Menne, *Grundriss der Logistik*, § 7, pp. 49 y ss.; Hilbert, David y W. Ackermann, *Grundzüge der theoretischen Logik*, § 8, pp. 98 y ss.; Carnap, Rudolf, *Einführung in die symbolische Logik*, pp. 172 y ss.

hecho de que el campo argumentativo está construido de caso en caso, conforme a la competencia institucional de un órgano judicial.

Entre los principios elementales que se refieren a la estructura de la organización estatal, el “principio del Estado federal” adquirió un rango especial. Esto ya se había anunciado en la mencionada decisión de la Sala Segunda del 21 de mayo de 1952, en la que el Tribunal presenta el “deber jurídico de lealtad al sistema federal”. El Tribunal expone que este deber jurídico se “sigue” del principio federalista. Como es sabido, este deber jurídico es caracterizado después como un “principio constitucional no escrito”, que obliga recíprocamente a la Federación y a los *Länder* a un comportamiento mutuamente leal. La conexión sintáctica no es cuestionada por el hecho de que el Tribunal se remita a las consideraciones de Smend con respecto al Estado federal monárquico en 1916; estas referencias pragmáticas sirven normalmente para reforzar y abreviar la argumentación.<sup>55</sup> Este principio es llamado, en forma sintácticamente abreviada, “principio constitucional de lealtad al sistema federal” en el muy influyente fallo del 26 de marzo de 1957, que rechazaba la tesis de que el legislador de un *Land* esté ligado por las disposiciones del concordato del *Reich* con la Santa Sede, en virtud del principio de lealtad al sistema federal.<sup>56</sup> A partir de este “deber general”, se “infiere” o “se desarrolla” una serie de deberes “especiales”, esto es, de enunciados con función directiva.<sup>57</sup>

Una posición clásica con respecto al uso del “principio del Estado federal” ocupa el fallo de la Sala Segunda del 28 de febrero de 1961, en el que se afirma, entre otras cosas, que la Federación ha violado el principio del comportamiento leal al fundar la sociedad Alemania-Televisión SRL. El Tribunal infiere, mediante una amplia argumentación a partir del principio constitucional general, una serie de deberes adicionales y otras directivas para la Federación y los *Länder* que están “más allá de los deberes constitucionales expresamente establecidos en la Constitución federal”.<sup>58</sup> La importancia de la función dogmática de la argumentación es obvia. Ella ha influido considerablemente en la estructura y en el modo de funcionar de la organización federal.

Las interesantes consideraciones en las que el Tribunal remite a su jurisprudencia anterior y llama la atención sobre un total de nueve diferentes disposiciones generales muestran hasta qué punto se esmera el Tribunal para presentar las directivas generales, inferidas a partir del

<sup>55</sup> Ver BVerfGE 12, 254 y también BVerfGE 1, 300, 315.

<sup>56</sup> Ver BVerfGE 6, 309, 361; *cfr.*, también, BVerfGE 3, 57.

<sup>57</sup> *Cfr.*, al respecto, también BVerfGE 8, 122, 139.

<sup>58</sup> Ver BVerfGE 12, 205, 254 y ss.

principio del Estado federal, en un contexto argumentativo común. Esta decisión puede ser considerada como un paradigma para la función generativa de los principios constitucionales no escritos.<sup>59</sup>

### B. Acerca del principio del Estado de derecho

El principio que ha resultado ser el más fecundo en la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional es el principio del Estado de derecho. Este principio cubre un gran número de otros principios. Para nombrar los más importantes, mencionaremos los siguientes: el “principio de la justicia en casos particulares” o también la “justicia (material)”,<sup>60</sup> el “principio de la seguridad jurídica” o el “principio de la protección de la confianza”,<sup>61</sup> el “principio de la división de poderes”, el “principio de la obligatoriedad del orden constitucional para la legislación”, el “principio de la obligatoriedad de la ley y del derecho para el Poder Ejecutivo y la jurisprudencia”,<sup>62</sup> el principio “derivable” del principio del Estado de derecho, que “acuerda al ciudadano la protección jurídica más amplia posible”,<sup>63</sup> el “derecho de previa audiencia judicial”, elevado en el artículo 103, párrafo 1, de la LF, a la categoría de derecho fundamental, como una “derivación” de la idea del Estado de derecho,<sup>64</sup> los “principios jurídicos de la claridad normativa y justiciabilidad”,<sup>65</sup> el “principio según el cual toda facultad administrativa sólo puede ser usada en el sentido de la finalidad de la ley”,<sup>66</sup> o el “principio de proporcionalidad” de la intervención estatal.<sup>66a</sup>

En todos estos principios llama la atención el hecho de que el Tribunal ni siquiera intenta fundarlos, por lo menos implícitamente, en alguna directiva formulada. La afirmación de que el principio del Estado de derecho no “contiene” mandatos o prohibiciones de rango constitucional,

<sup>59</sup> *Cfr.*: BVerfGE 12, 205, 254 en conexión con BVerfGE 1, 117, 131; 1, 299; 315 y ss.; 3, 52, 57; 4, 115, 140; 6, 309, 328, 361 y ss.; 8, 122, 138 y ss.; 12, 205, 249 y ss., 239 y ss. *Cfr.*, además, BVerfGE 31, 314, 354; 32, 199, 218; 34, 216, 232.

<sup>60</sup> Ver BVerfGE 7, 92; 7, 196; 15, 319. *Cfr.*, también, BVerfGE 37, 65.

<sup>61</sup> Ver BVerfGE 2, 403; 3, 237; 4, 357; 7, 196; 11, 64; 13, 45; 13, 223; 15, 313, 319; 20, 344; 22, 248; 22, 329; 22, 347; 22, 419; 24, 229; 36, 82.

<sup>62</sup> Ver BVerfGE 30, 1, 24 y ss.; con respecto al “principio de la legalidad de la administración”, ver también BVerfGE 6, 43; 8, 325 y ss.

<sup>63</sup> Ver BVerfGE 30, 1, 25; ver también BVerfGE 6, 32, 44.

<sup>64</sup> Ver BVerfGE 9, 89, 95 con más citas. *Cfr.*, también, BVerfGE 37, 102 y ss.

<sup>65</sup> Ver BVerfGE 21, 75, 79; 34, 358 y ss.; 37, 142.

<sup>66</sup> Ver BVerfGE 18, 363 en conexión con BVerfGE 14, 105, 116.

<sup>66a</sup> Ver BVerfGE 19, 348 y ss.; además BVerfGE 7, 407; 10, 117; 21, 180; 23, 56; con respecto a la llamada prohibición de exceso, *cfr.* BVerfGE 16, 202; *cfr.*, también, p. 338 y las decisiones ahí citadas.



determinados unívocamente en todos sus detalles, sino que requiere ser “concretado” en cada caso particular, parte también de la suposición de que ese principio abarca a varios principios.<sup>67</sup> Esto surge aún más claramente de la oración precedente de este texto en la que el Tribunal afirma que al Estado de derecho “pertenece” no sólo la previsibilidad, sino también la seguridad jurídica y la corrección o justicia material. Los principios aquí nombrados son también caracterizados como “elementos esenciales” del principio del Estado de derecho.<sup>68</sup> Surge de esta manera de hablar que el “principio del Estado de derecho” sólo se usa como nombre de una clase de principios. En estos casos no se puede hablar, por lo tanto, de un valor deductivo, aun cuando la manera de hablar dé la impresión de que se trata aquí de clases de principios que están sintácticamente conectadas. Uno podría suponer tal vez la existencia de una deducción en el caso de los principios *nulla poena sine culpa* o de “presunción general de no culpabilidad”, pues los dos son presentados como esquemas “basados” en el principio del Estado de derecho.<sup>69</sup> Pero no hay aquí una operación retórica que pueda ser calificada como procedimiento deductivo. El Tribunal se limita a repetir que el principio del Estado de derecho es uno de los principios elementales de la LF y agrega que la “idea de la justicia” exige una relación adecuada entre los hechos y las consecuencias jurídicas; pero esta “relación adecuada” significa aquello que los principios deben expresar. El texto no suministra más que una clasificación pragmáticamente motivada del principio tradicional que ya se encuentra en el derecho común alemán.

Sólo a nivel de los principios individuales cabe encontrar conexiones deductivas sintácticas. Entre ellas se encuentran, sobre todo, los “enunciados jurídicos constitucionales” que el Tribunal ha expuesto en su jurisprudencia respecto del problema de la constitucionalidad de la retroactividad de las leyes. Estos argumentos han adquirido una posición muy elevada en la sintaxis general de la Constitución, han influido grandemente en la legislación y contribuido a mejorar la función comunicativa del lenguaje legal en diversos campos jurídicos. En lo referente a las reglas, de acuerdo con las cuales se llega a tales proposiciones, podría suponerse a primera vista que no se trata más que del conocido procedimiento de poner etiquetas. Porque el Tribunal señala reiteradamente que estas proposiciones se deducen del principio del Estado de derecho. Pero la fundamentación más detallada muestra que estas proposiciones

<sup>67</sup> Ver BVerfGE 7, 89, 92 y ss.

<sup>68</sup> Ver BVerfGE 2, 403; 7, 196; 15, 319.

<sup>69</sup> Ver BVerfGE 20, 323, 331 y ss.; 19, 347; 22, 265.

jurídico-constitucionales o principios están relacionados en primer término con los principios de la “seguridad jurídica”, de la “protección de la confianza” y de la “justicia material”.<sup>70</sup> Los principios referentes a la determinación suficiente del poder de intervención del Estado que requieren que la intervención del poder público sea “mensurable y hasta cierto grado previsible para el ciudadano” son apoyados por el Tribunal en tres razones. El tribunal deriva estos principios tanto del principio de la seguridad jurídica, como del principio de la división del poder y de la exigencia jurídica de la protección más completa posible del particular.<sup>71</sup>

Una situación parecida se encuentra en los principios acerca de los presupuestos y la forma de los cambios de distritos judiciales. Aquí figuran como datos sintácticos, el “principio de la división de poderes” y el “postulado del juez legal”, entre otros. Sin embargo, la afirmación de que este postulado tiene como “presupuesto lógico” un conjunto de proposiciones jurídicas que indican por anticipado el juez competente para todo pleito imaginable, es equívoca. Se trata aquí del uso semántico del término “legal”.<sup>72</sup>

### C. Acerca del principio de la democracia

Entre los principios constitucionales que se refieren a la organización política destaca el principio de la democracia. Cabe mencionar aquí el “derecho fundamental”, llamado también “principio” de igualdad de competencia, al cual ya nos hemos referido al hablar de los esquemas holísticos. Este principio, a diferencia del de la igualdad del derecho electoral, que es un “caso de aplicación” del principio general de igualdad, es entendido como “elemento constitutivo del orden democrático en tanto tal”.<sup>73</sup> Pero sólo hay conexiones sintácticas cuando el Tribunal sostiene que el derecho fundamental de los partidos a la igualdad de posibilidades, que no está expresamente instituido en la LF, “resulta”

<sup>70</sup> *Cfr.*, especialmente, BVerfGE 13, 261, 270 y ss.; 7, 92; 7, 152; 8, 304; 15, 319; 21, 362, 372; 21, 378, 388; 36, 82.

<sup>71</sup> Ver BVerfGE 7, 282, 302 y ss., con numerosas citas; además, BVerfGE 9, 147; 13, 270 y ss.; 14, 113 y ss.; 15, 324; 18, 439; 21, 131 y ss.

<sup>72</sup> Ver BVerfGE 2, 307, 319 y ss. Scheuerle se refiere expresamente al uso superfluo y confuso de argumentos lógicos en las argumentaciones jurídicas. *Cfr.* Scheuerle, Wilhelm, “Die Logik der Logik. Studien über logische Argumente und Methodenehrlichkeit im juristischen Begründen”, ZZZ, t. 78, 1965, pp. 32 y ss., 35 y 54. La caracterización de estos argumentos como “retóricos” muestra claramente que Scheuerle parte de un concepto estrecho de retórica, limitado, sobre todo, a referencias pragmáticas afectivas.

<sup>73</sup> Ver BVerfGE 1, 208, 242.

de la “importancia que tienen para la democracia liberal la libertad de fundar partidos políticos y el principio del pluralismo”.<sup>74</sup> La remisión a la “democracia liberal” no aclara mucho los principios implicados; pero la muy abreviada argumentación sugiere que no está excluida la presencia de conexiones deductivas.

Como otro ejemplo, tomado del campo operacional del principio de la democracia, podría mencionarse la decisión del 16 de marzo de 1955.<sup>75</sup> El Tribunal sostiene que, a pesar de la decisión de la LF en favor del “Estado moderno de partidos”, “resulta” de los “principios de la democracia parlamentaria en libertad y representativa” un *status* especial del diputado, que éste puede invocar en caso de conflicto constitucional. En este caso, la disposición del artículo 38, párrafo 1, de la LF y las disposiciones conexas son presentadas como un caso de aplicación de esos principios. Tampoco aquí se explicitan los datos implicados sino que se los aclara a través de la remisión al contexto pragmático del desarrollo histórico. Sin embargo, parecen aquí construibles conexiones deductivas.

Cabe mencionar, finalmente, el principio que exige, entre otras cosas, que el legislador no renuncie en forma total a su competencia legislativa. Este principio no “se sigue” del principio del Estado de derecho, sino del de democracia.<sup>76a</sup>

#### D. Acerca del principio de igualdad

En lo que sigue habrá de investigarse el valor deductivo del principio de igualdad y del principio del Estado social. El valor de uso sintáctico de estos principios es bastante reducido si se lo compara con su importancia constitucional dogmática y política. Este hecho llama la atención sobre ciertas dificultades de los que nos ocuparemos al analizar las reglas de uso pragmático de algunos principios.<sup>76</sup> La estructura semiótica de estos esquemas es aparentemente poco adecuada para proporcionar nuevas proposiciones jurídicas mediante reglas sintácticas.

a) En lo referente al principio de igualdad, cabe señalar el ya mencionado “principio de igualdad electoral”,<sup>77</sup> el “principio de justicia impositiva”<sup>78</sup> y el “principio de la distribución lo más uniforme posible

<sup>74</sup> Ver BVerfGE 6, 273, 280.

<sup>75</sup> Ver BVerfGE 4, 144, 148.

<sup>75a</sup> Ver BVerfGE 33, 125, 158.

<sup>76</sup> Cfr. cap. 6, inciso 6.

<sup>77</sup> Ver BVerfGE 1, 242; 11, 360; 13, 12.

<sup>78</sup> Ver BVerfGE 6, 70; 13, 202; 18, 224.

de las cargas públicas”.<sup>79</sup> Estos principios se refieren a sectores del campo operacional semántico del principio de igualdad. La argumentación no va más allá de una mera clasificación.

La conexión entre el principio de igualdad y el principio del Estado de derecho, surge claramente en el fallo parcial de la Sala Primera, del 5 de agosto de 1966.<sup>80</sup> El “principio de legalidad”, que obliga al fiscal a intervenir en todas las acciones punibles de instancia pública, es calificado en esta decisión como “expresión del principio de igualdad”; la misma Sala había señalado antes que se trataba de un principio “especialmente importante para el Estado de derecho”.<sup>81</sup>

b) Un problema especial plantea la relación semiótica del principio de igualdad con las decisiones valorativas, en especial de la sección de derechos fundamentales de la LF. Las reglas formuladas para ello por el Tribunal Federal Constitucional desempeñan un papel especial en su argumentación, sobre todo en el campo operacional de los textos referidos a derechos fundamentales. Dado que estas reglas son también relevantes para importantes problemas de la estructura semántica de la sintaxis general de la Constitución, hay que investigarlas en detalle.

El Tribunal parte en su jurisprudencia constante de que el “principio general de igualdad ha de ser concretado a través de las decisiones valorativas especiales de la Constitución y recibe de estas últimas su contenido actual”.<sup>82</sup> Tal “concretación” se produciría, sobre todo, en los artículos 3, párrafos 2 y 3; 6, párrafos 1 y 5; 9, párrafos 2 y 3; 18; 21, párrafo 2; 28, párrafo 1; y 38, párrafo 1; de la LF.<sup>83</sup> Sin embargo, no es claro qué significa el signo metalingüístico “concretación”. En el fallo BVerfGE 3, 240, el Tribunal sostiene que en los textos citados el artículo 3, párrafo 1, de la LF, halla su “contenido actual” en la prohibición de arbitrariedad y en las concretaciones del principio de igualdad. La expresión “contenido actual” indica probablemente una regla de uso para el principio de igualdad.<sup>84</sup> En consecuencia, la expresión “concretación” es manejada como una regla metalingüística que formula directivas sobre el uso de signos lingüísticos, esto es, ofrece reglas para el

<sup>79</sup> Ver BVerfGE 11, 119; 13, 171.

<sup>80</sup> Cfr. BVerfGE 20, 162, 22, el llamado “fallo sobre ‘Der Spiegel’”.

<sup>81</sup> Ver BVerfGE 16, 202; ver también BVerfGE 18, 353, 363, en donde el principio de igualdad es presentado como exigencia general del “Estado de derecho”; cfr., además, BVerfGE 2, 121, 123; cfr., también, pp. 232 y ss.

<sup>82</sup> Ver esp. BVerfGE 13, 296 con más indicaciones.

<sup>83</sup> Ver BVerfGE 3, 240; 6, 71; 9, 248; 12, 163; 13, 48 y ss.; 22, 172; 36, 126, 133.

<sup>84</sup> Ver BVerfGE 3, 225, 239 y ss.; cfr., también, BVerfGE 23, 98 y ss.

descubrimiento de disposiciones interpretativas u otros criterios para el uso del principio de igualdad.

Pero aquí no se agota su función. Pues el Tribunal combina con esta expresión una regla heurística, conforme a la cual la norma “general” desaparece detrás de la norma “especial”. El Tribunal sostiene que en su jurisprudencia constante se hace innecesario examinar la garantía general de libertad e igualdad cuando la norma legal en cuestión viola una norma constitucional especial.<sup>85</sup> Este modo de hablar, enriquecido con expresiones sintácticas, no basta ciertamente para determinar la relación lógica entre los principios generales y los esquemas presentados con normas especiales. Como es sabido, en la teoría jurídica se sostiene que para el problema del concurso de normas es indiferente que se dé una relación lógico-formal entre normas generales y especiales; lo decisivo, de acuerdo con esta opinión, es tan sólo el contexto “teleológico”.<sup>86</sup> Ciertamente, hasta hoy no se ha puesto en claro qué significa esta expresión metalingüística. Desde el punto de vista de la semiótica jurídica, las reglas sobre la aplicación de la ley pertenecen a la dimensión pragmática del campo argumentativo, pues tales reglas proporcionan directivas operacionales para el uso obligatorio de expresiones directivas en el contexto de la comunicación jurídica. Pero las distintas dimensiones de los signos se hallan en una conexión funcional. Ahora bien, una regla pragmática que regula el uso situacional de un signo lingüístico puede poner mayor acento en las propiedades semánticas o sintácticas de las expresiones. Lo primero parece darse en el llamado método teleológico, que se ocupa de “relaciones de sentido” que sólo son accesibles en forma limitada a las reglas lógicas o sintácticas en general.

¿Qué posición adopta el Tribunal Federal Constitucional? En su opinión, la idea de la prioridad de una norma especial es correcta cuando “la norma especial surge de la reformulación de la norma general, de modo que aquélla comprende necesariamente a esta última”.<sup>87</sup> El modo de hablar metafórico elegido también aquí por el Tribunal no es muy ventajoso para la clarificación de los problemas metodológicos. Pero la intención es seguramente interpretar la proposición acerca de la norma especial como un caso de aplicación de la vieja regla de la lógica clásica: *nota notae est nota rei*. Las características significativas del signo general se aplican también al signo especial, pero no necesaria-

<sup>85</sup> Ver BVerfGE 13, 296.

<sup>86</sup> Ver al respecto, Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, pp. 177 y ss.

<sup>87</sup> Ver BVerfGE 13, 296.

mente al revés; pero esto se da en una conexión sintáctica entre signos en el caso de la deducción lógica. Podría suponerse, por lo tanto, que el Tribunal acepta que entre las disposiciones generales y las especiales se da una relación lógica. Pero la situación es más compleja. Pues el Tribunal admite también que hay normas especiales cuyo contenido significativo es “independiente” de la norma general, es decir, “cada una de ellas tiene un significado propio”. Cuál de las dos normas ha de ser preferida, depende de “cuál de las dos tenga una relación material más fuerte con la situación examinada, conforme a su contenido significativo específico y resulte, por lo tanto, la norma más adecuada”.<sup>88</sup> De acuerdo con este texto, hay normas especiales que pierden su calidad de tal en ciertas situaciones.

Una norma de este tipo surge, por ejemplo, del texto del artículo 6, párrafo 1, de la LF. El *status* sintáctico de este esquema no está fijado en forma general. Depende, en cambio, de reglas operativas que se apoyan en criterios pragmáticos, como la referencia a la situación actual y el estado de cosas semiótico que rige la actividad interpretativa. En esta medida, este método se orienta pragmática y semánticamente, y se halla cerca de un uso “teleológico” de los signos. Resulta claro que un procedimiento con reglas para el uso retórico de los signos que prevén coordinaciones semánticas variables, conduce a considerables dificultades en un sistema lógico y sintácticamente estructurado, que exige coordinaciones semánticas unívocas e invariables para las expresiones del sistema, por lo menos para las operaciones temporalmente fijadas. Pero esto no significa renunciar a las conexiones lógicas en general. Pues la argumentación del Tribunal parte del hecho de que hay relaciones lógicas entre las normas generales y las especiales. Que el Tribunal mantiene esta tesis aun después de la interpretación revisada de la relación entre los artículos 3, párrafo 1; 6, párrafo 1, de la LF, resulta de su afirmación de que el 6, párrafo 1, no tiene “necesariamente” prioridad como norma especial.<sup>89</sup> Sin embargo, esta norma puede tener prioridad como norma especial, tanto antes como después de la interpretación revisada. Esto puede ser entendido en el sentido de que los dos principios admiten, por lo menos, dos clases de esquemas directivos, donde los esquemas de uno de ellos se encuentran en relaciones lógicas recíprocas. En este caso, tenemos un modelo de argumentación deductiva.

A partir de este resultado semiótico, podemos formular la siguiente hipótesis general:

En el uso de los esquemas que son resultado de una “concretación” de

<sup>88</sup> Ver BVerfGE, *loc. cit.*

<sup>89</sup> Ver BVerfGE 13, 297.

principios, no están excluidas las conexiones deductivas entre los principios y los esquemas que dependen de ellos.

### E. Acerca del principio del Estado social

El principio del Estado social desempeña hasta hoy un papel comparativamente modesto en la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional. Esto corresponde a la reserva respecto de la “competencia retórica” del Tribunal en el manejo de este esquema, que ya había anunciado en una de sus primeras decisiones —la del 19 de diciembre de 1951—, de acuerdo con la cual sólo el legislador puede hacer lo indispensable para la realización del Estado social.<sup>90</sup> No obstante, este principio ha alcanzado el rango de un esquema preferido en cuestiones de seguridad institucional del individuo. Llama la atención el manejo comparativo de acuerdo con el cual una situación se adecuaría “mejor” al principio del Estado social, y al uso orientado hacia la tradición o las instituciones sociales existentes.<sup>91</sup> A partir de esta argumentación, se formulan algunas proposiciones generales que parecen estar sometidas a reglas sintácticas.

Esto vale, sobre todo, en relación con el derecho a la función pública. Un jalón decisivo fue la sentencia de la Sala Primera, del 11 de junio de 1958, que acuerda al funcionario un derecho mínimo, semejante a un derecho fundamental, a la remuneración y a la seguridad social, a pesar de que la directiva del artículo 33, párrafo 5, de la LF, dirigida al legislador, está formulada con reservas. El Tribunal se apoya en la tradición, la tendencia de la LF y la importancia de contar con funcionarios profesionales para la “democracia del Estado social en libertad”.<sup>92</sup> Mientras que esta argumentación sólo hace uso del principio del Estado social en combinación con otros principios elementales de la Constitución en forma complementaria como regla semántica para la interpretación del artículo 33, párrafo 5, de la LF, la Sala Segunda avanza más al afirmar en forma lapidaria que para el ámbito del derecho de los funcionarios públicos y de la remuneración, la garantía de los principios tradicionales significa una “concretación especial” de la cláusula del Estado social.<sup>93</sup> Esta argumentación admite, conforme a nuestra hipótesis, la suposición de la existencia de conexiones deductivas.

<sup>90</sup> Ver BVerfGE 1, 97, 105; *cfr.*, también las observaciones críticas en la opinión divergente de la juez Rupp-von Brünneck en BVerfGE 36, 247 y ss.

<sup>91</sup> *Cfr.* BVerfGE 17, 11; 18, 267.

<sup>92</sup> Ver BVerfGE 8, 1, 16 y ss.; *cfr.*, también BVerfGE 15, 195.

<sup>93</sup> BVerfGE 17, 355, con referencia a BVerfGE 8, 1, 16 y ss.

El mismo modo de argumentar exhibe la decisión de la Sala Segunda, del 30 de noviembre de 1965.<sup>94</sup> En ella, sostiene el Tribunal que en las disposiciones del derecho administrativo y constitucional acerca del servicio público, que eran válidas antes de 1933 y después de 1945, el “principio del Estado social ya estaba concretamente formulado” y que la libertad de coalición sería privada de su “sentido histórico”, si no estuviese protegida por el artículo 9, párrafo 3, de la LF.

Cabe señalar, además, la decisión del 24 de julio de 1963 en la que el “deber de suavizar en lo posible la pérdida de un empleado de la que la comunidad es responsable” se presenta como una exigencia que incide en el derecho social tradicional y puede ser caracterizada como “una consecuencia del principio del Estado social”.<sup>95</sup>

La argumentación en las decisiones citadas muestra algunas notas características uniformes: se refieren ellas a principios tradicionales considerados como legítimos o a proposiciones jurídicas en una manera de hablar sintácticamente relevante. Es interesante señalar que así, el Tribunal se libera de la difícil tarea de suministrar prescripciones interpretativas semánticas generales para el “principio del Estado social”. La dimensión semántica del signo es completada más bien de caso en caso a través de una reducción al contexto pragmático mediante un tipo de operación reductiva. La “concretación” resulta ser así una “abstracción” retórica a partir de situaciones directivas encontradas pragmáticamente, que se hallan en cada caso. Esto no impide, ciertamente, que el principio tenga, después de la realización de las operaciones de interpretación, un rango sintáctico en un contexto semiótico que, por lo menos, no excluye reglas deductivas.

#### F. Acerca de los “valores supremos”

Como ha mostrado el análisis de la estructura holística de la sintaxis general de la Constitución, el campo de argumentación contiene esquemas que ostentan los más altos índices retóricos, así por ejemplo, “la dignidad del hombre” y la “libre personalidad humana” que, como se sabe, son calificados como el valor supremo o el centro del sistema valorativo constitucional.<sup>96</sup> Para la construcción sistemológica del campo de argumentación se plantea, por lo tanto, la pregunta de si a este

<sup>94</sup> BVerfGE 19, 303, 319.

<sup>95</sup> Ver BVerfGE 17, 38, 56 con referencia a la teoría del derecho.

<sup>96</sup> Cfr. BVerfGE 5, 204; 6, 41; 7, 405; 9, 12; 12, 53; cfr., también, BVerfGE 30, 1, 39, en donde el artículo 1 de la LF es llamado “principio constitucional básico”.



rango retórico corresponde también un valor de uso sintáctico en la estructura argumentativa. La respuesta es difícil porque el Tribunal refiere reiteradamente estos esquemas a un “sistema valorativo de los derechos fundamentales” y con ello provoca la impresión de un ámbito operacional especialmente estructurado o de un subsistema de la sintaxis general de la Constitución. La relación existente entre los textos de la sección de derechos fundamentales desempeña, en efecto, en la jurisprudencia, un papel especial. Esto vale, sobre todo, para la “garantía de la libertad de acción general” y el “principio general de igualdad”, en relación con otros textos de esta sección. El Tribunal parte también aquí de las reglas acerca de la relación entre las normas generales y las particulares y utiliza igualmente el esquema metódico de la “concretación”.<sup>97</sup> Como ya hemos visto al analizar el principio de igualdad, se trata aquí de reglas pragmáticas acerca del uso situacional de directivas que toman en cuenta también propiedades sintácticas que posibilitan la aplicación de reglas deductivas. Una referencia explícita al “valor supremo” o al “fin supremo” del derecho no es frecuente. Un caso de referencia de este tipo lo suministra la decisión del 20 de diciembre de 1960, en la que el Tribunal sostiene que la LF considera la libre personalidad humana y su dignidad como el valor jurídico supremo; el Tribunal continúa diciendo: “De esta manera ha sido reconocida consecuentemente en el artículo 4, párrafo 1, de la LF, la libertad de conciencia y de sus decisiones en las que se manifiestan en forma directa la personalidad moral autónoma como ‘inviolable’”.<sup>98</sup> Esta argumentación, aparte de su complicada estructura semántica, recargada de metáforas, se caracteriza sintácticamente por el hecho de sugerir una relación lógica entre diferentes esquemas, al inferir la inviolabilidad de la libertad de conciencia de la inviolabilidad de la dignidad humana, que ha pasado a integrar las condiciones del fin supremo. Que el Tribunal se refiere aquí a una relación que se da entre “principios”, surge de la siguiente oración de este texto, que crea una conexión con el artículo 4, párrafo 3, de la LF, que regula el derecho de negarse a prestar servicio militar. El Tribunal aduce allí que también el artículo 4, párrafo 3, de la LF, se basa en “este principio” y que la libertad de conciencia no sólo es un “presupuesto general (ideológico)”, sino que forma parte de su contenido normativo.<sup>99</sup> El Tribunal

<sup>97</sup> Cfr. BVerfGE 1, 273 y ss.; 4, 56 y ss.; 6, 37; 9, 73, 77; 9, 343; 10, 199; 11, 238; 24, 151; 24, 252; 30, 336; 36, 161. Con respecto a la competencia de validez, *cfr.*, también, p. 178.

<sup>98</sup> Ver BVerfGE 12, 45, 53 y ss. *Cfr.*, también, BVerfGE 28, 243, 260.

<sup>99</sup> Ver BVerfGE 12, 45, 54.

rechaza así expresamente la suposición de una referencia pragmática pasajera sugerida por el contexto ideológico de un esquema. Más bien ha de asegurarse una transferencia retórica de una premisa, aquí la “libertad de conciencia”, al uso del texto siguiente. Tales transferencias de validez se llevan a cabo en una estructura semiótica mediante una operación deductiva.

El Tribunal trata de formular una regla general al examinar la relación entre la protección general de la personalidad conforme al artículo 2, párrafo 1, de la LF, en conexión con el 1, párrafo 1, y la libertad de informar conforme al 5, párrafo 1. Ambas garantías son consideradas como valores constitucionales esenciales entre los cuales no hay ninguna prioridad de principio. Sin embargo, los dos valores constitucionales deberían ser considerados como “valores direccionales” en su relación con la “dignidad humana”, que forma el “centro del sistema valorativo de la Constitución”. Pero no hay aquí una conexión sintáctica. El “valor direccional” contiene, sin embargo, una directiva operacional para el descubrimiento de prescripciones de interpretación semántica basada en reglas pragmáticas.<sup>100</sup> Se establece una conexión similar entre la libertad de información del artículo 5, párrafo 1, de la LF y la protección de la personalidad conforme al artículo 2, párrafo 1, y 1, párrafo 1, del mismo ordenamiento. También hay una “estrecha relación” entre el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, mientras que la propiedad como “derecho fundamental elemental” se encuentra en “conexión interna” con la garantía de la libertad de la persona.<sup>100a</sup> Teniendo presente la estructura holística de la sintaxis constitucional general con sus numerosos esquemas sistemológicos, cabe suponer la existencia de un contexto sintácticamente estructurado entre el “valor jurídico supremo” o en general entre el “sistema valorativo” de la Constitución y los demás principios-esquemas. Sin embargo, la argumentación contiene aquí considerables lagunas.

Un ejemplo sucinto de una argumentación que sugiere una conexión entre el “principio del Estado de derecho” y el “valor jurídico supremo” puede ser extraído de una decisión acerca del problema de la admisibilidad de leyes retroactivas que, como se sabe, ha ocupado a menudo al Tribunal.<sup>101</sup> Conforme a la argumentación de esta decisión, el principio jurídico de que las leyes impositivas con efecto retroactivo son

<sup>100</sup> Cfr. BVerfGE 35, 202, 225 y ss.

<sup>100a</sup> Cfr., respecto al todo, BVerfGE 27, 71, 81; 31, 229, 239; 33, 52, 78, 87 y BVerfGE 35, 202, 221; además, BVerfGE 24, 367, 389; 37, 141.

<sup>101</sup> Cfr. BVerfGE 13, 215, 223 y ss.; cfr., al respecto, también BVerfGE 13, 261, 271 y ss.

por lo general inadmisibles, derivado del principio del Estado de derecho, descansa en la idea de que la confiabilidad del derecho vigente garantiza la previsibilidad de las consecuencias jurídicas del actuar humano. Con todo, aquí se establece una conexión argumentativa entre los esquemas ligados al “valor jurídico supremo”, que admite también relaciones sintácticas entre el principio de seguridad jurídica “deducido” del principio del Estado de derecho y el esquema de la “libre personalidad humana”.

El eslabón principal entre el “valor jurídico supremo” y la sintaxis general de la Constitución, sigue siendo el esquema holístico del “orden básico democrático en libertad”. La forma de hablar del “sistema valorativo de los derechos fundamentales” halla un apoyo retórico en el hecho de que el “valor jurídico supremo” se usa en conexión con los textos de la sección de derechos fundamentales. La función sintáctica se ha limitado hasta ahora al hecho de que los problemas regionales delimitados por el esquema tradicional individuo-comunidad encuentren solución dentro del marco de la sintaxis general de la Constitución.

El principio constitucional elemental al que el Tribunal Federal Constitucional parece acordar una posición sintáctica prioritaria respecto de otros principios fundamentales ha de buscarse fuera del catálogo de los derechos fundamentales. Se trata del principio del Estado de derecho, sobre todo en relación con el principio general de igualdad. Este último es presentado en argumentaciones que lo colocan en dependencia sintáctica respecto del uso del principio del Estado de derecho. Cabe mencionar aquí, sobre todo, aquellas decisiones que extienden la validez semántica del principio de igualdad a la organización del Estado.<sup>102</sup> El Tribunal señala aquí que el artículo 3, párrafo 1, de la LF, expresa un principio jurídico general que ya se sigue de la “esencia del Estado”, es decir, del “principio de la justicia universal”.<sup>103</sup>

Encontramos aquí nuevamente el conocido modelo según el cual, mediante la remisión a esquemas destacados de la sintaxis general de la Constitución, se extiende la validez semántica de un texto de la sección referida a los derechos fundamentales más allá del uso tradicional de esos textos. La ganancia argumentativa motivada pragmáticamente no perjudica, sin embargo, la conexión sintáctica y su función para construcción de una sintaxis general de la Constitución, puesto que las

<sup>102</sup> Cfr. BVerfGE 23, 12, 24; ver también BVerfGE 21, 362, 372.

<sup>103</sup> Cfr. BVerfGE 23, 12, 24; 23, 353, 373; ver también BVerfGE 34, 146, en donde el “principio general de igualdad” es presentado simplemente como “principio del Estado de derecho”. Cfr., también, BVerfGE 34, 328 y ss., en donde el principio de igualdad y la “justicia material” son utilizados suplementariamente.

disposiciones sobre la igualdad están asociadas tradicionalmente con la idea del Estado social. Aquí es el principio jurídico-estatal de la legalidad de la administración el que confiere validez inmediata para los órganos del Estado al “principio del Estado social”.<sup>104</sup> Pero la argumentación no ha sido profundizada de modo tal que sea posible mostrar conexiones sintácticas generales.

### 5. *Acerca de la función sintáctica de la retórica fundamental*

Si se resume el resultado del análisis, surge claramente que el Tribunal trata de apoyar sintácticamente la retórica fundamental sistemológica. El gran número de los principios constitucionales ofrecidos no es un mero repertorio de esquemas argumentativos aislados. Se encuentran reiterados intentos de estructurar sintácticamente las conexiones retóricas resultantes de los esquemas holísticos. El análisis ha podido señalar argumentaciones en las que los principios son manejados como esquemas destacados de una estructura semiótica construida deductivamente. Las relaciones sintácticas entre los signos no se enuncian explícitamente o lo son tan sólo en forma incompleta, pero el estilo argumentativo referido a combinaciones implicativas de los principios constitucionales permite reconocer que el Tribunal procede según modelos retóricos que admiten también reglas sintácticas para las conexiones deductivas. Ciertamente era claro que el uso sintáctico de los signos estaba conectado, la mayoría de los casos, con operaciones pragmáticas. Su rango destacado como principio constitucional elemental pudo sólo en parte ser separado del ambiente pragmático de la retórica fundamental que supera las resistencias semánticas del texto dado. Esto se mostró, sobre todo, en el uso del principio del Estado de derecho. Pero hay que tomar en cuenta que el uso pragmático de los signos tiene una parte esencial en la construcción de una estructura argumentativa general que supera los modelos de argumentación tradicional y conserva su identidad retórica a través de la confrontación con otros sistemas.

El estilo de argumentación sistemológico puede ser caracterizado, por lo tanto, como una combinación de reglas de uso pragmáticas y sintácticas. La estructura metateórica de la retórica fundamental se caracteriza, por así decirlo, por el apoyo mutuo de estructuras de signos pragmáticas y sintácticas. Sin embargo, quien pretenda que el estilo holístico de argumentación tenga una estructura sintáctica muy elabo-

<sup>104</sup> Cfr. BVerfGE 3, 377, 381.

rada quedará decepcionado. El valor de uso sintáctico de los esquemas constitucionales fundamentales resultó ser muy diferente, lo que no proporciona naturalmente un criterio para el rango dogmático constitucional de un principio. Se ha mostrado que el valor deductivo de un principio es mayor cuando el Tribunal se ve obligado, a falta de textos legislativos suficientemente informativos, a formular directivas que van más allá del uso situacional. Lo mismo sucede cuando se formulan prescripciones interpretativas recurriendo al contexto pragmático, sobre todo a la tradición jurídica o a la doctrina. Ejemplos en tal sentido, son el principio del Estado federal y el principio del Estado de derecho. Esto llama la atención sobre una dificultad que surgió en especial respecto del principio del Estado de derecho. El Tribunal descarta interpretaciones generales del esquema que den lugar a deducciones, de modo tal que un uso operativo de signos sólo es posible gracias a principios individuales coordinados. En tales casos, el uso sintáctico del esquema fundamental se limita a la función de una clasificación indexical, con valor heurístico.

El esquema de “la libre personalidad humana y su dignidad”, que fue destacado en la trilogía de los valores supremos “dignidad del hombre”, “libertad” e “igualdad” como el “supremo fin del derecho”, no alcanza en la argumentación el rango sintáctico que era dable suponer conforme a su caracterización retórica. Permanece limitado en lo esencial al campo operativo regional de la argumentación referida a derechos fundamentales, campo que se caracteriza por alcanzar en alto grado el carácter de “red” sintáctica de los esquemas constitucionales. La orientación “centrípeta” de la sintaxis constitucional general respecto a un fin supremo o un valor supremo, permanece en gran medida en la pragmática de la retórica fundamental apoyada en esquemas holísticos. La estructura sintáctica se caracteriza por un pluralismo de esquemas fundamentales, donde el uso del principio del Estado de derecho adquiere una posición sintáctica preferencial.

#### A. Acerca de la exigencia sintáctica de la completitud del sistema semiótico y la independencia de los esquemas fundamentales

Los resultados que hemos alcanzado hasta ahora, permiten tomar una posición respecto de las exigencias metodológicas de completitud del sistema semiótico y de la independencia mutua de los esquemas fundamentales.

El Tribunal señala que los principios constitucionales elementales que aparecen como esquemas fundamentales constituyen un catálogo

mínimo.<sup>105</sup> En todo caso, este catálogo ha permanecido constante hasta hoy. Sin embargo, la argumentación no puede satisfacer, en teoría, las exigencias sintácticas rigurosas si no va más allá de un pluralismo de esquemas fundamentales como expresiones sintácticas básicas y deja librada al criterio de los tribunales la cuestión de saber si éstos son suficientes para lograr los esquemas de solución necesarios. El equipo retórico, en especial los esquemas holísticos y las reglas de uso pragmático, es un importante instrumentario para la generación de signos. Parece seguro que la pretensión holística de una estructura argumentativa que lleve a una decisión en un número finito de pasos, puede ser satisfecha por la pragmática de la sintaxis constitucional cuando no lo es a través de los esquemas constitucionales elementales indicados. Eso vale, sobre todo, para el principio del Estado de derecho y el principio general de igualdad. De acuerdo con argumentaciones más recientes, el principio de igualdad es superfluo en algunos campos argumentativos, pues puede ser reducido al principio del Estado de derecho. Las violaciones no son del tipo que quede excluida su corrección.

### B. Acerca de la regla de la “compatibilidad retórica”

Un presupuesto irrenunciable para una estructura argumentativa construida sistemológicamente es la “compatibilidad retórica” de los esquemas argumentativos. Este presupuesto debe garantizar que sean evitadas las infracciones sintácticas y las discrepancias semánticas del contexto holístico que perturban la comunicación. Se trata de un excelente medio estilístico para preservar la unidad del lenguaje. Responde no sólo a pretensiones estéticas, sino también a la necesidad comunicativa de crear convicciones o estabilizarlas, al reducir o eliminar las disonancias en la comprensión. Un alto grado de estilización sintáctica ha sido logrado por la exigencia de la compatibilidad retórica a través del requisito metódico de la “coherencia lógica” de un sistema. Tiene la ventaja retórica de prevenir dificultades de comprensión al facilitar el control, esto es, la reproducción de las operaciones semióticas construida conforme a reglas, y facilitar a las soluciones de los problemas un conjunto de signos, con independencia del contexto, como si fuera un archivo.

En la cuestión de saber hasta qué punto la argumentación sigue las reglas de la compatibilidad retórica, no puede tratarse del examen si el

<sup>105</sup> Ver BVerfGE 2, 1, 12.

Tribunal procede realmente de acuerdo con las reglas lógicas o si comete errores lógicos. Más bien se plantea la pregunta de si el modelo argumentativo general presupuesto postula también las reglas de la compatibilidad retórica, que tal vez cumplen con los requisitos más rigurosos de la coherencia lógica.

El análisis del uso sintáctico de algunos esquemas fundamentales de la Constitución podría mostrar si el Tribunal parte de contextos semióticos que están sujetos a reglas para la construcción de sistemas semióticos lógicamente coherentes. Esta comprobación tiene, sin embargo, una validez relativa.

Ya en la argumentación de las primeras decisiones en BVerfGE 1, 14, 50, 95 y BVerfGE 2, 1, 72, admitió el Tribunal que existen constelaciones condicionadas por la situación en las cuales los principios “se contradicen” o se encuentran en una oposición semántica, en una “situación de tensión”. En el primer caso se necesitaba un “equilibrio” a través de la limitación mutua de los principios; en el segundo, la solución de la situación de tensión debía ser la de buscar el principio que en la situación dada tenga mayor valor preferencial. En ambos casos, el Tribunal introduce reglas heurísticas que persiguen el fin de cambiar las prescripciones generales para la interpretación semántica de los principios en su uso situacional, de tal modo que se restaure la “compatibilidad” de los principios. Sin embargo, no es admisible, en un sistema semiótico deductivo, la alteración de la prescripción interpretativa semántica según el caso. Tal sistema presupone prescripciones interpretativas invariables, por lo menos para un uso temporalmente determinado. Ciertamente, cabe pensar que las argumentaciones de este tipo son casos excepcionales que no perturban el resto del sistema. De esa forma, bastaría que existieran reglas protológicas apropiadas, como el “equilibrio”, o reglas pragmáticas de preferencia que eliminen las contradicciones que aparecen en ciertos casos. El sistema deductivo de signos tendría como complemento un sistema de reglas pragmáticas y prescripciones interpretativas para las correcciones situacionales, es decir, pragmáticamente deseadas. La aceptación de una construcción tal para la estructura del modelo argumentativo sistemológico, sólo tendría sentido si se tratara de contradicciones evitables o de defectos en la construcción del sistema. Sin embargo, el Tribunal hace un uso tal de los principios constitucionales que da la impresión de seguir un modelo de argumentación que presupone las incompatibilidades entre esquemas constitucionales como regla o como algo necesario en tanto medio estilístico retórico.

Cabe mencionar aquí, en primer lugar, el uso de los principios de se-

guridad jurídica y de la justicia material. Estos se encuentran, de acuerdo con el Tribunal, “frecuentemente en oposición” recíproca.<sup>106</sup> También se habla de la “tensión” entre los principios. A más de la característica cuantitativa de “frecuencia”, el Tribunal conoce también una caracterización modal de la relación retórica especial según la cual estos principios se oponen “necesariamente”.<sup>107</sup> La caracterización modal indica que no se trata de una mera incompatibilidad lógica de un uso semiótico condicionado por la situación, que pueda ser evitada o corregida.

Un uso lingüístico similar encontramos en el manejo de los principios de libertad, igualdad y del principio del Estado social. Así resulta una “situación de tensión” entre los valores de la libertad y la igualdad o entre la protección de la libertad del particular y las exigencias de un ordenamiento propio del Estado social.<sup>108</sup> En la argumentación también conoce “conflictos” entre el valor fundamental de la libertad de prensa y otros valores protegidos por la Constitución.<sup>109</sup> Incluso se califica como “ineliminable” la tensión entre la libertad y el ordenamiento del Estado social.<sup>110</sup>

Ya hemos encontrado la expresión “tensión” en el contexto de la caracterización de los conflictos sociales en el análisis del artículo 2, párrafo 1, de la LF y en las propuestas interpretativas de ese texto. Esta expresión nos remitió al esquema tradicional “individuo/comunidad”.<sup>111</sup> Sin embargo, el análisis mostró que no se trataba aquí de un modelo de solución, sino de cuestionamiento, es decir, de una regla pragmática que trata los problemas sociales conforme a cuestionamientos aceptados. El mismo esquema encontramos también en la “oposición” entre la “seguridad jurídica” y la “justicia en el caso particular”. El esquema remite en este caso la solución del problema a la cuestión de la relación entre las expectativas generales e individuales. Pero la estructura de las expectativas sociales constituye el contexto pragmático general de la sintaxis constitucional. La argumentación presenta los principios en cuestión como signos que se hacen presentes en la problemática actual.

Estos principios no se han separado del contexto pragmático de la estructura de la acción social. No han alcanzado el grado de indepen-

<sup>106</sup> Cfr. BVerfGE 3, 237; 13, 272; 14, 296 y ss.; 15, 319 y ss.; 20, 344; 22, 329; 27, 305 y ss.; ver también 37, 397 y las decisiones allí citadas.

<sup>107</sup> Cfr. BVerfGE 7, 195 y ss.

<sup>108</sup> Ver BVerfGE 5, 206; 10, 371; 18, 267.

<sup>109</sup> Cfr. BVerfGE 20, 176 y ss.; 21, 243.

<sup>110</sup> Ver BVerfGE 10, 371.

<sup>111</sup> Cfr., al respecto, también BVerfGE 4, 15 y ss. Ver cap. 2, inciso 4, letra B.



dencia argumentativa e inclusión holística en la sintaxis constitucional que es característica del estilo argumentativo sistemológico. El contexto sintáctico se reduce a la conexión de unos pocos esquemas argumentativos y tiene mucho menos importancia que las operaciones pragmáticas que remiten al interprete a la función heurística del contexto situacional. La retórica holística fundamental referida al texto es abandonada a favor de una retórica puntual del caso. No parece tener sentido, pues, describir este estilo argumentativo mediante un modelo sistemológico. Tampoco se describe correctamente este tipo de argumentación presentándola, como hemos hecho tentativamente, como una forma defectuosa pero corregible de la retórica sistemológica. La combinación de las operaciones sintácticas y pragmáticas es alterada de una forma tal que afecta la calidad del estilo argumentativo. Aquí intervienen procedimientos argumentativos que serán analizados más adelante por medio del modelo problemológico de la argumentación.

6. *Acerca de las reglas de uso de algunos esquemas fundamentales con especial referencia a las reglas pragmáticas sobre la competencia “pragmática” y “retórica”*

Hasta ahora, el análisis estaba dirigido al descubrimiento de las conexiones argumentativas retóricas que han llevado a la construcción de una sintaxis constitucional organizada de manera sistemológica. En consecuencia, este análisis se refería en primer lugar al uso sintáctico y pragmático general de esquemas destacados y a sus funciones retóricas. Sin embargo, no menos características de un estilo argumentativo son las reglas que son decisivas para el uso semántico de los esquemas de argumentación destacados. Como en el caso de la investigación de las relaciones argumentativas sintácticas, se plantea aquí la cuestión de saber si la estructura interna de tales esquemas satisface las exigencias especiales sintácticas y semánticas de un sistema axiomático deductivo. Un sistema de este tipo presupone la exigencia de oraciones bien formadas, es decir, que pertenecen al lenguaje objeto y están formadas de acuerdo con reglas sintácticas. Sin duda sería exagerado exigir de un sistema de signos desarrollado judicialmente que sea un sistema constituido explícitamente con reglas de definición y formación. Como lo ha mostrado el análisis de los textos constitucionales, el Tribunal se ve obligado a manejar, por lo menos en parte, un material que por transgredir reglas sintácticas y semánticas, no puede ser usado sin más en un sistema deductivo. Como nos importa en primer lugar mostrar las estructuras retóricas fundamentales de la argumentación, nos limitare-

mos a presentar por medio de algunos ejemplos la manera cómo el Tribunal trata de resolver estos difíciles problemas semióticos con la ayuda de reglas pragmáticas. Como ejemplos utilizaremos algunos principios fundamentales de la Constitución especialmente importantes desde el punto de vista dogmático, tales como el principio del Estado de derecho, el de igualdad y el del Estado social.

A. Acerca del uso del principio del Estado de derecho. (Sobre la argumentación ideónoma y sintónoma)

a) La investigación del valor deductivo de los esquemas sintácticamente destacados ha mostrado ya que el esquema “principio del Estado de derecho” es usado como un nombre de clase metalingüístico. Se ha buscado en vano una prescripción interpretativa semántica para el signo “Estado de derecho”. Si se tratara de dar una definición conforme al uso sintáctico como designación de una clase, el uso del signo se agotaría en la función de una definición sintáctica que, como se sabe, sólo sirve para abreviar expresiones complejas. Cabe suponer que la función dogmática de un principio constitucional elemental no se limita a la abreviación de los juegos de lenguajes constitucionales. De hecho no han faltado intentos de determinar con más detalle el uso “semántico” del “principio del Estado de derecho”. Aquí interesa, sobre todo, la argumentación respecto de la cuestión tratada a menudo y que se refiere a la admisibilidad de leyes retroactivas, que se halla en la ya analizada decisión del 24 de julio de 1957.<sup>112</sup>

Después de constatar que el principio del Estado de derecho no contiene obligaciones o prohibiciones unívocamente determinadas de rango constitucional, el Tribunal prosigue diciendo que se trata de un principio constitucional fundamental “que requiere concretación de acuerdo con los datos concretos, pero han de mantenerse los elementos fundamentales del Estado de derecho y del carácter del Estado de derecho en general”. Si las regulaciones legales son inobjectables o no, sólo puede determinarse en cada caso particular.

En lo referente a la “concretación”, ya hemos conocido que esta expresión como signo metalingüístico no significa una prescripción interpretativa de tipo semántico, sino una regla heurística para encontrar prescripciones que determinen el uso de los esquemas constitucionales. El carácter operativo de esta regla se hace aún más evidente en este

<sup>112</sup> Cfr. BVerfGE 7, 89, 92 y ss.; ver también BVerfGE 25, 269, 290; 28, 277; 35, 47 y ss.

texto que remite al intérprete al examen de las circunstancias de cada caso. Como en las decisiones judiciales se trata de procesos de comunicación muy complejos, esta referencia a la dimensión pragmática de una situación retórica supone que ella, conjuntamente con los demás factores y condiciones constituyentes de la situación, puede producir prescripciones interpretativas u otras reglas de uso. La referencia a “los datos concretos” significa también datos empíricos extralingüísticos y en especial procesos sociales. Pero éstos sólo pueden introducirse en una situación retórica como argumentos. Por lo tanto, la expresión “datos concretos” caracteriza ciertos criterios para decidir si un argumento es admisible o no para la solución del problema. Estos criterios resultan más comprensibles si se los contempla sobre el trasfondo del desarrollo histórico de la metodología científica que concede a las “ciencias empíricas” un papel predominante en la mayoría de los casos. La posición contraria se da, sobre todo, en las construcciones de la jurisprudencia de conceptos, en las construcciones idealistas o jusnaturalistas. Tenemos la ventaja de que un ex juez del Tribunal Federal Constitucional ha tomado posición respecto a esta problemática.<sup>113</sup> Según Martin Drath, la situación concreta suministra la base para una comprensión totalmente nueva de la Constitución que prefiere la “justicia concreta” —conforme a las condiciones sociales actuales de la decisión— a los criterios abstractos, dogmático-jusnaturalistas.

Si se intenta dar una clasificación retórica de los distintos modos de argumentación que Drath, siguiendo la concepción hoy dominante, toma en cuenta, cabe hablar de una retórica “semántico-ideónoma”, por un lado, y de una retórica “pragmático-sintónoma”, por el otro. Ellas se distinguen por el tipo de argumentos que se admiten para el proceso de decisión, es decir, que se aceptan como apropiados o relevantes. Por “adecuación concreta” se entiende aquellos argumentos que pueden ser basados en juicios de valor generalmente aceptados o en proposiciones generales acerca de experiencias sociales en relación con los problemas del caso concreto. La regla operativa abre a la argumentación sobre la remisión a la situación concreta del caso particular el contexto pragmático que alcanza juicios universales de valor y de la experiencia. El acento puesto en el caso concreto llama la atención, además, sobre las condiciones particulares de la situación del problema.

Al proceso semiótico comunicativo, que se lleva a cabo situacional-

<sup>113</sup> Ver Drath, Martin, “Grundgesetz und pluralistische Gesellschaft. Wie weit dürfen weltanschauliche Tendenzen in der Rechtsprechung Berücksichtigung finden?” *Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung*, editado por Wolfgang Böhme, Karlsruhe, 1968, pp. 85, 124, 130 y ss.

mente, le corresponde de esta manera una decisiva función semiótica generativa. Llamaremos a la zona pragmática de una situación retórica que traza el marco heurístico de argumentos admisibles, la “competencia pragmática”. Como las condiciones de este proceso son prácticamente infinitas, el proceso de interpretación es poco controlable y sólo pronosticable retóricamente. La competencia pragmática de la decisión del caso particular goza por ello también de una confianza limitada. Pues el Tribunal limita la legitimidad de este procedimiento al exigir al mismo tiempo que se garanticen los “elementos fundamentales del Estado de derecho” y del “carácter del Estado de derecho en general”. Pero tampoco aquí puede hablarse de una prescripción semántica de interpretación. Esta regla surge más bien del trivial giro lingüístico retórico “en general”. Sin embargo, esta comparación es adecuada para llamar la atención sobre la función retórica de este tipo de expresiones. La regla de uso creada situacionalmente y obtenida a través de un recurso al contexto pragmático de la sintaxis constitucional, no debe perder la referencia retórica a la sintaxis general de la Constitución.

La regla pragmática aplicada utiliza la expresión “Estado de derecho” en una forma tal que ésta es implícitamente definida por ella misma. Si uno expresa la regla en la forma de una definición directa, entonces la expresión “Estado de derecho” aparece tanto en el *definiendum* como en el *definiens*. Esto corresponde a un uso tautológico de los signos que, como es sabido, carece de valor semántico de información. Las convenciones y costumbres lingüísticas que, sin embargo, apuntan al valor pragmático de estas expresiones, no deberían impedir constatar que estas expresiones no significan nada semánticamente, es decir, que desde el punto de vista del lenguaje objeto, carecen de sentido. Estas expresiones, que juegan un papel importante en la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, presuponen o bien un sistema de comunicación que funciona en el lenguaje jurídico, que con expresiones de este tipo vincula referencias semánticas, o sistemas semióticos contrastantes de forma tal que de la función retórica de refutación resultan puntos semánticos de vinculación. En esta medida, la expresión “principio del Estado de derecho” tiene la función de un indicador metalingüístico, que ya hemos conocido en el análisis de los textos constitucionales. El indicador crea la referencia semiótica con las teorías constitucionales y del Estado burguesas integradas en el lenguaje jurídico y sus tradiciones. Como es sabido, estas teorías surgen con diferentes variantes, de la vinculación jurídica del poder estatal. Se encuentran en una larga tradición de la historia de las ideas, que tuvo un punto culminante en las doctrinas liberales del Estado, que son las que tam-

bién crearon la expresión “Estado de derecho”.<sup>113a</sup> Por ello, no es sorprendente que los principios que el Tribunal Federal Constitucional “deriva” del principio del Estado de derecho, tengan ya modelos en la historia político-liberal de las ideas, como así también en la doctrina y en la práctica jurídicas. Los otros principios obtenidos también con la ayuda del principio del Estado de derecho, como, por ejemplo, sobre la permisibilidad de la retroactividad de las leyes o sobre la suficiente determinación de fundamentos de autorización o los principios en el campo de la constitución judicial, se vinculan siempre a estos principios, refiriéndose en parte la argumentación expresamente a la praxis y la teoría del derecho.<sup>114</sup> En las primeras decisiones aparece más fuertemente la función de contraste con respecto al “Estado arbitrario” o al “Estado de poder” del régimen nacionalsocialista.<sup>115</sup>

b) En el manejo del “principio del Estado de derecho” es notable también la influencia de la teoría del derecho. La construcción de una polémica entre la “justicia material” y la “seguridad jurídica” encuentra su modelo próximo sobre todo en la teoría de Gustav Radbruch, que entre el uso de los esquemas de la “justicia”, la “funcionalidad” y la “seguridad jurídica”, propuso la relación de antinomias.<sup>116</sup> Esta teoría ha encontrado un fuerte eco en la jurisprudencia. Se encuentra en la tradición neokantiana que, como se sabe, transformó al llamado formalismo de la teoría del derecho de Kant, con la separación entre derecho y fin, en el problema decisivo con respecto a las cuestiones de validez, especialmente con respecto a la posibilidad de una teoría del derecho fundamentable a priori racionalmente.<sup>117</sup> El Tribunal Federal Constitucional soluciona eclécticamente un teorema de estas construcciones, que fueron esbozadas en un determinado horizonte social y metodológico del problema, a partir de su sintaxis teórica, sin desde luego proporcionar información acerca de lo plausible de las premisas. Éstas son presueltas como universalmente aceptadas o quizás también no son inclui-

<sup>113a</sup> Cfr., al respecto, el panorama general que ofrece Scheuner, Ulrich, “Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland”, *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, t. 2, pp. 229 y ss., 245. Ver también pp. 396 y ss.

<sup>114</sup> Cfr., por ejemplo, el recurso histórico al ámbito de la Constitución judicial en BVerfGE 4, 412, 416 y ss.

<sup>115</sup> Cfr., por ejemplo, BVerfGE 3, 232 y ss.

<sup>116</sup> Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, pp. 168 y ss.; ver también Emge, Carl August, *Sicherheit und Gerechtigkeit*, Berlín, 1940.

<sup>117</sup> Con respecto a la relación diferenciada de derecho y fin en la teoría jurídica de Kant, cfr. Schreckenberger, Waldemar, *Legalität und Moralität*, pp. 35 y ss. Con respecto a la relación entre “seguridad jurídica” y “justicia material”, cfr., también, la opinión en disidencia en BVerfGE, 35, 51, 53 y ss.

das en la argumentación por considerárselas prescindibles. También este ejemplo pone claramente de manifiesto cuán grande es la dependencia con respecto al esquema existente de la sintaxis jurídica, de los esquemas directivos de un lenguaje jurídico que carece de significado en el lenguaje objeto. En vista de la necesidad de definir el uso semántico de los signos a través de un sistema semiótico, un manejo diferente sería sólo posible a través de una teoría explícita. Desde luego, esto plantea problemas especiales de legitimación para una argumentación judicial. El a menudo criticado conservadurismo de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional encuentra en tales expresiones del lenguaje legal una base semiótica difícilmente superable.

Desde luego, en el uso argumentativo, el Tribunal se libera de las vinculaciones semánticas de la antinomia tomada de la teoría del derecho entre “justicia material” y “seguridad jurídica” introduciendo para la solución de esta antinomia reglas pragmáticas a través de la prohibición de arbitrariedad y las a ella vinculadas reglas de discrecionalidad y sus límites. Se trata aquí de reglas sobre “la competencia retórica”, que habremos de investigar más en detalle cuando analicemos el uso del principio de igualdad.

## B. Acerca del uso del principio general de igualdad

a) Para un análisis semiótico es especialmente instructivo el manejo del principio general de igualdad. También aquí tendrá que limitarse a algunas referencias sobre la estructura retórica. Las dificultades semióticas del artículo 3, párrafo 1, de la LF, que está formado de una manera sintácticamente análoga a la del artículo 1, párrafo 1, frase 1, de la LF, aparecen al principio como insuperables. No se vuelven menores por el hecho de que el principio de igualdad sea uno de los esquemas preferidos de los grandes movimientos social-revolucionarios y político-constitucionales de la época moderna. Por ello, podría suponerse que el Tribunal recurre al valor de contraste retórico, que destaca claramente, justo en expresiones del lenguaje de la acción política. Pero tal no es el caso. Desde luego, la función de contraste de la sintaxis general de la Constitución, que ha influido decididamente en la construcción de la dogmática constitucional justamente en el campo retórico alrededor del principio del Estado de derecho, tiene también importancia para el uso del principio de igualdad.

El Tribunal obtiene la perspectiva decisiva en la dimensión pragmática de la dogmática jurídica. El punto de partida es la estrecha referencia retórica al análisis técnico-dogmático del principio de igualdad

en la época de la Constitución de Weimar. La, en aquel entonces, opinión minoritaria que exigía la vinculación del legislador al mandato de igualdad y extendía el principio de igualdad a la función de una prohibición de arbitrariedad, experimenta ahora un tardío reconocimiento.<sup>118</sup> Se ha convertido para la teoría y la praxis jurídicas en el enfoque decisivo del problema. El Tribunal puede limitarse a constatar lapidariamente que el principio de igualdad vincula también al legislador.<sup>119</sup>

No faltan en la teoría jurídica intentos y propuestas de operacionalizar y precisar el uso del principio de igualdad. Aquí cabe mencionar sobre todo a Podlech quien con un impresionante instrumental analítico presenta al principio general de igualdad como regla pragmática y recomienda crear, con la ayuda de operaciones de la lógica de clases, por así decirlo, estructuras de reglas sintácticas puntuales, que permiten decidir acerca de si existe o no una desigualdad necesitada de fundamentación. Pero, la cuestión quizás más interesante desde el punto de vista jurídico-dogmático, es decir, cuándo es suficiente la fundamentación de una diferenciación legal, permanece en gran medida dentro del marco de una consideración tópica.<sup>120</sup>

b) Más difícil es la argumentación que se ocupa de reglas generales de uso del principio de igualdad. El Tribunal ofrece diversas versiones, que en parte se complementan. El fallo de la Sala Segunda del 16 de marzo de 1955 contiene una fórmula sucinta que ha precedido a algunas reglas generales: “El legislador está vinculado al principio general de igualdad en el sentido de que no puede tratar a lo esencialmente igual de una manera arbitrariamente desigual ni a lo esencialmente desigual de forma arbitrariamente igual.”<sup>121</sup> Sin embargo, sin entrar a considerar la complicada estructura semiótica de esta frase, puede decirse que el Tribunal con los esquemas de lo “esencialmente igual” o “desigual” busca una vinculación semántica al estado de cosas dado que hay que regular y con el esquema de la “arbitrariedad” abre una referencia pragmática con los destinatarios. Esta referencia se presenta aún más claramente

<sup>118</sup> Cfr. Leibholz, Gerhard, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, 2a. ed., Munich/Berlin, 1959, esp. pp. 72 y ss.; Kaufmann, Erich, “Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Artikels 109 der Reichsverfassung”, *VVDStRL*, Heft 3, Berlin/Leipzig, 1927, pp. 2-24; para la opinión entonces dominante, cfr. Anschütz, Gerhard, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 14a. ed., reimpresión Darmstadt, 1965, nota al artículo 109, esp. pp. 524 y ss.

<sup>119</sup> Cfr. el fallo fundamental de la Sala Segunda del 23 de octubre de 1951 (BVerfGE 1, 14, 16, 52).

<sup>120</sup> Ver Podlech, Adalbert, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlin, 1971, esp. pp. 45 y ss., 104 y ss.

<sup>121</sup> BVerfGE 4, 144, 155; 42, 64, 72 y ss.

en las consideraciones siguientes que niegan los presupuestos de una actuación arbitraria cuando el legislador “dentro del marco de su discrecionalidad”, entre varias soluciones justas, no ha elegido la más funcional, la más racional o la más justa. La arbitrariedad se daría más bien sólo cuando no puede encontrarse una “razón objetiva para una disposición legal”. La referencia a la competencia de decisión le ha acarreado al Tribunal el reproche de que la interpretación se mueve en un círculo, pues es el propio legislador quien decidiría acerca de la vinculación al principio de igualdad.<sup>122</sup>

Esta objeción sería correcta si el Tribunal no hubiera proporcionado también otras reglas. A ellas las encontramos, por lo pronto, en la referencia general a estructuras objetivas situacionales dadas de antemano y, además, en la vinculación del Tribunal al esquema de la “justicia”. El Tribunal resume brevemente estas reglas cuando dice que el legislador no puede dejar de considerar “las legalidades que se encuentran en la cosa misma y las concepciones de justicia de la comunidad generalmente fundamentadas”.<sup>123</sup> Desde luego, si se juzga a esta frase de acuerdo con su valor de uso semántico, no proporciona ayuda alguna.<sup>124</sup> La remisión del intérprete del principio de igualdad al principio de la justicia que, a su vez, como se ha expuesto, es referido al principio de igualdad, conduce a un uso circular de los signos, que tampoco obtiene valor informativo por el hecho de que esté apoyado por un contexto importante en la historia de las ideas, que se remonta hasta la antigua filosofía europea del derecho.

Pero un análisis puramente lógico no está en condiciones de develar la función retórica de las reglas de uso ofrecidas por el Tribunal. Es más bien necesario juzgarlas de acuerdo con la función que ellas cumplen en la escena retórica, formada por la situación de decisión comunicativa. Dentro del marco de la actividad judicial, esta situación es asegurada institucionalmente a través de reglas de procedimiento que hacen depender el comportamiento del Tribunal para la solución de los problemas, de procesos comunicativos. La estructura de este proceso está determinada decididamente por reglas y criterios que establecen el papel de los intérpretes que participan en el proceso y guían la información relevante para la decisión. La regla de la discrecionalidad, que otorga al legislador, en el manejo del principio de igualdad, una

<sup>122</sup> Cfr. Podlech, Adalbert, *op. cit.*, p. 84.

<sup>123</sup> Cfr. BVerfGE 9, 338, 349; 13, 225, 228; ver, también, BVerfGE 3, 58, 135 y ss.; 4, 219, 243 y ss.; 37, 46, 49; 37, 113 y ss.

<sup>124</sup> Cfr., respecto a la crítica a este uso lingüístico, Rupp, Hans Heinrich, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, p. 118; Podlech, Adalbert, *op. cit.*, p. 82.



“amplia libertad de creación”, resulta ser, desde la perspectiva retórica, la libertad para introducir en el escenario retórico argumentos acerca de la evaluación de las disposiciones legales en cuestión o que han sido objeto de censura.<sup>125</sup> Por lo tanto, la referencia a la libre discrecionalidad se presenta como regla operativa, que decide acerca de la admisibilidad situacional de los argumentos. Como ya se ha expuesto, llamamos “competencia retórica” a la facultad para introducir con carácter de obligatoriedad argumentos en la situación comunicativa de decisión.

La competencia retórica del legislador se enfrenta con la del Tribunal. Al igual que en el caso del manejo del principio del Estado de derecho, la competencia pretendida por el Tribunal es fundamentada a través de esquemas que establecen la relación con la sintaxis general de la Constitución. Si allí se trataba del “carácter del Estado de derecho en general”, aquí se trata de las “concepciones de justicia universales y fundamentadas” que le están dadas de antemano al legislador. Ambos esquemas son modelos de argumentación que participan en la construcción de la estructura holística de la sintaxis general de la Constitución. En ambos casos, los esquemas imponen limitaciones a las operaciones permitidas para crear los argumentos a partir del contexto pragmático menos controlable de la sintaxis de la Constitución. El Tribunal procura también aclarar esta limitación recurriendo a las reglas de relevancia y de reserva. De acuerdo con la regla de relevancia, lo que importa es satisfacer criterios esenciales de la sintaxis constitucional. Esto se expresa más claramente que en el caso del principio del Estado de derecho, en el uso del principio de igualdad, en donde el Tribunal exige del legislador que tome en cuenta sólo aquellas diferencias reales que tienen importancia para una “forma de consideración orientada por la idea de la justicia”.<sup>126</sup>

La regla de reserva hace depender la actividad interpretativa del Tribunal de condiciones limitantes. El Tribunal podría sólo, según la Sala Primera en BVerfGE 3, 58, 153 y ss., objetar la “violación de ciertos límites externos” y oponerse al legislador sólo cuando no sea posible reconocer razones claramente objetivas que justifiquen una distinción.<sup>127</sup> Cuán grande es la importancia que el Tribunal confiere a la delimitación de las competencias retóricas, lo pone claramente de manifiesto una máxima en el fallo del 17 de diciembre de 1953, según la cual el

<sup>125</sup> Cfr., al respecto, BVerfGE 9, 129 y ss.; 9, 206; 10, 246; 12, 367; 13, 228; 14, 238; 15, 201; 17, 388; 25, 292 y ss.; 25, 400; 27, 371 y ss.; 37, 212; ver también BVerfGE 42, 72 y ss.

<sup>126</sup> Cfr. BVerfGE 1, 276; además, las decisiones citadas anteriormente.

<sup>127</sup> Cfr., al respecto, también BVerfGE 9, 206; 9, 337.

principio de igualdad no ofrece al Tribunal la posibilidad de examinar una ley desde el punto de vista de la “justicia universal” y con ello substituir la interpretación de la justicia del legislador con la suya propia.<sup>128</sup> La delimitación es buscada aquí también con la ayuda de la regla sobre la violación de la discrecionalidad.

El Tribunal describe la competencia retórica como la facultad del legislador, que debe ser respetada, para hacer valer su interpretación de la justicia. De esta indicación hay que inferir que el legislador, dentro del marco de su competencia retórica, no está liberado de la “vinculación” directiva al mandato de igualdad, que también se presenta como mandato de justicia. Desde luego, este estado de cosas es ocultado por la regla de uso que establece para el principio de igualdad el *status* semántico de una “prescripción de discrecionalidad”. De acuerdo con esta forma de hablar, se podría suponer que sólo se produce una referencia directiva al mandato de igualdad cuando se ha traspasado el “campo de acción” que otorgan los principios de discrecionalidad, de acuerdo con la interpretación tradicional dominante. Pero el dato semiótico es más complicado. Engisch señala que el concepto de “discrecionalidad” es uno de los más ambiguos y difíciles de la teoría jurídica.<sup>129</sup>

La teoría de la discrecionalidad, que procede de la dogmática de la aplicación del derecho, está muy difundida sobre todo en la teoría del derecho administrativo. Procura dar respuesta a cuestiones semióticas del control judicial del derecho, que resultan de la estructura semántica de textos jurídicos vagos. Con miras a la argumentación constitucional se busca la respuesta sobre todo con la ayuda de criterios semánticos y pragmáticos-procesales, tales como la “limitación del alcance de la oración constitucional” o la “limitación de la competencia de conocimiento del Tribunal, o también de la introducción de relevantes mandatos de igualdad diferentes del derecho constitucional.<sup>130</sup> La problemática retórica de la propuesta referida al derecho administrativo sugiere renunciar a la doctrina de la “libre discrecionalidad” y confiar en la institución del juez independiente que “promueve aquella racionalidad abiertamente discutible de la que depende toda organización política

<sup>128</sup> Cfr., el fallo de la Sala Primera con respecto a la ley sobre el artículo 131 de la LF (BVerfGE 3, 162, considerando 4).

<sup>129</sup> Engisch, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, pp. 111 y ss., y la amplia bibliografía allí citada.

<sup>130</sup> Cfr. Schneider, Peter, “in dubio pro libertate”, *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, t. 2, pp. 263-290, 282; Podlech, Adalbert, *op. cit.*, pp. 88 y ss.

basada en el principio del Estado de derecho”.<sup>131</sup> En otras cuestiones similares del concepto indeterminado de ley, se percibe también, en la teoría y en la praxis, un cambio desde una evaluación semántica a una fuertemente pragmática del manejo de estos esquemas, aun cuando la orientación hacia la competencia de “decisión” de las instancias consideradas sólo parcialmente tiene en mira las funciones retóricas.<sup>132</sup>

Otra propuesta de solución, vincula con el principio de igualdad una “regla de la carga de la argumentación” en beneficio de aquellos que reprochan una violación del principio de igualdad.<sup>133</sup> Esta propuesta apunta a las condiciones pragmáticas especiales de una situación de decisión *non liquet*, en la que no puede determinarse ni la admisibilidad ni la no admisibilidad de una diferenciación jurídica. En vista del amplio marco de argumentación que es tomado en cuenta para la evaluación de la diferenciación jurídica, esta regla de la carga de la argumentación tiene poca importancia. Sin embargo, es un intento notable por hacer operativo, al menos puntualmente, el principio de igualdad con la ayuda de reglas pragmáticas.

Pero esta regla debe ser claramente distinguida de las reglas pragmáticas que hemos caracterizado con el esquema de la “competencia retórica”, aun cuando exista una conexión operacional. Este esquema se refiere a la relación retórica que se produce en el proceso judicial entre el tribunal que tiene que decidir y el encargado de tomar las decisiones públicas respectivas, especialmente el legislador; mientras que la regla de la carga de la argumentación en primera línea se apoya en las relaciones pragmáticas que establecen el procedimiento entre los “participantes en el proceso” que reprochan la violación del principio de igualdad o las personas afectadas por el resultado del proceso y los encargados de tomar decisiones públicas, a quienes se ataca en este proceso. En la medida en que la regla de la carga de la argumentación apunta a la relación con el Tribunal que tiene que decidir, adquiere la función de una regla sobre la obligación de fundamentación. Las diferentes referencias retóricas indican los límites que están respectivamente impuestos a las reglas a fin de satisfacer las condiciones pragmáticas del procedimiento ante el Tribunal Federal Constitucional.

La regla pragmática de la carga de la argumentación, formada de manera análoga a la figura dogmática de la regla de la carga de la

<sup>131</sup> Ver Rupp, Hans Heinrich, “Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit”, *NJW*, 1969, pp. 1273 y ss., 1278.

<sup>132</sup> *Cfr.*, al respecto, Ossenbühl, Fritz, “Vom unbestimmten Gesetzbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung”, *DVBl*, 1974, pp. 309-313.

<sup>133</sup> Ver Podlech, Adalbert, *op. cit.*, pp. 89 y ss., 287 y ss.

prueba, puede sugerir, en analogía con las reglas sobre la carga de la presentación de la prueba, tales como las que valen, sobre todo, en el proceso civil, que hay que suponer una especie de “carga en la presentación de la argumentación” tanto más cuanto que el Tribunal Federal Constitucional confiere una importancia especial a la argumentación del legislador. Desde luego, las reglas análogas sobre la presentación de la carga de la prueba, a las que habría que recurrir para esta suposición, aparecen en una situación procesal que, desde el punto de vista retórico, está estructurada de una manera totalmente distinta. Las encontramos principalmente en aquellos procedimientos litigiosos en los cuales las partes del proceso juegan un papel dominante, tanto por lo que respecta a la disposición dentro del marco del procedimiento, como a la conducción de la información. En los procedimientos de constitucionalidad, aun cuando también con modificaciones por lo que respecta a los tipos de procedimiento, el Tribunal Federal Constitucional desempeña también este papel. El Tribunal ha reforzado expresamente dicha función. Así, de acuerdo con la concepción reforzada del Tribunal, tampoco en el procedimiento litigioso existen reglas sobre la carga de la prueba de los participantes en el proceso.<sup>134</sup> Reiteradamente subraya el Tribunal también el carácter “objetivo” del procedimiento de control de normas, que llega tan lejos que el procedimiento puesto en marcha a pedido de la parte correspondiente “en su marcha ulterior escapa al poder de disposición de quien presenta el pedido”.<sup>135</sup> También es característico el hecho de que la demanda de inconstitucionalidad, que se dirige contra intervenciones del poder público, no reconoce como parte del proceso a ningún demandado.<sup>136</sup> El Tribunal hasta considerar que el recurso de inconstitucionalidad que, directa o indirectamente se dirige contra una ley, cumple la función de un control de norma.<sup>137</sup> A partir de esta argumentación, el Tribunal ha inferido consecuencias para una mayor facultad de intervención de los órganos constitucionales, que han sido tomadas en cuenta por el legislador en una reforma de la ley de procedimientos.<sup>138</sup>

El papel procesal dominante del Tribunal es introducido en una situación del procedimiento que además está caracterizada por el hecho de que concede un papel retóricamente significativo a aquellos porta-

<sup>134</sup> Cfr. BVerfGE 1, 299, 316.

<sup>135</sup> Cfr. BVerfGE 1, 396, 414; ver, también, BVerfGE 2, 213, 217; 7, 305, 311; 20, 350 y ss.

<sup>136</sup> Cfr., al respecto, BVerfGE 7, 99, 106.

<sup>137</sup> Ver BVerfGE 24, 33, 44 y ss.

<sup>138</sup> Cfr. § 94, párrafo 5, BVerfGE en la versión de la 4a. ley de reforma del 21 de diciembre de 1970 (BGBl. I, p. 1765).

dores de decisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo que, al igual que el Tribunal Federal Constitucional, ocupan una posición destacada dentro del marco de la organización estatal. Este papel se expresa en procedimientos en los cuales estos órganos del poder público no participan ellos mismos directamente, a través de la amplia facultad de formular manifestaciones o de ingresar en cualquier estadio del proceso.<sup>139</sup>

Estas pocas indicaciones ponen claramente de manifiesto que las reglas pragmáticas sobre la competencia retórica encajan totalmente en un escenario retórico que está constituido por las reglas generales de procedimiento. Desde luego, el Tribunal, con su estrategia jurídico-procesal, ha contribuido en gran medida a crear las condiciones que hacen posible transformar a los textos constitucionales en un esquema retórico de comunicación guiado por reglas pragmáticas.

Con la ayuda de las reglas sobre la competencia retórica, el Tribunal asegura de una manera única, por así decirlo, un “diálogo cumbre”, un diálogo entre órganos destacados de los tres poderes, que abre el procedimiento ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal busca la oportunidad de llegar, en un “acuerdo dialógico” a una solución utilizable del problema y su justificación. Este escenario retórico responde plenamente a una evaluación general de los papeles, realizada por el Tribunal. Así, en BVerfGE 6, 257, 266, el Tribunal habla de la “colaboración leal” de los poderes estatales en los procedimientos judiciales constitucionales.<sup>139a</sup> El Tribunal introduce aquí una específica distribución retórica de funciones. Ella se expresa especialmente en la regla ya expuesta sobre los límites a la discrecionalidad. La distribución de funciones toma en cuenta las competencias especiales de decisión de los órganos estatales y de las a ellas vinculada “autoridad objetiva”. Sin embargo, ella no es consolidada de una manera tal que el Tribunal se vea impedido de imponer una evaluación divergente. Las reglas de relevancia y de reserva y el criterio de la “justicia” a ellas vinculado, son lo suficientemente flexibles como para poder rechazar argumentos no

<sup>139</sup> Cfr. § 65 en conexión con §§ 63, 77, 82, párrafos 1 y 2, y en conexión con §§ 77, 94, párrafos 1 a 5, BVerfGE. A la conexión entre la participación en el proceso y el derecho constitucional material se ha referido recientemente Häberle, Peter, “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation”, *JZ*, 1975, pp. 297 y ss., 298.

<sup>139a</sup> Cfr. también las consideraciones de la juez del Tribunal Federal Constitucional, Rupp-von Brünneck, que ve la tarea “esencial” del Tribunal en la “colaboración” y en la “acción conjunta” con los otros órganos constitucionales. Cfr. Wiltraut Rupp-von Brünneck, “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?”, *Festschrift für Gebhard Müller*, pp. 355 y ss.; 365 y ss.

deseados. La argumentación dialógicamente estructurada se mantiene dentro del marco de una situación procesal decididamente dominada por el Tribunal. Por ello, podemos hablar de una “retórica dialógica de los jueces”.

Pero, la estrecha conexión entre las reglas operativas para el uso situacional de los textos jurídicos y de las reglas generales de procedimiento muestra también que el ejemplo de la carga de la argumentación es poco adecuado como para responder a las condiciones pragmáticas de la situación procesal del Tribunal Constitucional. No obstante, desde la perspectiva retórica, esto vale también para la propuesta de la carga de la argumentación. Pues ambas reglas hacen referencia a un tipo de procedimiento para el cual es característica una especie de “retórica diatética de las partes”.

Tanto en el caso de las reglas sobre la carga de la prueba o de la carga de la presentación de la prueba, como en el caso de las reglas sobre la competencia pragmática y retórica, se trata de reglas pragmáticas, es decir, de indicaciones operativas que determinan el uso situacional de textos jurídicos o de otros esquemas para las indicaciones directivas. Estas reglas llaman la atención acerca de la estrecha conexión semiótica que existe en el lenguaje jurídico institucionalizado entre las funciones semánticas y pragmático-operativas de las directivas de la actividad jurídica o, en el lenguaje de la dogmática especializada, entre el derecho material y el derecho procesal. La dogmática tradicional —no europea antigua— que aboga por una estricta separación entre derecho material y derecho procesal, ha desde luego dificultado la comprensión de estas conexiones retóricas. Lo mismo vale para la estricta separación entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho, de esquemas descriptivos y directivos del lenguaje jurídico, que también juega un papel destacado en la metodología. Si se sigue esta metodología de oposiciones estructurales, las reglas de uso pragmático desempeñan, por así decirlo, una función mediadora al disponer sobre la validez de textos jurídicos en el contexto de situaciones de decisión sumamente complejas.

c) Al igual que en el caso del principio del Estado de derecho, en el uso del principio de igualdad, a más de las reglas pragmáticas sobre la competencia retórica, también la regla sobre la competencia pragmática juega un papel decisivo. Tal como ya se ha expuesto, ella caracteriza la zona pragmática de una situación retórica que proporciona argumentos admisibles. El Tribunal prefiere aquí también esquemas que se refieren a las estructuras objetivas situacionales ya dadas.

De especial predilección goza el esquema “naturaleza de la cosa”.<sup>140</sup> Este esquema tiene no sólo un largo desarrollo en la historia de las ideas; en la teoría jurídica de la posguerra alcanzó especial reconocimiento. El esquema es preferido por las teorías *ontologizantes* que buscan obtener pautas directivas a partir de los datos de la experiencia previamente dados.<sup>141</sup> No faltan tampoco referencias del Tribunal que muestran una proximidad semántica con tales teorías. Así, por ejemplo, se habla de “legalidades que se encuentran en la cosa misma” o “de un complejo de la vida social que se pertenece” y que se diferencia de otros como “unidad estructural” o de un ámbito vital que uno tendría que evaluar “en su totalidad y en su propia legalidad y orden internos”.<sup>142</sup> Sin embargo, de la argumentación no puede inferirse que con esta forma de hablar estén vinculados propósitos ampliamente teóricos o que esté en juego la recepción de determinadas teorías de la ontología jurídica. Más bien, la contraposición de los esquemas “justicia” y “naturaleza de la cosa” hace suponer que el Tribunal se aproximó nuevamente a la teoría jurídica de Radbruch. Ya en el uso del principio del Estado de derecho nos encontramos con la influencia de Radbruch. Aquí se impone la comparación con el dualismo idealista de “idea del derecho” y “materia del derecho”.<sup>143</sup> Como es sabido, la filosofía jurídica de Radbruch despertó en la posguerra un gran interés, aun más allá del estrecho círculo de los especialistas interesados en el tema. Se convirtió en el filósofo del derecho más citado en la argumentación del Tribunal en su primera época.<sup>144</sup> También ha sido incluido en un registro de decisiones del Tribunal Federal Constitucional que éste mismo editara.

Sin embargo, el Tribunal evita atarse a una determinada concepción jurídica. Esto resulta ya del hecho de que el Tribunal utiliza a menudo esquemas disyuntivos que responden a concepciones teóricas muy diferentes. Así, por ejemplo, para una regulación acorde con el principio de igualdad, el Tribunal exige una razón o “punto de vista” “razonable”, “suficiente”, “claramente objetivo”, “objetivo”, “concreto” o “convin-

<sup>140</sup> Cfr., al respecto, la decisión fundamental ya citada BVerfGE 1, 14, 16, 52; además, BVerfGE 4, 243; 6, 91; 11, 71; 15, 318; 17, 130; 25, 292.

<sup>141</sup> Cfr., al respecto, Maihofer, Werner, “Die Natur der Sache”, ARSP, XLIV, 1958, pp. 145 y ss.; cfr., también, la visión general en Kaufmann, Arthur (comp.), *Die Ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt, 1965; *id.*, *Analogie und Natur der Sache*, Karlsruhe, 1965.

<sup>142</sup> Cfr. BVerfGE 9, 338, 349; 13, 225, 228; 15, 105, 120.

<sup>143</sup> Cfr. Radbruch, Gustav, “Rechtsidee und Rechtsstoff”, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1923-1924, pp. 343 y ss.; *id.*, *Die Natur der Sache als Juristische Denkform*, Darmstadt, 1964, esp. pp. 13 y ss.

<sup>144</sup> Cfr., por ejemplo, BVerfGE 3, 232 y ss.; 6, 198; 6, 414.

cente”.<sup>145</sup> Común a estos esquemas es la función pragmática de ofrecer reglas para la obtención y admisibilidad de los argumentos. El carácter pragmático de este estilo de argumentación se revela plenamente cuando el Tribunal habla simplemente de “consideraciones objetivas” o de razones o puntos de vista “justificantes” o se refiere al “poder de convicción” de una regulación.<sup>146</sup> Sin entrar a analizar en detalle la estructura retórica de esta forma de argumentación,<sup>147</sup> puede sin embargo decirse que, en última instancia, la argumentación sigue la regla pragmática general de justificar las diferenciaciones del poder público. Y aquí hay que tener en cuenta que la cuestión de saber si se está ante una diferenciación que debe ser justificada, depende de la respectiva creación de magnitudes de referencia situacionales. Pero, en el sumamente complejo contexto de la estructura de la acción social, se puede disponer de estas magnitudes de referencia *ad libitum*. Finalmente, el aquí presentado uso del principio general de igualdad demuestra ser una “regla pragmática acerca de la obligación jurídica general de fundamentación”. Por así decirlo, el mandato implícito de argumentación adquiere la función de una “regla básica de la retórica jurídica”.

d) En el ámbito de aplicación del principio de igualdad, el Tribunal se atiene también al modelo retórico que subyace a la construcción de la sintaxis general de la Constitución. También aquí encontramos una combinación de formas de argumentación tópica y holística. Esquemas holísticos predilectos son la “unidad”, el “orden de los ámbitos vitales” subyacente o elegido, al “principio de orden” o la “estructura de orden”, la “justicia del sistema” o la “coherencia de las regulaciones”.<sup>148</sup> Estos esquemas caracterizan referencias en parte semánticas y en parte sintácticas. Común a ellas es su función retórica de crear contextos de argumentación que deciden acerca de la compatibilidad de las regulaciones. Para las prescripciones que no se adecuan al criterio de la compatibilidad puntualmente organizada, las reglas pragmáticas predominan sobre la obligación de fundamentación, dependiente del grado de incompatibilidad.<sup>149</sup>

Pero el modelo retórico básico sigue siendo también aquí una sintaxis

<sup>145</sup> Cfr., por ejemplo, BVerfGE 1, 52; 4, 155; 11, 253; 13, 317; 13, 331; 17, 130; 18, 324 y ss.; 24, 228; 25, 105; 30, 413; 34, 329; 37, 181 y ss.; 43, 70.

<sup>146</sup> Cfr., por ejemplo, BVerfGE 15, 313, 322 y ss.; 12, 368; 21, 105; 22, 364.

<sup>147</sup> Cfr., al respecto, cap. 7, inciso 2, letra F.

<sup>148</sup> Cfr., por ejemplo, BVerfGE 4, 244; 7, 153; 9, 349; 11, 254; 13, 340 y ss.; 318; 18, 334; 24, 100; 27, 127.

<sup>149</sup> Cfr. BVerfGE 13, 340 y ss.; 15, 318: para poder ser convincentes, las razones de una violación de un principio de ordenamiento ya elegido tienen que responder a la intensidad de la divergencia.



jurídica general que vincula a todas las directivas jurídicas de acción. El Tribunal insinúa la estrecha conexión entre la exigencia de una sintaxis jurídica general y la satisfacción de la necesidad de justificación cuando vincula la permanente correspondencia del derecho privado e impositivo con la exigencia de la “claridad”, “unidad” y “sobre todo de la autoridad interna del orden jurídico”.<sup>150</sup> El intento de solucionar problemas de justificación a través de la pretensión de una estructura sintáctica de los esquemas para la solución de problemas, de crear en cierto modo la pragmática del derecho a través de la sintaxis, remite a la argumentación al marco de las teorías tradicionales sobre la justicia “formal” o “abstracta” que, como es sabido, ocupan una parte considerable de la concepción político-liberal del Estado de derecho.<sup>151</sup>

Desde luego, se desconocería el alcance pragmático de esta argumentación si se le vinculara con la función del principio de igualdad en tanto “garante de una medida mínima irrenunciable de justicia material”.<sup>152</sup> Esta función es cumplida más bien por las inclusiones tópicas, que proporcionan un mayor campo de acción para las consideraciones materiales.

### C. Acerca del uso del principio del Estado social

En el uso del principio del Estado social, nos encontramos con algunas modificaciones, con el ya conocido instrumental retórico.

Por primera vez, el Tribunal intentó una regla general de uso en el “fallo de prohibición del KPD (Partido Comunista de Alemania)”, cuando analizó la teoría marxista de la explotación: El principio del Estado social “debe impedir efectos nocivos de la libertad ilimitada y realizar progresivamente la igualdad hasta la medida que razonablemente puede exigirse”.<sup>153</sup> La argumentación, que sigue reglas contrastantes, se mueve todavía totalmente dentro del marco de un análisis del problema que ve primariamente en el principio del Estado social un elemento constitucional que corrige la garantía de libertad o, según el punto de vista, hasta la pone en peligro. También esta regla intenta proporcionar referencias semánticas al referirse, por lo pronto, al equilibrio de tensión entre la protección de la libertad del individuo y el

<sup>150</sup> Ver BVerfGE 13, 340.

<sup>151</sup> Cfr., al respecto, Perelman, Chaim, *Über die Gerechtigkeit*, pp. 44 y ss., 86 y ss.; ver cap. 9, inciso 6.

<sup>152</sup> Leibholz/Rinck, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 5a. ed., revísada y aumentada, Colonia, 1975, artículo 3, nota 19.

<sup>153</sup> BVerfGE 5, 85, 206.

orden del Estado social. Esto surge más claramente de las consideraciones subsiguientes del fallo mencionado como así también de decisiones posteriores, tales como en BVerfGE 10, 354, 371 y ss. o BVerfGE 18, 257, 267, en donde se habla de una “situación de tensión básica e insuperable”.<sup>154</sup> Ya hemos conocido este esquema de argumentación en el análisis del principio del Estado de derecho. Al igual que allí, el Tribunal recurre también aquí a reglas pragmáticas sobre la competencia retórica que en primera línea dejan en manos del legislador la solución de conflictos de objetivos y la introducción del uso semiótico obligatorio del principio. Tampoco falta la reserva judicial. Pero es formulada de manera mucho más cautelosa que en el caso del uso del principio del Estado de derecho y del principio de igualdad: el Tribunal la limita a soluciones de problemas que están “absolutamente ordenadas por el principio del Estado social”.<sup>155</sup> Qué es lo “absolutamente ordenado”, lo determina en última instancia el Tribunal dentro del marco de su competencia retórica.

También el otro criterio, el de “la medida que razonablemente puede exigirse”, carece de una función semántica. El criterio “razonablemente”, al igual que en el uso del principio de igualdad, puede ser entendido con sentido sólo como regla pragmática que decide acerca de la admisibilidad retórica de los argumentos en el contexto de decisión situacional. Más fuertemente que en el principio de igualdad, en el principio del Estado social se acentúa la función semántica regulativa. Esto podría estar conectado con el carácter especialmente pragmático del “fallo de prohibición del KPD”, en el que el Tribunal entra en una discusión básica con la ideología social socialista-comunista. Pero la función regulativa aparece también en decisiones posteriores en las cuales el Tribunal trata de llevar a cabo una forma de argumentación comparativa. Por cierto que este uso comparativo del lenguaje está situacionalmente condicionado, pero es semánticamente fecundo en la medida en que, en todo caso, establece relaciones con regulaciones deseables.<sup>156</sup>

En la primera tesis normativa del fallo de la Sala Segunda, del 18 de julio de 1967 podría verse el intento de formular una regla de uso semántico con respecto al principio del Estado social.<sup>157</sup> El Tribunal expresa: “El principio del Estado social obliga al Estado a procurar un orden social justo.” Del contexto puede por cierto inferirse que en la argumentación se trata de la cuestión de saber hasta qué punto de la vin-

<sup>154</sup> Cfr., también, BVerfGE 1, 105; 8, 329; 29, 235.

<sup>155</sup> Cfr. BVerfGE 18, 257, 267; ver, también BVerfGE 12, 367; 27, 270; 36, 84.

<sup>156</sup> Cfr., por ejemplo, BVerfGE 17, 1, 11.

<sup>157</sup> BVerfGE 22, 180.

culación directiva de los destinatarios de la indicación resultan limitaciones para la colaboración de los otros sujetos de derecho. Sin embargo, esto no limita la función en tanto regla general de uso. Pero de esta regla puede inferirse la frase: “El Estado social es un orden social justo.” Si uno coloca entre paréntesis el functor “justo” entonces la expresión se presenta como una definición circular. Pero, tal como lo ha mostrado el análisis del esquema “justicia” en el uso del principio del Estado de derecho y del principio de igualdad, el functor no tiene sentido en el lenguaje objeto. Es una regla pragmática que obtiene sus argumentos del contexto del análisis del problema. Por lo tanto, la regla semiótica presentada es inadecuada para el uso semántico del principio del Estado social.

Más exitosos son los esfuerzos del Tribunal para enriquecer semánticamente, de caso en caso, el esquema constitucional. Por cierto que el Tribunal no proporciona mayor información acerca de las reglas posibles de acuerdo con las cuales procede. Pero de la argumentación puede, por lo menos, inferirse que el Tribunal, al igual que ya en el uso de los principios constitucionales expuestos, recurre preferentemente a esquemas tradicionales del desarrollo jurídico y ensaya cuidadosamente su aplicación a nuevas regulaciones, sobre todo en el ámbito del derecho del seguro social, del derecho de pensiones o de asistencia social, y también en el derecho económico.<sup>158</sup> Un nuevo acento con respecto al principio del Estado social puso también el “fallo del *numerus clausus*” que, si bien es cierto que en este caso no acepta que los órganos estatales tengan la obligación, dentro del marco de la garantía de participación propia del Estado social, de ampliar la capacidad educativa, no la excluye en general.<sup>159</sup>

Si uno juzga el uso semántico del principio del Estado social de acuerdo con el aumento de las expectativas político-sociales, el resultado dogmático-constitucional resulta ser bastante modesto. La jurisprudencia no va más allá de pequeñas correcciones. Sin embargo, hay que añadir que el Tribunal Federal Constitucional no ha confirmado las opiniones que habían temido que el uso dogmático-constitucional del principio del Estado social pusiera en peligro las garantías de libertad del Estado de derecho. El Tribunal se mueve en la línea ya marcada por la estructura semiótica de estos textos, en una actividad judicial que apunta

<sup>158</sup> Cfr. BVerfGE 9, 20, 35; 9, 131; 10, 371; 12, 367; 17, 11, 25; 17, 56; 17, 355; 18, 267; 19, 319; 22, 180; ver, también, Wand, Walter Rudi, “Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (I)”, *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, vol. II, fascículo 1, 1974, pp. 52-67.

<sup>159</sup> Cfr. BVerfGE 33, 303, 333 y ss. Ver también capítulo 5, inciso 4, fallo del Primer Senado del 8 de febrero de 1977 - 1BvF 1/76, entre otros, p. 29.

a la continuidad. Se apoya en reglas pragmáticas de la comprensión argumentativa y en modificaciones de la tradición jurídica que permiten suponer un consenso mayoritario.

#### D. Acerca de la función retórica de las reglas sobre la competencia “pragmática” y “retórica”

El análisis del uso de algunos principios constitucionales elementales permite ya reconocer algunos rasgos característicos de la argumentación. Más allá de una mera utilización casuística, el Tribunal trata de llegar a reglas generales de uso de los esquemas directivos destacados de la sintaxis general de la Constitución. De acuerdo con la comprensión tradicional de los principios o máximas jurídicas, ofrece reglas que dan la impresión de que aquí se trata de prescripciones semánticas de interpretación que serían adecuadas para proporcionar un “significado concreto” a estos principios. Sin embargo, una investigación más detallada muestra que el valor de información semántica de estas reglas es reducido y que, en parte, utilizan expresiones tautológicas. Pero la investigación muestra también que las reglas de uso ofrecidas no se agotan en la función de un mero *camouflage* retórico, tal como suele suponerse en el caso de argumentos con reducido contenido semántico.<sup>160</sup>

Las reglas tautológicas utilizadas demuestran ser momentos de operaciones pragmáticas generales. De acuerdo con este resultado, podemos formular tentativamente la regla de que el uso tautológico de esquemas de argumentación fundamenta la suposición de que este uso expresa reglas pragmáticas.

Como indicaciones de uso pragmático destacadas pudieron ser averiguadas las reglas sobre la competencia retórica y pragmática. Ellas remiten la actividad de interpretación del Tribunal al proceso generativo de la situación comunicativa que es proporcionada por el procedimiento. Bajo las condiciones de un procedimiento constitucional-judicial, el Tribunal abre el discurso público sobre la validez situacional de las directivas constitucionales. En cierto modo, en el marco de la sintaxis general de la Constitución, en actos puntuales, se aparta de la “legislación constitucional” retóricamente organizada.

Se puede ver aquí una ampliación no permitida o dudosa de las competencias judiciales y su desplazamiento desde la sintaxis a la pragmática de la legislación constitucional.<sup>161</sup> No es asunto de este libro

<sup>160</sup> Cfr., respecto a la crítica del uso del concepto de valor, Goerlich, Helmut, *op. cit.*, esp. pp. 26 y ss., 46 y ss., 73, 138.

<sup>161</sup> Respecto a la posibilidad de colisiones de función entre la jurisdicción

emitir juicios acerca de la admisibilidad dogmática o la deseabilidad de la argumentación constitucional. Pues esto requeriría tomas de posición dogmáticas que cambiarían totalmente el estilo de trabajo. En interés de un análisis lo más objetivo posible, hay que renunciar a tales tomas de posición.

Importante para el análisis es más bien la cuestión de saber si con una forma de argumentación que se entrega en gran medida al contexto pragmático de la situación de decisión, no se pierden al contexto teórico constitucional y los frutos de la construcción de una sintaxis general de la Constitución realizada con tanto esfuerzo por el Tribunal. Este sería el caso si la sintaxis constitucional pretendiera proceder de acuerdo con las reglas sintácticas de un sistema axiomático-deductivo. Las reglas de uso presentadas no satisfacen ni las exigencias sintácticas ni las semánticas de los principios destacados de un sistema deductivo interpretado. Este exige expresiones sintácticamente operacionalizables y semánticamente con sentido en el lenguaje objeto. Pero las reglas generales de uso demuestran ser indicaciones operativas metalingüísticas que cumplen una función semántica. Sin embargo, estas reglas no se oponen a un uso sintáctico y semántico con sentido de los esquemas de argumentación organizados sistemológicamente. Su objetivo es más bien crear prescripciones adecuadas de interpretación que se adaptan como reglas semióticas aceptables al contexto retórico que constituye la sintaxis general de la Constitución. El Tribunal no ha dejado de mantener en las reglas pragmáticas la referencia a la sintaxis general de la Constitución. En el uso del principio general de igualdad, que se cuenta entre los esquemas constitucionales que son objeto de mayor atención, el propio Tribunal ofreció las reglas metateóricas de la retórica holística fundamental. Los contextos de argumentación puntualmente desarrollados son conciliables, al menos estructuralmente, con la organización retórica de la sintaxis general de la Constitución. Los modelos de orientación siguen siendo los mismos. Sin embargo, este contexto retórico es el que importa para la forma de funcionamiento del modelo de argumentación sistemológico.

La sintaxis general de la Constitución sigue siendo accesible a los contextos de argumentación pragmáticos descubiertos situacionalmente mientras que, al revés, el fruto de estas argumentaciones desarrolladas en conexión con esquemas directivos particulares, es llevado a la sintaxis general de la Constitución y dotado del *status* retórico que corresponde

constitucional y el gobierno y el parlamento, *cfr.* Schuppert, Folke, *Die verfassungsgewerliche Kontrolle der Auswärtigen Gewalt*, Baden-Baden, 1973, esp. pp. 159, 162 y ss.

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

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

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

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

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