

SEGUNDA SECCIÓN. EL MODELO PROBLEMOLÓGICO DE ARGUMENTACIÓN (TÓPICA RETÓRICA)	267
<i>Capítulo siete</i>	267
1. Introducción	267
2. La combinatoria	268
A. La combinatoria aditiva. (Acerca del esquema heurístico “campo tópico”)	268
B. La combinatoria complementaria	271
C. La combinatoria alternativa	272
D. La combinatoria y las reglas sobre la competencia prag- mática y retórica	272
E. La combinatoria y el principio de igualdad	273
F. La combinatoria y la sinequa retórica	276
3. La preferética	280
A. La preferética como estrategia del compromiso social	280
B. La preferética y las reglas sobre la competencia pragmática y retórica. (Acerca del proceso “abierto” de la determina- ción de los fines del Estado)	293
C. Estructuras retóricas generales de la argumentación prefe- rética. (La preferética como retórica del análisis legislativo de los problemas)	299
4. La diatética	304

SEGUNDA SECCIÓN

EL MODELO PROBLEMOLÓGICO DE ARGUMENTACIÓN (TÓPICA RETÓRICA)

CAPÍTULO SIETE

1. *Introducción*

En el capítulo sobre cuestiones metodológicas señalamos que era conveniente distinguir entre dos tipos metateóricos de estructuras: el modelo sistemológico de argumentación y el modelo problemológico de argumentación.¹ Después que han podido ser presentadas algunas estructuras características de la retórica sistemológica fundamental, queremos ahora lograr una visión general de las formas de argumentación que analizaremos con la ayuda del modelo problemológico de argumentación. Con esta división clasificatoria de los tipos de estructuras no habrá de estar vinculada ninguna definición semántica. Sirve únicamente como procedimiento hipotético de una caracterización de un estilo de argumentación de acuerdo con propiedades retóricas típicas.

El modelo sistemológico de argumentación está caracterizado por el hecho de que, a través de una retórica holística fundamental, la argumentación remite a un contexto retórico total del campo de argumentación. En la argumentación estructurada problemológicamente, esta referencia pasa a segundo plano. Se abandona la dimensión contextual del análisis del problema en aras de una argumentación puntualmente orientada. La dimensión pragmática del análisis del problema pasa más fuertemente a primer plano. Los esquemas de argumentación marcan procedimientos de solución. Se presentan como signos operativos para la obtención o justificación de soluciones de problemas, como *topoi* del análisis del problema. Entre los *topoi* situacionalmente utilizados en cada caso existen determinadas conexiones retóricas que se distinguen según el grado de la diferencia semiótica, de la diversidad retórica de los esquemas de solución de problemas. Tomando en cuenta el grado de

¹ *Cfr.* cap. 4.

la diversidad retórica, podemos constatar tres variantes del estilo problemológico de argumentación: 1) la combinatoria, 2) la preferética, 3) la diatética. Estos tres tipos diferentes se presentan unas veces aisladamente y otras, combinados.

2. *La combinatoria*

A. La combinatoria aditiva. (Acerca del esquema heurístico “campo tópico”)

a) Un claro ejemplo del estilo de argumentación combinatorio ofrece la decisión de la Sala Primera, del 10 de junio de 1953.² Dentro del marco de un procedimiento de control de normas, el Tribunal analizó la cuestión acerca de si la creación de tribunales de justicia y la determinación de distritos judiciales estaban reservadas al legislador o si, en tanto medidas de organización de las autoridades, correspondían al poder de organización del Ejecutivo, como sostenía el gobierno estadual que intervenía en este proceso, en contra del parlamento del respectivo Estado federado.

Como respuesta, el Tribunal formula la tesis normativa de que con respecto a la modificación de los distritos judiciales existe una reserva de ley. La solución obligatoria del problema es generalizada a través de la “tesis” y elevada al *status* retórico de un “principio” disponible en todo momento e independiente de la situación de decisión. Pero esta tesis normativa no es simplemente presentada como elemento constitutivo de la sintaxis general de la Constitución o, como falta una disposición expresa de la LF, “derivada” de otros principios, sino también como el resultado de una discusión del problema. A tal fin el Tribunal recurre, por lo pronto, a una disposición de remisión que indica los ámbitos de argumentación, los por así decirlo “campos tópicos”, que pueden proporcionar una solución del problema. Estos campos crean los marcos pragmáticos de referencia para la ulterior argumentación. Así, el Tribunal señala que la reserva de ley resulta o puede ser “fundamentada” con la ayuda del “origen”, de la “peculiaridad” de las medidas en cuestión y de las “consideraciones del Estado de derecho generales, que hay que inferir de la Ley Fundamental”, de la “estricta concepción del Estado de derecho y de la concepción sobre la división de los poderes de la Ley Fundamental”.³

El Tribunal maneja las mencionadas consideraciones del Estado de

² BVerfGE 2, 307, 316 y ss.

³ Cfr. BVerfGE 2, 316, 319.

derecho como “puntos de vista” para la solución del problema, es decir, como “punto de vista” del “juez legal” y de la “independencia del poder judicial”. Como lo muestra el ejemplo, de manera análoga a lo que sucede en la retórica fundamental, son también incorporados textos de la Constitución en el estilo de argumentación del análisis general del problema, como una referencia obligatoria para el intérprete. A más de otras referencias argumentativas, la sintaxis general de la Constitución adquiere la función pragmática de un campo tópico; se convierte en catálogo de *topoi*.⁴ Y aquí tropezamos nuevamente con el conocido esquema contrastante, que es presentado como *topos* amplificativo: al Tribunal no le basta exponer la independencia de la actividad judicial como “uno de los principios esenciales de nuestra estructura estatal” sino que, al mismo tiempo, abre para el aumento retórico una referencia pragmática al remitirse expresamente a las experiencias durante la dominación violenta del nacionalsocialismo. Finalmente, el Tribunal constata que desde este punto de vista resulta que la modificación de los límites de los distritos judiciales tiene que ser considerada como una medida que por su “esencia” no pertenece al ámbito del Ejecutivo y tiene que ser imputada al campo de competencia del Legislativo.

b) Desde luego, el recurso a la “esencia” de la medida en cuestión podría hacer suponer que el estilo tópico de argumentación oculta una argumentación orientada hacia cuestiones esenciales. Sin embargo, aquí hay que decidir que la utilización del esquema “esencia” goza en general de gran predilección en la argumentación del Tribunal Federal Constitucional. Tan sólo en la presente decisión es utilizado cuatro veces.⁵ Sin embargo, de esta forma de hablar *ontologizante* no puede inferirse que ella apunta a un uso semántico del esquema, que designa determinadas propiedades eidéticas de un objeto. Más bien, el uso del esquema esencia cumple funciones sintácticas y pragmáticas. Como signo sintáctico, sirve para acortar la argumentación. En el presente caso, indica las propiedades, clases de objetos, que se excluyen. En el ejemplo presentado esto se muestra claramente cuando el Tribunal expone que las medidas a través de las cuales los tribunales son creados o modificados, se distinguen “por su esencia” de todas las otras medidas de la organización de autoridades por el hecho de que ellas afectan directamente la posibilidad de acción de la actividad judicial.

La mayoría de las veces, el esquema esencia sirve para el aumento

⁴ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 6, 290, 296, en donde son introducidas en la argumentación, como puntos de vista, regulaciones jurídico-constitucionales, tales como la “garantía de la propiedad” y el “principio de igualdad”.

⁵ Cfr. BVerfGE 2, 311, 319, 320, 329.

retórico de un argumento. No obstante su difusión también en el lenguaje ordinario, sigue estando siempre vinculado a un “tono ontológico” proveniente de la filosofía y del lenguaje especializado. Manifiestamente ello es adecuado para apoyar afectivamente, a través de su carácter cuasiteórico, la forma de hablar metafórica, que de tanta predilección goza y que fuera practicada también en el ejemplo aquí citado. Por lo tanto, en esta argumentación la utilización del esquema no se opone al estilo de argumentación tópicos.⁶

c) Los *topoi* presentados tienen tanto la función de fórmulas pragmáticas de búsqueda como así también la función retórica como esquemas para la solución de problemas, que crean la fundamentación “dogmática” de las decisiones. El Tribunal realiza las dos funciones en dos pasos al caracterizar primeramente los campos tópicos y presentar luego los diversos argumentos como esquemas retóricos para la solución del problema.

La decisión aquí presentada muestra claramente que el Tribunal tiene presente el carácter operacional de los esquemas expuestos como puntos de vista. En conexión con la interpretación del artículo 129, párrafo 3, de la LF, el Tribunal rechaza una concepción sostenida por la teoría jurídica y según la cual los puntos de vista indicados serían demasiado vagos como reglas de interpretación.⁷ Por ello, los *topoi* propuestos son expresamente valorados como reglas heurísticas para el descubrimiento casuístico de las disposiciones de interpretación.

La argumentación presentada muestra también que la situación pragmática de la decisión del caso determina considerablemente el estilo retórico. Ciertamente no se produce una identificación de “puntos de vista” con diferentes “posiciones” de las instancias afectadas por la decisión. Sin embargo, el proceso de argumentación se atiene a la problemática planteada por la situación del caso y se vincula a *topoi* que ya juegan un papel en el análisis general del problema.

En el caso presentado, la conexión retórica de los diversos *topoi* es simplemente aditiva: lo que importa no es contar con un punto de vista más. Cada uno de los puntos de vista presentados apoya la decisión según la presentación del tribunal. La acumulación del *topoi* cumple manifiestamente la función de la elevación retórica. Sin embargo, acerca de la relación semiótica recíproca de los *topoi* se puede, por lo menos,

⁶ Respecto a la crítica al uso del argumento de la esencia en la jurisprudencia, cfr. Scheuerle, Wilhelm A., “Das Wesen des Wesens. Studien über das sogenannte Wesensargument im juristischen Begründen”, *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 163, 1964, pp. 429-471.

⁷ Cfr. BVerfGE 2, 333 y ss.

decir que ellos no se excluyen sintácticamente. La combinatoria trabaja con esquemas para la solución de problemas, que retóricamente son conciliables.

B. La combinatoria complementaria

Con mayor frecuencia que el uso aditivo de esquemas para la solución de problemas, encontramos una variante, la “combinatoria complementaria”. También aquí se recurrirá a un ejemplo: Dentro del marco de un procedimiento de control de normas, la Sala Segunda se ocupó de la cuestión de si el legislador federal podía, sin la aprobación del Consejo Federal, encomendar al Banco Federal Alemán, como una nueva tarea, la participación en el control de los bancos.⁸ El recurrente y los estados federados que lo apoyaban (nueve *Länder*), en contra del gobierno federal, daban una respuesta negativa a esta cuestión.

El Tribunal comparte la concepción del gobierno federal. Apoya su respuesta en el artículo 88 de la LF, según el cual la Federación crea un banco monetario y emisor con carácter de Banco Federal. La solución es buscada dentro del marco del alcance semántico de esta disposición. La averiguación de la prescripción semántica de interpretación, al igual que en el ejemplo anterior, permite reconocer dos pasos operativos. El Tribunal coloca diferentes reglas heurísticas la una al lado de la otra al referirse a la “imagen preconstitucional” del Banco Alemán Monetario y de Emisión, al “objetivo” del Banco Federal como banco monetario y emisor y al control de los bancos como las “funciones especiales” que le son otorgadas al Banco Federal por la ley del sistema crediticio. Los campos de argumentación que de esta manera se obtienen son, a su vez, estructurados en parte tópicamente. Esto vale, sobre todo, para el esquema del “objetivo” de las distintas instituciones. El Tribunal no intenta una definición semántica de los objetivos sino que recurre también aquí a una forma pragmática de hablar a fin de caracterizar la estructura de las tareas generales: “Pero en el ámbito del sistema crediticio, a menudo confluyen puntos de vista de política monetaria y de política de orden estatal y en la praxis existen numerosas superposiciones”. Con esto el Tribunal indica dependencias causales, funcionales e institucionales entre el control de los bancos, el aparato bancario y las tareas de política monetaria del Banco Federal. La argumentación tópica libera al Tribunal del intento de determinar con mayor precisión las tareas de política monetaria y de orden estatal; más bien se constata

⁸ Cfr. el fallo del 24 de julio de 1962 (BVerfGE 14, 197, 216 y ss.).

expresamente que en el caso particular no es posible una delimitación unívoca.⁹ Ciertamente, los diferentes esquemas retóricos y los *topoi* presentados no pretenden abarcar totalmente los argumentos relevantes para la decisión. También queda un resto pragmático de un arbitrario amontonamiento de argumentos. La referencia retórica de los *topoi* está, sin embargo, más fuertemente apoyada que en el primer ejemplo por la dimensión semántica de los argumentos. Se encuentran en una relación de complementación semántica recíproca.

C. La combinatoria alternativa

La argumentación con respecto al principio de igualdad ofrece también un ejemplo interesante de una “combinatoria alternativa”. En la decisión acerca de las diferentes regulaciones sobre las rentas de viudos y viudas de acuerdo con el seguro social de rentas, la Sala Primera señaló la posibilidad de justificar los presupuestos que dificultan la renta de las viudas “con dos consideraciones distintas”, que son presentadas en detalle.¹⁰ Ciertamente, al final, el Tribunal apoya su decisión en una alternativa por él preferida; pero admite expresamente que también la otra “consideración” presentada en la fundamentación del proyecto gubernamental de la nueva regulación legal, posiblemente es todavía sostenible.

D. La combinatoria y las reglas sobre la competencia pragmática y retórica

En otras decisiones, la combinatoria aparece principalmente en conexión con las reglas pragmáticas sobre la competencia pragmática y retórica. El análisis ha señalado ya el destacado papel de estas reglas, sobre todo en el uso del principio del Estado de derecho y del principio general de igualdad. Estas reglas constituyen nexos entre la argumentación sistemológica y problemológica. Abren a la argumentación el contexto pragmático del análisis del problema. Campo preferido de aplicación son aquellas situaciones de decisión que el Tribunal caracteriza con la ayuda del esquema de libre discrecionalidad, sea el campo de discrecionalidad o de libertad de conformación del Legislativo o, en caso de que no se oponga la reserva de ley, del Ejecutivo.

Como ejemplo, puede ser citada por lo pronto la decisión de la Sala Segunda del 31 de mayo de 1960, en la que el Tribunal examina la

⁹ Cfr. BVerfGE 14, 197, 216 y ss.

¹⁰ Cfr. BVerfGE 17, 1, 18 y ss.

cuestión de si la evaluación del valor en litigio en los procesos de desalojo (y elevación de alquileres) viola una disposición o un principio de la LF, especialmente la “protección judicial constitucionalmente garantizada”.¹¹ El Tribunal da una respuesta negativa a la cuestión de saber si bajo este “punto de vista del derecho constitucional” es objetable la disposición impugnada por el recurso de inconstitucionalidad y después de analizar la génesis y la presentación de los puntos de vista de la fundamentación oficial de esta disposición, concluye la argumentación con el resultado de que un legislador que siga estas reflexiones esclarecedoras actúa dentro del ámbito de la libertad legislativa que le corresponde.

La forma de argumentación problemológica se presenta claramente también en el pasaje siguiente del texto de esta decisión en donde el Tribunal, de acuerdo con principios desarrollados anteriormente, expone que en este contexto no necesita entrar en un exhaustivo análisis del “problema” de la admisibilidad de leyes retroactivas desde el “punto de vista” del Estado de derecho.

También en el análisis de las decisiones discrecionales de la administración encontramos el estilo de argumentación tópica. Aquí son, sobre todo, las “exigencias generales del Estado de derecho” las que, en tanto marcos pragmáticos de referencia, requieren la orientación hacia “puntos de vista concretos”.¹²

E. La combinatoria y el principio de igualdad

Sin embargo, el campo principal de aplicación de la combinatoria está constituido por la argumentación en el marco del principio de igualdad.

Un instructivo ejemplo del estilo de argumentación tópica en el uso del principio de igualdad lo ofrece la argumentación con respecto a la igualdad electoral en las ya analizadas decisiones anteriores de la Sala Segunda, del 5 de abril de 1952.¹³ Este fallo introduce una serie de importantes decisiones acerca de la problemática jurídico-constitucional del derecho electoral y de la posición de los partidos políticos que, como es sabido, han influido decididamente en las estructuras democráticas de decisión.¹⁴ En esta decisión, el Tribunal tiene que ocuparse

¹¹ Cfr. BVerfGE 11, 139, 143, 145.

¹² Cfr., por ejemplo, BVerfGE 14, 105, 114, 116; 18, 353, 363.

¹³ Cfr. BVerfGE 1, 208, 241 y ss.; cfr. cap. 5, inciso 1, letra B.

¹⁴ Cfr. BVerfGE 3, 383, 391; 4, 31, 39; 4, 375, 382 y ss.; 6, 84, 90 y ss.; 11, 266, 271; 11, 351, 360; 12, 10, 25; 13, 1, 12; 13, 243, 246; 15, 165 y ss.; 16,

de la cuestión de saber si y hasta qué punto es admisible jurídico-constitucionalmente en la elección proporcional o en el equilibrio proporcional de los votos ligar el otorgamiento de escaños a la obtención de un porcentaje mínimo de votos en todo el país. La situación pragmática general de la decisión está caracterizada, sobre todo, por dos factores: Por una parte, el Tribunal se ve confrontado por una praxis difundida, aunque modificada, de cláusulas limitativas que apuntan a la reducción de los partidos pequeños, en la Federación y en los estados federados. Por otra, el Tribunal está también sujeto a la exigencia que impone al derecho electoral pautas “estrictas” de igualdad. En fallos posteriores, el Tribunal las ha caracterizado como “formalización más fuerte” del principio de igualdad o como “igualdad radical-legalitaria del derecho electoral”.¹⁵

El punto de partida retórico es nuevamente la tradición. Aquí la argumentación ofrece el ejemplo de una orientación retórica negativa y positiva. Al principio, el Tribunal se manifiesta contrario a un manejo restrictivo de la igualdad electoral, tal como fuera sostenida principalmente en la teoría jurídica de la época de la Constitución de Weimar. Para refutar este punto de vista, el Tribunal recurre a argumentos extraordinariamente amplios y complicados, que sólo son comprensibles sobre el trasfondo del ya expuesto modelo de argumentación determinado por la retórica fundamental. Así, el Tribunal remite, por una parte, al esquema pragmático de la “enorme importancia que corresponde al principio general de igualdad como uno de los principios jurídicos suprapositivos reconocidos por la Constitución” y, por otra, al conocido esquema holístico de la “estructura total del orden constitucional”; estos esquemas, en virtud de su función de identificación y diferenciación, prohíben ver un tal “principio sólo en el contexto de la secuencia histórica de las formas del derecho electoral”.¹⁶ Desde luego, esto no impide al Tribunal recurrir, para su argumentación a las favorables circunstancias del mismo contexto histórico. Esto vale, sobre todo, para la distinción entre “valor numérico” y “valor efectivo” de un voto, que subyace a la argumentación subsiguiente. El apoyo histórico de esta distinción lo ofrece una cita insólitamente detallada de una decisión de la Corte de Justicia del *Reich*, de 1930, con respecto al derecho electoral prusiano. Esta distinción, que apunta a magnitudes de referencia absolutas y relativas de los votos, coloca al Tribunal en

130, 138 y ss.; 20, 56, 117 y ss.; 24, 300, 339; 28, 220, 225; 36, 139, 141; *cfr.*, también, Laufer, Heinz, *op. cit.*, pp. 479 y ss., que analiza especialmente esta praxis de decisión y sus consecuencias.

¹⁵ *Cfr.* BVerfGE 4, 375, 382; 13, 243, 247.

¹⁶ Ver BVerfGE 1, 243 y ss.

una favorable situación retórica. Pues le permite seguir una argumentación que juzga más complejamente la evaluación de los votos y establece pautas más severas. Sin embargo, al mismo tiempo le ofrece un punto de vinculación que posibilita admitir diferenciaciones en la elección proporcional sin que por ello se cuestione la absoluta igualdad de voto, al menos por lo que respecta a la emisión del voto. Abre la vía para una argumentación que trata de tomar en cuenta tanto las exigencias de igualdad en el derecho electoral, así como también la praxis de la legislación electoral. Mientras que con respecto al valor numérico están excluidas las diferenciaciones, ello es posible con respecto al valor efectivo de los votos. Con esta argumentación, el Tribunal se vincula con el uso del principio general de igualdad que somete las diferenciaciones legales a la regla pragmática de la obligación de fundamentación. El modelo predilecto de argumentación, que satisface esta obligación de fundamentación, es la discusión tópica del problema.

En el ejemplo anterior, el *topos* decisivo proporciona un argumento sistémico-funcional para la diferenciación. Con la reducción de los pequeños partidos y de las agrupaciones políticas, especialmente de los llamados partidos fragmentarios, se procura crear un gobierno que esté en condiciones de actuar. Sin embargo, por lo que respecta a la vinculación de la argumentación con la sintaxis constitucional general, el Tribunal no se conforma con remitir la argumentación a las exigencias generales de la justicia. Más bien formula él mismo algunos “principios” obtenidos a su vez a través de un procedimiento tópico. Por lo pronto, responde a las mayores exigencias de igualdad electoral al admitir las diferenciaciones en la igualdad electoral sólo como “excepciones” y exigir para estas excepciones una “razón concluyente”.

Este aumento de la obligación de fundamentación lo apoya el Tribunal en puntos de vista que obtiene a partir del contexto de la sintaxis general de la Constitución: está, por una parte, el “punto de vista de la libre oportunidad de competencia de los partidos políticos”, entendida como “elemento del orden básico democrático”, y, por otra, el “punto de partida” de la argumentación del “derecho de voto de cada elector”.¹⁷

Sin embargo, al Tribunal no le bastan estos puntos de vista a causa de los grandes efectos políticos de la cláusula de limitación. Recurre a otro *topos* ya preformado en la teoría jurídica y en la jurisprudencia, es decir, al *topos* de la “homogeneidad” entre el derecho electoral federal y el de los estados federados. Pero esto todavía no es suficiente. La comparación jurídica entre las leyes electorales alemanas proporciona

¹⁷ Cfr. BVerfGE 1, 242, 255.

no sólo material de comparación sino también un argumento legitimante, es decir, la referencia a una “convicción jurídica general”. De acuerdo con la exposición del Tribunal, esta convicción jurídica está a favor de la permisibilidad de la cláusula de limitación; ofrece, además, una pauta actualizada con respecto al grado de diferenciación admisible, una “regla empírica alemana” de un quórum del 5% que sólo puede ser dejado de lado por “razones especiales y concluyentes”. De esta manera, la argumentación se apoya en gran medida en *topoi* que obtiene de la dimensión pragmática, de la tradición y de la praxis de la legislación electoral como campos tópicos predilectos. Con la insólita referencia a convicciones jurídicas alemanas, se ofrece al mismo tiempo un *topos* pragmático que sirve de apoyo a la deseada legitimación de los argumentos.

F. La combinatoria y la sinequia retórica

a) El uso del principio general de igualdad ha demostrado ser una regla pragmática de la obligación judicial de fundamentación. Expresa con ello una regla básica de la retórica jurídica que indica la alta jerarquía que posee la argumentación basada en reglas, en los procesos de comunicación de la actividad jurídica institucionalizada. Pero el uso del principio de igualdad llama también la atención acerca de la estrecha conexión que existe entre la retórica jurídica y la discusión tópica de los problemas. A través del recurso a la tópica, la argumentación obtiene la base retórica que le permite hacer accesible a la sintaxis general de la Constitución el contexto pragmático. La combinatoria se convierte en una estrategia de la “sinequia retórica” que vincula el *ideonome* con la argumentación simptomática al llevar los diferentes ámbitos de experiencia social estudiados a través de la situación del caso y los contextos de argumentación creados a través de la sintaxis general de la Constitución, al nivel retórico común de campos de signos tópicamente estructurados.

En la conocida decisión de la Sala Primera del 16 de junio de 1959, esta estrategia de la sinequia retórica encontró una expresión sucinta. Según esta decisión, el legislador no puede dejar de lado “legalidades que se encuentran en la cosa misma” y las “fundadas concepciones generales de justicia de la comunidad”.¹⁸ Finalmente, la referencia a la sintaxis general de la Constitución encuentra una importante complementación en la regla que utiliza para el uso del principio de igualdad

¹⁸ Ver BVerfGE 9, 338, 349 y ss.; *cfr.*, también, BVerfGE 7, 377, 404; 13, 225, 227 y ss.; así como también cap. 6, inciso 6, letra B.

“decisiones valorativas especiales de la Ley Fundamental”.¹⁹ Aquí hay una consideración orientada “hacia la justicia en general y hacia las decisiones valorativas de la Ley Fundamental en especial”.²⁰ Se muestra el interesante intento de estructurar la sintaxis constitucional de acuerdo con campos tópicos.

Más claramente aún se presenta el carácter tópico de la argumentación en la evaluación de las decisiones judiciales. Así, “desde el punto de vista de la prohibición de arbitrariedad”, decisiones pronunciadas a raíz de una violación del derecho constitucional y que “en una consideración comprensible de las ideas dominantes en la Ley Fundamental” ya no parecen ser comprensibles, imponen la conclusión de que se basan en “consideraciones ajenas al asunto”.²¹

El Tribunal obtiene el acceso retórico a la realidad social empírica a través de la competencia pragmática del caso particular: “A partir del estado de cosas que tiene como objeto la regulación diferenciante” tiene que “poderse aducir un punto de vista que sea objetivamente sostenible con respecto a aquél”.²² Esquemas pragmáticos predilectos son “concreto”, “objetivo”, “objetivamente extraño”, “objetivamente adecuado”; también existe una “consideración objetiva que se basa en una evaluación racional, en todo caso sostenible, de una situación vital típica”.²³ Otros esquemas apuntan más fuertemente al momento retórico de la fundamentación al exigir “razones” “suficientes”, “objetivas”, “racionales”, “que resultan de la naturaleza de las cosas”, “convincentes” o “concretamente esclarecedoras” o regulaciones que no sean “evidentemente no objetivas”.²⁴

En la caracterización de los campos tópicos, se encuentra a menudo una forma de hablar *ontologizante*. Esto vale, sobre todo, para los esquemas pragmáticos tales como la “naturaleza del ámbito concreto en cuestión”, la “peculiaridad del ámbito vital” o la “naturaleza de la cosa” y otros similares.²⁵

Dentro de los campos tópicos que son proporcionados por la compe-

¹⁹ Cfr. BVerfGE 17, 210, 216 y ss., con remisión a BVerfGE 13, 290, 298 y ss.; ver, también, BVerfGE 18, 257, 269; 26, 321, 325; 36, 321, 330 y ss.

²⁰ Cfr. BVerfGE 17, 1, 24; 18, 257, 269.

²¹ Cfr. BVerfGE 4, 1, 7; 13, 132, 150; 18, 85, 96.

²² Cfr. BVerfGE 17, 122, 130 y ss.; 19, 1, 8; 27, 371.

²³ Cfr. BVerfGE 17, 210, 219 y ss.

²⁴ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 1, 52; 2, 340; 6, 289; 8, 67; 9, 222; 11, 123; 12, 326, 348; 14, 74; 14, 150; 14, 238; 15, 320; 16, 25; 17, 203; 17, 330; 18, 46; 18, 124; 18, 269; 18, 298; 19, 8; 20, 377; 23, 28; 24, 109; 24, 228; 26, 310; 28, 214; 29, 298; 29, 429 y ss.; 31, 130; 36, 327; 37, 129.

²⁵ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 1, 52; 6, 91; 6, 256; 11, 280; 13, 203; 15, 320; 18, 337; 25, 1, 14; 25, 292; 35, 357; 37, 353.

tencia pragmática, el Tribunal prefiere a menudo *topoi* que obtiene de la tradición de los institutos jurídicos o de instituciones sociales.²⁶

Tal como ya se ha expuesto, otra forma de acceso predilecta es el recurso a esquemas holísticos que hacen referencia a contextos semánticos o sintácticos de codificaciones que se encuentran a juicio.²⁷

Los esquemas pragmáticos presentados llaman la atención sobre otra peculiaridad semiótica. El Tribunal practica una forma de hablar que incorpora tanto elementos subjetivos como objetivos de la formación de la opinión. Así, a más de los ya mencionados criterios subjetivos, el Tribunal conoce esquemas tales como “la sensibilidad general de la justicia” o “consideraciones de la justicia y de la funcionalidad”.²⁸ Además, pueden haber regulaciones que son “más soportables para el sentimiento de justicia” o que carecen de “poder de convicción” y por ello no pueden mantenerse frente al artículo 3, párrafo 1, de la LF.²⁹ Tampoco debe faltar la “evidencia de la violación del principio de igualdad”.³⁰

b) El Tribunal ofrece un amplio catálogo de esquemas que facilitan criterios para el uso del principio general de igualdad. Se podría pensar que el Tribunal satisface así la difundida necesidad pública de una variedad metódica, pues no es difícil reconocer que la mayoría de los esquemas se cuentan entre los respectivos conceptos clave de las diferentes metodologías jurídicas. Aquí, la escala pragmatológica de los criterios abarca desde las metodologías positivistas hasta las ontológicas, pasando por las idealistas. Pero parece ocioso inferir a partir de la frecuencia con la cual es utilizado un esquema, la preferencia del Tribunal por una determinada metodología o teoría jurídica. Más bien lo característico de esta forma de hablar es su falta de determinación, su predilección por una especie de sincretismo metódico.³¹ Pero la objeción que uno podría ver en esto puede ser fácilmente rechazada, pues hay que tener en cuenta que muchas de las expresiones operativas tales como “objetivo”, “concreto”, “objetivamente extraño”, “racional”, “sostenible”, “esclarecedor” o “convinciente”, son frecuentes en el lenguaje ordinario culto y se presentan sin la pretensión de ventajas metódicas especiales. Caracterizan reglas pragmáticas de la tónica del lenguaje

²⁶ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 2, 340 y ss.; 7, 153; 9, 130; 9, 207; 9, 349 y ss.; 11, 318; 11, 324; 13, 331 y ss.; 340; 18, 366 y ss., 372, 377.

²⁷ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 4, 243 y ss.; 7, 153; 11, 362 y ss.; 12, 273; 13, 331, 340; 15, 318; 18, 372 y ss.; 27, 127.

²⁸ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 3, 136; 4, 246.

²⁹ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 17, 210, 221; 12, 368.

³⁰ Cfr. BVerfGE 11, 283, 293; 15, 313; 320 y ss.; 3, 225, 237 y ss.; 16, 143.

³¹ Cfr., respecto a las consecuencias confirmológicas de esta forma de hablar, cap. 9, inciso 2.

ordinario. Sin embargo, el Tribunal borra este contexto semiótico al recurrir reiteradamente a esquemas más exigentes, especialmente eidéticos y ontológicos, tales como “evidencia”, “naturaleza de la cosa” o “legalidades ínsitas en la cosa misma”. El estilo de argumentación tópico es, por así decirlo, recubierto ontológicamente. Hemos ya encontrado reiteradamente este recubrimiento retórico a través de una forma de hablar *ontologizante*, a menudo también enriquecida con metáforas. Se puede hablar directamente de una “estrategia de encubrimiento semántico”. Ella no deja de tener modelos en la historia general de la cultura. Tal como expusimos en la introducción, sólo muy tarde se logró redescubrir en la moderna metodología científica el fundamento pragmático de la comprensión disciplinada. Como es sabido, en la ciencia del derecho, Theodor Viehweg llamó la atención sobre la estructura tópica, sobre la estructura pragmática de pregunta-y-respuesta de la argumentación jurídica. Si en la metodología científica es la pretensión semántica de verdad la que a menudo se opone al reconocimiento de la tópica y exige una mayor profundización semántica de la certeza retóricamente obtenida, en la argumentación constitucional parece ser la pretensión dogmática de disponer soluciones sociales de los problemas con carácter de obligatoriedad general, la que no se conforma con el alcance de la tópica y sugiere un aumento de la obligatoriedad legitimante de los argumentos.

Desde luego, no puede dejar de percibirse que el Tribunal se preocupa por hacer operacional el principio de igualdad con la ayuda del catálogo de esquemas. Intenta aquí ofrecer a la manera tradicional, prescripciones generales de interpretación, dentro de lo posible bajo la forma de definiciones directas. Como ya lo ha mostrado el análisis, en el caso de las reglas generales de uso se trata siempre de indicaciones pragmático-operativas para la obtención y aplicación de esquemas para la solución de problemas. En la variabilidad de los esquemas operativos puede verse muy bien el intento del Tribunal de compensar la falta de contenido semántico a través de una oferta lo más amplia posible de reglas operativas; de lograr, por así decirlo, la deseada cualidad retórica a través de la cantidad. Pero la cosecha semántica de los esquemas, también en la medida en que marcan campos tópicos, sigue siendo reducida. Con el muy disperso repertorio de expresiones fáciles de manejar, se refuerza más bien la función pragmática de legitimación. Pues las expresiones son en esa medida reglas sintácticamente muy abreviadas que le permiten al Tribunal presentar la respectiva argumentación deseable como digna de aprobación a través de “fórmulas” del lenguaje de convencimiento. Basta tan sólo formar la respectiva negación de los

esquemas para ver claramente cuán grande es la pretensión de aprobación contra la que tiene que dirigirse el opositor. Tiene, por ejemplo, que contar con que se hará valer contra él la objeción de que argumenta “no objetivamente”, “irracionalmente” o de una manera “inaceptable para el sentimiento de justicia”. La dignidad teórica que está vinculada con los esquemas es adecuada para apoyar la legitimación también afectivamente. No siempre el Tribunal resiste la tentación de utilizar las reglas operativas afectivamente signadas y sintácticamente resumidas, como abreviaturas retóricas y, por así decirlo, desplazar la “tópica” con una “paratópica”.

3. La preferética

A. La preferética como estrategia del compromiso social

En la argumentación del Tribunal Federal Constitucional, la preferética juega un papel destacado. Se ha convertido en objeto preferido de los análisis teóricos-constitucionales y metódicos. Al igual que en los análisis anteriores, nos encontramos aquí con la dificultad de que la forma de hablar del Tribunal Federal Constitucional varía mucho según los casos. Ahora bien, un análisis semiótico de la argumentación tiene que atenerse al uso de los signos efectivamente practicado. Pero en interés de la visión general a la que aquí se aspira, se renunciará a seguir todas las variaciones y matices del estilo de argumentación. Más bien se considerará la forma de hablar metateórica preferida. Ésta permite reconocer en los rasgos fundamentales un esquema de argumentación que se expresa en numerosas decisiones, aun cuando a menudo sólo fragmentariamente y de manera muy abreviada.

Al igual que en la combinatoria, la argumentación es realizada con una combinación de *topoi*. Sin embargo, a diferencia de la combinatoria, falta la característica retórica de la compatibilidad. Los *topoi* decisivos son presentados como esquemas en los cuales, por lo menos, no puede excluirse que caracterizan propuestas opuestas de solución. La solución del problema es buscada en un procedimiento retórico que, con la ayuda de estos *topoi*, obtiene reglas para la evaluación de situaciones de acción dignas de ser preferidas.

a) La frecuencia de la aplicación de la preferética está distribuida de manera muy diferente. Un indicador de la existencia de una argumentación preferética lo constituye el esquema de argumentación de la “tensión” o de la “polémica” de los argumentos, que ya hemos encontrado

reiteradamente en el análisis de la argumentación sistemológica.³² Así, como ya se ha expuesto, en una cierta medida, por lo que respecta a la posición del estado miembro en el Estado federal, polemizan el principio federalista y el democrático.³³ Ya en la argumentación acerca de la igualdad del derecho electoral, hemos conocido una “cierta relación de tensión” entre el principio del valor numérico y el valor efectivo del voto.³⁴ También en la argumentación acerca de la posición constitucional de los partidos políticos, se prefiere el modelo preferético. Aquí se intenta equilibrar retóricamente las distintas concepciones que se presentan como tradicionales o modernas. El Tribunal presenta las diferencias de concepción como una “relación de tensión” que se pone de manifiesto en la posición del diputado, quien es libre representante de todo el pueblo y, al mismo tiempo, está sujeto al programa concreto de su partido.³⁵ La discusión político-constitucional sobre estas cuestiones sigue conservando permanente actualidad. La problemática que resulta de la regulación constitucional sobre la prohibición de partidos políticos y la garantía de la “libertad general de opinión” es también remitida al esquema de una “cierta tensión” entre ambas regulaciones.³⁶

Sin embargo, con mayor frecuencia uno encuentra la preferética en el ámbito de la argumentación sobre derechos fundamentales y en algunas argumentaciones acerca del principio del Estado de derecho, situadas en la proximidad de la dogmática de los derechos fundamentales. En este ámbito es donde también más desarrollada está la preferética. Ha adquirido el rango de un estilo especial de argumentación. Por ello, en lo que sigue, el análisis habrá de ocuparse principalmente con argumentación de los derechos fundamentales.

b) El Tribunal confronta recíprocamente los diferentes “valores” o “bienes” individuales, tomados sobre todo de los textos sobre derechos fundamentales, con los relativamente pocos esquemas por lo general no indicados en el correspondiente texto constitucional y que en parte son obtenidos a través del principio del Estado social. *Topoi* predilectos son esquemas tales como “intereses” o el “bien de la comunidad”. Desde luego, estos esquemas son también objeto de variaciones y combinaciones semánticas. Así, por ejemplo, el Tribunal habla de los “predominantes intereses de todos”, de “intereses públicos”, de “intereses generales”, de “intereses del bien común” o también de “intereses de la comunidad”.

³² Cfr., cap. 6, inciso 5, letra B; cfr., también, BVerfGE 34, 238, 249.

³³ Ver BVerfGE 1, 50.

³⁴ BVerfGE 1, 247 y ss.

³⁵ Cfr. BVerfGE 2, 10 y ss.; 72 y ss.; cfr., cap. 5, inciso 1, letra H.

³⁶ Cfr. BVerfGE 5, 134 y ss.; cfr., también, BVerfGE 1, 225.

Además, hay *topoi* tales como “objetivamente adecuados” o “consideraciones razonables del bien común”, las “predominantes”, “superiores”, “obligatorias” u “objetivas razones del bien común”, el “bienestar de todos los ciudadanos”, el “bienestar general” o también “valores de la comunidad” y “bienes de la comunidad”.³⁷

Como otra característica, cabe constatar que a menudo los *topoi* se presentan en vinculación con el esquema “protección de los bienes”. Así, por ejemplo, el Tribunal habla de la “protección de bienes jurídicos superiores” o “más altos”, del “valor de un bien jurídico protegido”, de “intereses dignos de ser protegidos” o de “intereses públicos que deben ser protegidos”, de “intereses de otros” o “intereses de la generalidad”, de la “protección de bienes de la comunidad especialmente importantes”, de la “protección de la confianza en el principio del Estado de derecho”, de la “idea de protección de una disposición de derechos fundamentales” de los “valores protegidos en la Ley Fundamental”; ejemplos al respecto son “la seguridad de la República Federal de Alemania” o la “protección del Estado” que, como es sabido, han adquirido una especial importancia en la jurisprudencia acerca de la libertad de opinión y de prensa.³⁸

Puede verse fácilmente que el Tribunal presenta la función de garantía, que les es conferida a los derechos fundamentales de acuerdo con la tradicional dogmática constitucional de la teoría liberal del Estado de derecho, como elemento constitutivo de una función general del poder público en el sentido de proteger los bienes jurídicos individuales y generales. Los esquemas de la vinculación valorativa y de la función de protección del poder público, que incluye también el evitar peligros, constituyen la base retórica de una argumentación orientada hacia un estilo de la consideración dialógica de los problemas. Al generalizar el modelo de argumentación que subyace a la dogmática tradicional de los derechos fundamentales, el Tribunal logra burlar el a menudo criticado “esquema de limitaciones” tradicional, que establece con respecto a los derechos fundamentales la función negativa de evitar puntualmente intervenciones en las competencias individuales o colectivas de acción. Una premisa general para la generalización la ofrece la argumentación retórico-fundamental de acuerdo con la cual la LF, como ordenamiento

³⁷ Cfr., para todo esto, BVerfGE 4, 235 y ss.; 5, 198; 7, 210 y ss.; 7, 378, 405; 11, 184; 12, 279; 13, 97 y ss.; 13, 272; 14, 22; 14, 281 y ss.; 14, 300; 16, 201 y ss.; 16, 297; 18, 315, 327 y ss.; 18, 362; 18, 439; 21, 180; 21, 251; 24, 101 y ss.; 23, 56; 24, 230; 25, 16; 30, 316; 31, 226; 31, 243; 33, 244; 35, 10.

³⁸ Cfr., para todo esto, BVerfGE 6, 44; 7, 210 y ss.; 7, 378, 410; 11, 184 y ss.; 14, 300; 18, 362; 20, 207; 20, 361; 21, 180 y ss.; 21, 243; 21, 251 y ss.; 23, 56; 24, 230; 25, 16; 31, 227; 37, 397.

ligado a valores, “reconoce la protección de la libertad y de la dignidad humana como fin último de todo derecho”.³⁹ .

Los puntos de contacto semántico entre los intereses y valores de la sociedad los encuentra el Tribunal, sobre todo, en las competencias de decisión que los textos de los derechos fundamentales reservan al legislador. Pero el Tribunal procede de una manera bastante flexible desde el punto de vista semántico como lo muestra, sobre todo, la jurisprudencia acerca de la libertad del ejercicio profesional de acuerdo con el artículo 12, párrafo 1, de la LF que, sin apoyo del texto constitucional, de acuerdo con la “teoría judicial escalonada”, extiende, aunque con menor “intensidad”, la reserva de regulación a la libertad de elección de la profesión.⁴⁰

c) Característica de la preferética es también la relación retórica de los puntos de vista del análisis del problema. La preferética conoce respectivamente dos clases de *topoi* que en la relación retórica se encuentran recíprocamente en una, por lo menos, problemática incompatibilidad. Como demostración al respecto puede valer la referencia al ya mencionado fallo de la Sala Primera del 11 de junio de 1958, que se manifestó a favor de una libertad de radicación de los farmacéuticos, que no puede ser reducida por privilegios estamentales. Como es sabido, en esta decisión el Tribunal establece las reglas generales de uso del “derecho fundamental” de la libertad profesional, reglas que, aunque a menudo abreviadas, han seguido siendo decisivas para la jurisprudencia posterior hasta la actualidad. En esta decisión, el Tribunal compara el derecho de libertad del individuo con la necesidad de “protección de la comunidad” frente a los inconvenientes y peligros que surgen de un ejercicio totalmente libre de la profesión. Bajo la invocación del Estado social de derecho, ambos intereses son considerados como exigencias igualmente legítimas y son remitidos a los “intereses opuestos y posiblemente hasta recíprocamente enfrentados”.⁴¹ En decisiones posteriores, el Tribunal habla más sucintamente de “intereses recíprocamente contrapuestos” del individuo y de la totalidad o comunidad o de los “intereses enfrentados”, de los intereses de una u otra parte y se habla también de una relación “dialéctica”.⁴² Para caracterizar la incompatibilidad de los intereses, el Tribunal utiliza reiteradamente también el esquema del “conflicto”. Así, en la evaluación de la constitucio-

³⁹ Cfr. BVerfGE 12, 51; ver, también, BVerfGE 43, 331 y ss.

⁴⁰ Cfr., la decisión fundamental en BVerfGE 7, 377 y ss.

⁴¹ Cfr. BVerfGE 7, 377, 404 y ss.

⁴² Cfr. BVerfGE 13, 97, 105; 15, 234; 18, 93; cfr., sobre “dialéctica”, BVerfGE 37, 140.

nalidad del servicio militar obligatorio, afirma que entre la comunidad y el individuo, que quiere obedecer sólo a su conciencia, existe una "situación de conflicto".⁴³ En conexión con el principio del Estado de derecho se habla de una "situación de conflicto" con respecto a la "seguridad jurídica" y la "justicia material". El Tribunal formula consideraciones más detalladas acerca de "la posibilidad de conflictos entre la libertad de prensa y otros valores protegidos en la Ley Fundamental".⁴⁴ Aquí se encuentran también caracterizaciones modales de la situación conflictiva. Así, en el allanamiento e incautación en empresas periodísticas, existe "necesariamente" un conflicto entre el interés en el procedimiento penal y la protección de la libertad de prensa. El conflicto potencial es actualizado a través de las condiciones situacionales.

Con respecto a los conflictos entre el interés en la seguridad del Estado y la libertad de prensa, se expresa que ellos "no son oposiciones que se excluyen recíprocamente". La argumentación encuentra aquí una forma sintáctica de hablar que se aproxima al uso del lenguaje de la lógica tradicional, que distingue entre oposición contradictoria y contraria, siendo esta última una negación sólo parcialmente opuesta.⁴⁵ En este caso, la identidad es establecida a través de un "objetivo" común superior, asegurar la existencia de la República Federal de Alemania, que coordina mutuamente ambos intereses.⁴⁶

Con esta visión general se ve ya claramente que la relación semiótica de los *topoi*, en la medida en que ellos, tal como sucede en las relaciones de derecho privado, no indiquen sólo expectativas individuales, sigue las reglas retóricas que hemos ya conocido en el análisis del artículo 2, párrafo 1, de la LF. Estas reglas remitían toda la problemática social a la relación entre individuo y sociedad. Desde luego, allí el análisis tuvo que constatar que el marco de referencia retórico presentado no ofrece ninguna propuesta de solución sino un esquema de problema, un modelo para formas permitidas de cuestionar.⁴⁷ En la preferética, el marco de referencia es ampliado con algunos esquemas. Tal como muestra el análisis, se trata, sobre todo, de los esquemas "valor", "interés", "protección de intereses", "fin" y "conflicto de intereses".

La estrecha relación retórica de los esquemas "valor", "fin" y "protección de intereses" nos libera de la pregunta acerca de hasta qué punto

⁴³ Ver BVerfGE 12, 54.

⁴⁴ Cfr. BVerfGE 21, 243 y ss.; 20, 176, 178, 187.

⁴⁵ Cfr. Hagemann, Georg, *Logik und Noetik*, 9a. y 10a. eds., Friburgo, 1915, pp. 31 y ss.; Freytag gen. Löringhoff, Bruno Baron von, *Logik-Ihr System und ihr Verhältnis zur Logistik*, 4a. ed., Stuttgart, 1966, pp. 74 y ss.

⁴⁶ Cfr. BVerfGE 20, 178.

⁴⁷ Cfr., cap. 2, inciso 4, letra B.

el esquema valorativo recurre a elementos teleológicos. Estos esquemas tienen, aun cuando no sean utilizados como sinónimos, dentro del marco de la preferética, las mismas funciones pragmáticas: son elementos de reglas o criterios que sirven para la creación de relaciones de preferencia.⁴⁸

Los esquemas preferéticos se presentan siempre con el colorido semántico de un significado en el lenguaje objeto, lo que está vinculado con el hecho de que son corrientes tanto en el lenguaje ordinario como en el del análisis político y por ello traen consigo una cierta medida de familiaridad pragmática y también de comprensibilidad.⁴⁹ Pero esto no debe hacernos olvidar el hecho de que aquí se trata de signos meta-teóricos que presentan complejos esquemas operativos.

d) Los esquemas expuestos constituyen la red conceptual metateórica de un estilo de argumentación que busca la solución del problema en un procedimiento retórico especialmente estructurado. El Tribunal Federal Constitucional caracteriza a este procedimiento como un procedimiento de ponderación. Utiliza para ello también los esquemas “ponderación de bienes” y “ponderación de intereses”. La expresión “ponderación de bienes” es preferida para las argumentaciones con respecto a la libertad de opinión.⁵⁰ En la caracterización, a través del functor “ponderar” se expresa claramente el carácter operativo de la argumentación. Pero la “ponderación de bienes o intereses” describe sólo parcialmente las estrategias retóricas de la preferética. No menos importantes, sobre todo en el marco de la argumentación sobre derechos fundamentales, son los principios de la “proporcionalidad”, de la “prohibición de exceso” y los a ellos vinculados criterios de la “adecuación” y “necesidad” de las medidas del poder público con respecto al fin deseable, como así también el criterio de la “exigibilidad individual” de una intervención.⁵¹ Como es sabido, el Tribunal presenta estos principios como “reglas rec-

⁴⁸ Respecto al uso de los conceptos fin y valor, *cfr.* Lautmann, Rüdiger, *Wert und Norm. Begriffsanalysen für die Soziologie*, pp. 40 y ss.

⁴⁹ Respecto al uso del concepto de interés, *cfr.* Hirsch-Weber, Wolfgang, *Politik als Interessenkonflikt*, Stuttgart, 1969, pp. 50 y ss.

⁵⁰ *Cfr.*, por ejemplo, BVerfGE 7, 210 y ss.; 8, 81 y ss.; 12, 125; 15, 294 y ss.; 20, 187 y ss.; 20, 206 y ss.; *cfr.*, además, 4, 235 y ss.; 7, 405; 11, 184 y ss.; 12, 279; 14, 282; 15, 78; 15, 233; 18, 36; 18, 93; 18, 362; 19, 349; 21, 188; 21, 243; 23, 56; 23, 123 y ss.; 24, 230 y ss.; 25, 22; 31, 226 y ss.

⁵¹ *Cfr.* BVerfGE 3, 399; 7, 378, 407; 8, 80; 9, 346; 10, 103, 117; 12, 52; 13, 118; 14, 22; 15, 234; 16, 147, 173, 177; 16, 201 y ss.; 16, 297; 17, 117 y ss.; 17, 242; 17, 280; 17, 313 y ss.; 18, 132; 18, 327; 18, 362; 19, 336; 19, 348 y ss.; 20, 155; 20, 187, 207, 213; 20, 361; 20, 373; 21, 180; 21, 189; 23, 56; 23, 133; 27, 350 y ss., 29, 254; 30, 316; 31, 242 y ss.; 33, 376 y ss.; 36, 59; 39, 270; 43, 288 y ss.

toras superiores de todo el actuar estatal” y a través de su remisión al principio del Estado de derecho, se les otorga jerarquía constitucional.⁵²

De la referencia inmediata al principio del Estado de derecho, resultan para la argumentación sobre los derechos fundamentales, dificultades y problemas sistemáticos con respecto a la convención de citas que, como es sabido, juega un gran papel en la técnica de la argumentación jurídica. El Tribunal procura evitar estas dificultades al considerar que los mencionados principios resultan “en el fondo ya de la esencia de los derechos fundamentales mismos”.⁵³ El recurso retórico a la “esencia” de una regla proporciona, también aquí, un ejemplo interesante para la reducción de complicaciones de la dogmática constitucional.

Los esquemas de la “ponderación de bienes”, los principios de la “proporcionalidad” y de la “prohibición de exceso” están estrechamente vinculados entre sí en virtud de su origen sintáctico-constitucional. No es fecundo averiguar y delimitar recíprocamente el contenido semántico de los distintos principios. En la argumentación del Tribunal se muestran como directivas pragmático-operativas para la creación de contextos situacionales de argumentación, cuyas funciones en parte se superponen y pueden ser remitidas a un modelo retórico común a todos ellos.⁵⁴

Una importancia central tiene el esquema de la “proporcionalidad” como principio. El Tribunal emprende diferentes intentos para definir de una manera semántica general la deseada proporcionalidad entre medio y fin. Así, el Tribunal exige una relación “razonable”, “correcta” o “adecuada”. También habla de que el medio no debe ser desproporcionado con respecto al fin que se persigue y que una medida de control tiene que ser “adecuada” a la situación. Para medidas dentro del marco de un procedimiento penal, se requiere una “adecuada” relación entre la gravedad del hecho y la fuerza de la sospecha del acto. También aquí las medidas se encuentran bajo el postulado del Estado de derecho de la “proporcionalidad”.⁵⁵ Como puede verse fácilmente, la mayoría de las re-

⁵² Cfr. BVerfGE 19, 348 y ss. y BVerfGE 23, 133; cfr., además, BVerfGE 6, 439; 10, 117; 16, 201 y ss.; 17, 117; 17, 313 y ss.; 19, 348 y ss.; 23, 133 y ss.; 36, 264; 37, 185.

⁵³ Cfr. BVerfGE 19, 348 y ss.; ver, también, BVerfGE 9, 346.

⁵⁴ Respecto a la relación entre la prohibición de exceso y la ponderación de bienes, cfr. el estudio fundamental de Lerche, Peter, *Übermass und Verfassungsgerecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, Colonia, 1961, pp. 22 y ss. Respecto al uso no uniforme del principio de la “proporcionalidad”, cfr. Gratz, Eberhard, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, *AöR*, vol. 98, 1973, pp. 568 y ss., 584 y ss.

⁵⁵ Respecto a todo esto, cfr. BVerfGE 7, 407; 10, 103, 117; 10, 274; 15, 234; 18, 362; 20, 155; 20, 187, 213; 20, 273.

glas utilizan expresiones formadas circularmente, que, como es sabido, carecen de valor informativo semántico. En el caso de esquemas tales como “correcto”, “razonable” o “adecuado”, podemos partir del hecho de que, tal como lo ha mostrado la forma similar de hablar con respecto al uso del principio de igualdad, se trata de signos operativos sin sentido semántico. Por ello, su función retórica puede ser obtenida sólo de las reglas que el Tribunal presupone en la respectiva argumentación.

e) La argumentación procede según un modelo que hace depender la solución satisfactoria del problema de la creación de reglas para situaciones de acción preferibles. Aquí juega un papel decisivo el esquema medio-fin, que es característico de la modificación de contextos de acción.⁵⁶ El potencial de modificación aparece como “medio” en una relación pragmática con el contexto de acción presentado como meta o fin; es decir, la decisión en cuestión, en tanto medio o medida para la realización de fines, es juzgada de acuerdo con el grado de su deseabilidad. Podría parecer que con la ayuda de su esquema medio-fin, el Tribunal logra superar la compleja situación retórica inicial del análisis del problema, caracterizada por *topoi* divergentes. Sin embargo, el esquema medio-fin es presentado como elemento de una estrategia para la solución de conflictos.

La interdependencia de los intereses, especialmente el tipo y dimensión de la incompatibilidad marcada por un conflicto de valores o de fines, es problemática en cada caso. Sin embargo, no hay duda que no todos los deseos pueden ser satisfechos en la misma medida. La solución del conflicto requiere compromisos. La preferética aparece como una clase de reglas para la exclusión de compromisos sociales no deseados. Pero cuando modificaciones sociales relevantes desde el punto de vista del derecho constitucional sólo pueden ser aceptadas bajo la forma de compromisos sociales deseables, la preferética decide al mismo tiempo acerca de la tolerancia permitida de las modificaciones sociales. Esta tolerancia es muy diferente en las distintas zonas de problemas sociales y se orienta de acuerdo con el valor general de preferencia de las situaciones de acción que están coordinadas con los diferentes esquemas para la solución de problemas. Así, sobre la base de las decisiones citadas, es fácil ver que el Tribunal Federal Constitucional establece un límite mucho más alto a la tolerancia general de modificación en el ámbito del ejercicio profesional, de la actividad económica y jurídico-patrimonial que en los de la libertad profesional, de la libertad de opinión y

⁵⁶ Respecto al esquema fin y la modificabilidad social, *cfr.* Luhmann, Niklas, *Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Tübingen, 1968, pp. 123 y ss.

de prensa, de conciencia o en el ámbito de la protección de la personalidad y de la libertad personal, para sólo mencionar los casos que más frecuentemente son tratados en el marco de la preferética.

Para presentar el respectivo compromiso como deseable, en las decisiones el Tribunal se preocupa enormemente a fin de hacer plausibles para los afectados y para la sociedad las ventajas e inconvenientes de una regulación. El compromiso aceptable tiene que poder ser presentado, por así decirlo, por encima del resultado de un balance de bienes. Muy correctamente caracteriza este estado de cosas la Sala Primera en el conocido fallo del 22 de mayo de 1963, que analiza detalladamente las ventajas y los inconvenientes de una regulación impositiva especial para el tránsito de camiones con carga para fábricas.⁵⁷ El Tribunal manifiesta que la fuerte carga impositiva impuesta a este tránsito se encuentra ya en el límite de lo constitucionalmente admisible, pues no puede preverse ciertamente que —a la larga— la sensible intervención impositiva haya de ser compensada con ventajas comparables para el bien común. Como aclaran las consideraciones subsiguientes, el equilibrio al que se aspira tiene que producirse si no con seguridad, al menos con una cierta probabilidad. Sólo en esa medida es admisible una decisión bajo riesgo.⁵⁸

La dificultad jurídico-constitucional aumenta hasta convertirse en inconstitucionalidad a medida que asciende el grado de improbabilidad de que se produzca el equilibrio. Por ello el Tribunal puede decir que la intervención “actualmente no es excesiva”, es decir, todavía no es inconstitucional.

f) Con esta argumentación, el Tribunal ofrece a la vez un notable ejemplo de una retórica jurídica comparativa que relativiza el *status* modal de esquemas directivos como regla acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad y con ello logra para sí un mayor campo de acción teórico-constitucional. La retórica comparativa se la encuentra, por otra parte, con frecuencia.⁵⁹

g) También la muy discutida decisión de la Sala Primera acerca de la permisibilidad del certificado de aptitud artesanal revela ejemplarmente

⁵⁷ Cfr. BVerfGE 16, 147, esp. p. 187.

⁵⁸ Cfr. BVerfGE 16, 181.

⁵⁹ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 18, 325, en donde una decisión, a pesar de las dudas existentes con respecto a los puntos de vista en cuestión, es declarada como “todavía compatible con la Constitución”. A estas decisiones corresponde el deber y la facultad de los órganos competentes del poder público de examinar y mejorar permanentemente sus medidas. Cfr., también, el llamado “fallo del *numerus clausus*” de la Sala Primera, del 18 de julio de 1972 (BVerfGE 33, 303, 333 y ss.), según el cual “el *numerus clausus* absoluto se mueve al margen de lo constitucionalmente aceptable”. Cfr., también, cap. 6, inciso 6, letra C; BVerfGE 43, 314.

cuán grande es la preocupación del Tribunal por lo que respecta a la demostración de un equilibrio de ventajas e inconvenientes.⁶⁰ El Tribunal añade a la argumentación según la cual la discutida regulación no debe conducir a una “distorsión” de las relaciones tradicionales en el ámbito de las profesiones afectadas, la observación de que hay que aceptar, dentro de ciertos límites, un “exceso” en las exigencias de formación y exámenes profesionales tanto más cuanto que la limitación “innecesaria” del tiempo libre que ello implica es “compensada” por el aumento de oportunidades profesionales y del prestigio social. En lugar de recurrir a la, por lo demás corriente, cláusula sobre la cuantía mínima, el Tribunal mantiene el esquema del balance de bienes. El inconveniente de exigencias de exámenes prescindibles no es tomado en cuenta en el balance total de bienes ya que pueden preverse ventajas individuales. En cierto modo, el Tribunal se enfrenta con las desilusiones individuales con una especie de premio de consolación.

Si uno resume las reglas de compensación presentadas y las aplica al modelo de modificación introducido con el esquema medio-fin, entonces las modificaciones del *status quo* son sólo posibles si el nivel de satisfacción de la nueva situación de acción se encuentra por encima o por lo menos no por debajo del nivel de satisfacción de la situación anterior. La ponderación de bienes adquiere la función pragmática de presentar el equilibrio de un déficit de satisfacción.

Con los principios de la proporcionalidad y de la prohibición de exceso, vincula el Tribunal una argumentación que, no obstante las variaciones semánticas, conduce a mantener la cuota individual de desilusión tan reducida como sea posible. El perjuicio no ha de ser mayor que lo que es necesario para la creación de situaciones de acción socialmente preferibles. De varias alternativas de acción hay que elegir aquella que está vinculada con la menor cuota de desilusión. La argumentación apunta a la minimización de una inversión de bienes individuales, que es considerada como inevitable y que, por así decirlo, tienen que ser tomados en cuenta como “costos sociales”.⁶¹

h) Las estrategias orientadas hacia modelos de un equilibrio de bienes o de minimización de costos llaman la atención sobre un cierto carácter económico del modelo de argumentación. No puede dejar de percibirse que este estilo de argumentación es afín a una retórica que juega un papel decisivo en el ámbito del análisis económico. Esto vale, sobre todo, para las modernas teorías de la economía de bienestar y para las

⁶⁰ BVerfGE 13, 97, 118.

⁶¹ Cfr., al respecto, BVerfGE 7, 377, 404 y ss.; 16, 147 y ss.; 17, 313 y ss.; 19, 336 y ss.; 20, 361; 21, 180; 30, 316.

llamadas teorías de la decisión que interpretan el comportamiento económico como un complejo proceso de elaboración de información con reglas de preferencia y de optimación. Como es sabido, el mientras tanto bien complejo desarrollo de estas teorías fue decididamente impulsado por los modelos matemáticos de la teoría de los juegos, que se remontan a von Neumann y Morgenstern, y por modelos de decisión de la informática, de la teoría de los sistemas, cibernéticos, psicológicos y de la teoría del comportamiento.⁶² Las teorías originariamente muy influenciadas por la economía son desde hace tiempo, un tema predilecto de la investigación interdisciplinaria. Hoy ocupan un amplio espacio en el análisis científico especializado, sobre todo en las ciencias sociales, políticas y de la administración, y comienzan también a avanzar en las investigaciones jurídico-sociológicas y teórico-jurídicas en el ámbito de habla alemana. En la praxis estatal, adquieren creciente influencia a través de la introducción de tecnologías de planificación y de los análisis de costo-beneficio.⁶³

Sería, por cierto, muy instructivo realizar una comparación entre el estilo de argumentación problemológico del Tribunal Federal Constitucional y los modelos teóricos de decisión de los comportamientos de solución de problemas que hoy ofrecen las disciplinas especializadas. Aquí sólo puede hacerse referencia a algunos puntos de vista importantes. Teniendo en cuenta el estado del análisis del problema por parte de las ciencias especializadas, la argumentación del Tribunal parece

⁶² Cfr. Neumann, John von y Oskar Morgenstern, *Spieltheorie und wirtschaftliches Verhalten*, 2a. ed., Würzburg, 1967; Kirsch, Werner, *Entscheidungsprozesse*, Wiesbaden, 1970/1971, 3 t.

⁶³ Respecto a todo esto, cfr. Wassermann, Paul y Fred S. Silander, *Decision Making: An Annotated Bibliography*, Ithaca (N. Y.), 1958; *id.*, *Decision Making: An Annotated Bibliography Supplement*, 1958/1963, Ithaca (N.Y.), 1964; Shubik, Martin (comp.), *Spieltheorie und Sozialwissenschaft*, Hamburgo, 1965; König, Klaus, *Erkenntnisinteressen der Verwaltungswissenschaft*, Berlín, 1970, esp. pp. 247 y ss., con la bibliografía allí indicada; Bühl, Walter L. (comp.), *Konflikt und Konfliktstrategie. Ansätze zu einer soziologischen Konflikttheorie*, Munich, 1972; Coser, Lewis A., *Theorie sozialer Konflikte*, Neuwied/Berlín, 1972; Schneider, Helmut, *Das allgemeine Gleichgewicht in der Marktwirtschaft*, Tubinga, 1969; Haag, Karl, *Rationale Strafzumessung. Ein entscheidungstheoretisches Modell der strafrichterlichen Entscheidung*, Colonia, 1970; Schlück, Bernhard, "Inwieweit sind juristische Entscheidungen mit entscheidungstheoretischen Modellen theoretisch zu erfassen und praktisch zu bewältigen?", *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. 2, pp. 322, 339 y ss., se expresa escépticamente acerca de la aplicación de modelos de la teoría de los juegos en las situaciones de decisiones jurídicas; cfr., también, *id.*, *Abwägen im Verfassungsrecht*, Berlín, 1976, pp. 154 y ss.; Ballweg, Ottmar, *op. cit.*, pp. 76 y ss. Cfr., también, Kilian, Wolfgang, *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung. Methodenorientierte Vorstudie*, Francfort del Meno, 1974, pp. 207 y ss.

metódicamente poco clara y en muchos casos sumamente imprecisa. Por otra parte, hay que tener en cuenta que hasta ahora la investigación especializada sólo ha podido satisfacer en una medida muy limitada las altas expectativas de la praxis depositadas en ellas. Parece que para la aplicación práctica de modelos más precisos, tales como los que sobre todo han sido desarrollados en las teorías de los juegos y en las teorías de la información, están impuestos límites muy estrechos. Estos modelos presuponen un alto grado de información y también de formalización, es decir, de la estilización del lenguaje del análisis de los problemas, que sólo pueden aprehender de manera muy abreviada e insuficiente los estados de cosas muy complejos tales como los que se presentan en la situación de decisión jurídico-constitucional. Pero, si por consideraciones prácticas, se renuncia a la utilización de los requerimientos informativos, entonces es de temer una seudoprecisión abstracta que oculta el carácter pragmático de la argumentación.

La discusión de la teoría de la decisión llama la atención sobre las considerables dificultades que presenta la formulación de sistemas de preferencias sociales.^{63a} Además, expone con toda claridad que las estrategias de optimación semánticamente estructuradas no pueden renunciar a la introducción de un código de evaluación unitario y coherente. Sin una base común de evaluación, se carece del presupuesto para comparar alternativas de acción —sobre todo en una situación de conflicto— de acuerdo con pautas unitarias dadas de antemano y averiguar, con la ayuda de operaciones semánticas, el grado respectivo de valor preferencial, de acuerdo con estas pautas. Se podría pensar que el tantas veces invocado “sistema de valores” de la LF, constituye una base valorativa semántica de este tipo, tanto más cuanto que el Tribunal vincula este sistema con una jerarquía de los fines. Por ejemplo, en BVerfGE 20, 162, 178 —en donde el Tribunal habla de las “oposiciones” entre la libertad de prensa y los intereses de la seguridad del Estado y, como se ha expuesto, busca la pauta para la solución del conflicto en “el alto fin” de asegurar la existencia de la República Federal de Alemania encontramos un intento expreso de facilitar una relación jerárquica de los fines de la preferética. No faltan los intentos de crear, a través de una jerarquía ordinal o cardinal de fines, una base común valorativa para las preferencias sociales, tal como la que se encuentra, por ejemplo, en los llamados árboles de estrategias de fines en las ciencias sociales. Pero las definiciones de fines utilizadas por el Tribunal Federal Constitucional son, en la medida en que proporcionan alguna infor-

^{63a} Cfr., al respecto, Schlink, Bernhard, *Abwägen im Verfassungsrecht*, pp. 135 y ss., 154 y ss.

mación semántica, tan vagas, que tampoco su explicación semiótica promete alguna pauta de valoración semántica utilizable. Como lo muestran los análisis de los textos de los artículos 1, párrafo 1 y 2, párrafo 1, de la LF, que tienen una jerarquía sobresaliente para la construcción del sistema valorativo, en el caso de estos esquemas, que son presentados como enunciados valorativos, se trata de expresiones muy complicadas que sólo en vinculación con un complejo campo de argumentación ofrecen la conexión retórica para operaciones semánticas. Con el presente material semiótico y con las reglas utilizadas para la solución de problemas no pueden satisfacerse las pretensiones semánticas que reiteradamente se vislumbran en la preferética. Más adecuado es considerarlas como parte de una estrategia pragmática que apunta sobre todo a asumir retóricamente las desilusiones y, a través de la presentación plausible de la deseabilidad situacional, crear una base para compromisos sociales que pueda contar con consenso.

Hay también otro problema de la teoría de la decisión que tiene especial interés para la preferética. Los modelos “bipolares” para la solución de problemas son criticados por el hecho de que en ellos la compleja relación de referencias de acción socialmente interdependientes es reducida al conflicto entre dos elementos.⁶⁴ Objeto predilecto de esta crítica es el llamado juego de suma cero de dos personas que en la teoría de los juegos ocupa una cierta posición paradigmática. Este modelo contiene reglas para una competencia estricta en la que se crea un equilibrio en el sentido de que a las ventajas de una de las partes corresponden siempre desventajas de la otra. Se ve aquí un esquema para la solución de problemas que, por ejemplo, sería característico de un “modelo de conflictos liberal”.⁶⁵ Esta crítica es válida también para el estilo de argumentación del Tribunal Federal Constitucional en la medida en que él parte de una mera oposición entre intereses individuales y colectivos. La discusión a nivel de la teoría de la discusión pone de manifiesto que un modelo para la solución de problemas sólo puede trabajar con fuertes simplificaciones si es que pretende reproducir adecuadamente estados de cosas sociales. De acuerdo con esta crítica, el esquema de la “polaridad entre individuo y comunidad” demuestra ser

⁶⁴ Cfr., al respecto, Bühl, Walter L., “Einleitung: Entwicklungslinien der Konfliktsoziologie”, en del mismo autor (comp.), *Konflikt und Konfliktstrategie*, pp. 16 y ss.; cfr., también, la discusión crítica con la crítica a la teoría de los juegos en Wohlstetter, A., “Sünde und Spiele in Amerika”, *Spieltheorie und Sozialwissenschaften*, ed. por M. Shubik, pp. 219, 224 y ss., 236.

⁶⁵ Cfr. Bühl, Walter L., *op. cit.*, pp. 16 y ss.; cfr., también, la crítica de Luhmann, Niklas, *Grundrechte als Institution*, esp. pp. 296 y ss.

un marco de referencia retórico para un análisis de los problemas orientado sobre todo pragmáticamente.

B. La preferética y las reglas sobre la competencia pragmática y retórica. (Acerca del proceso “abierto” de la determinación de los fines del Estado)

a) Para la preferética juega un papel importante la cuestión de la competencia pragmática. Decisiva para la argumentación es no sólo la sintaxis general de la Constitución que facilita como reglas de preferencia los *topoi* elaborados por la jurisprudencia; al igual que en la combinatoria, el Tribunal remite en diferentes casos al intérprete a la competencia pragmática de la decisión del caso singular. Ya en la argumentación básica sobre el “orden valorativo objetivo” de las disposiciones sobre derechos fundamentales de la LF, con respecto a la cuestión de si intereses de alto rango y dignos de ser protegidos tienen prioridad frente a la libertad de expresar la propia opinión, el Tribunal formula la regla general según la cual hay que averiguar “sobre la base de todas las circunstancias del caso” los intereses que deben ser tomados en cuenta.⁶⁶ También el Tribunal censura, por ejemplo, una decisión de la Corte Federal de Justicia por haber realizado sólo “abstractamente” la debida evaluación de los bienes al aplicar el artículo 5, párrafo 1, frase 2, de la LF y no haber incluido en las consideraciones las “peculiaridades” del caso en cuestión en su “totalidad”.⁶⁷ En otro pasaje, la “ponderación de intereses” con referencia a las regulaciones para el ejercicio de la profesión requiere que sean tomadas en cuenta los “importantes” intereses políticos específicos “y de política general” que están en juego.⁶⁸ Es fácil comprender la función retórica de tales procedimientos. Con la vinculación de la argumentación con las condiciones comunicativas situacionales del caso particular, el Tribunal abre el contexto pragmático y obtiene a la vez un alto grado de flexibilidad retórica. Pues los criterios de selección, tales como “todas las circunstancias” o la “totalidad” de las peculiaridades de un caso o los “intereses políticamente importantes”, son lo suficientemente flexibles como para, en tanto reglas para la obtención y admisibilidad de argumentos, tomar en cuenta las necesidades situacionales. El Tribunal no necesita atarse a un catálogo general de preferencias con consecuencias imprevisibles. Desde luego, a ello parecen oponerse el esquema holístico de la “jerarquía de valores” y la construcción de una jerarquía de fines a los

⁶⁶ Cfr. BVerfGE 7, 198, 210 y ss.; cfr., también, BVerfGE 4, 236; 15, 233 y ss.

⁶⁷ Ver BVerfGE 20, 206 y ss., 222; cfr., también, BVerfGE 21, 239, 244.

⁶⁸ Cfr. BVerfGE 18, 362; ver, también, BVerfGE 7, 107.

que el Tribunal se refiere tan expresamente. Las reglas sobre la competencia pragmática modifican la pretensión de crear un marco de preferencia universalmente obligatorio. Los esquemas de la sintaxis general de la Constitución, presentados como enunciados valorativos, adquieren en la preferética el rango de metarreglas para la producción situacional de reglas para situaciones de acción dignas de ser preferidas.

Desde luego, no faltan los esfuerzos para llegar, también en el marco de la preferética, a reglas pragmáticas de preferencia generalizadas. Un enfoque de este tipo lo encontramos, sobre todo, en la conocida “teoría escalonada” que el Tribunal presentara en la argumentación sobre la libertad del ejercicio profesional y que introduce los diferentes rangos de preferencia de la actividad profesional como así también la importancia de sus formas de limitación.⁶⁹ También en el esquema de la “pretensión fundamental de libertad” del ciudadano o de la “prioridad fundamental” del derecho de libertad, podemos ver otro intento de formular una regla general de preferencia.⁷⁰ Desde luego, el carácter pragmático-operativo de este esquema se expresó más claramente cuando el Tribunal habló de la “presunción fundamental de libertad”.⁷¹ Como es sabido, la expresión “presunción” juega un papel importante en las reglas jurídicas operativas. En la situación retórica de la argumentación, de manera análoga a lo que sucede con las reglas procesales sobre la carga de la prueba, el signo adquiere la función de un esquema que debe proporcionar reglas para la carga de la argumentación o, en general, para la necesidad de fundamentación. Finalmente, en la preferética, el esquema se convierte en criterio pragmático para la prioridad general de los argumentos.⁷²

b) Un papel no menos importante juega también en la preferética la cuestión de la competencia retórica. En variada medida, el Tribunal Federal Constitucional deja librada a los órganos encargados de tomar decisiones, especialmente al legislador, la introducción en el escenario retórico de puntos de vista decisivos para cuestiones del interés general, de la necesidad, de la proporcionalidad y de la probabilidad del equilibrio de intereses. La amplitud de la competencia retórica depende del grado de la tolerancia general de modificación de las distintas situaciones de preferencia.^{72a} El Tribunal se apoya en esta medida en la autoridad

⁶⁹ BVerfGE 7, 377, esp. 404 y ss.

⁷⁰ Cfr. BVerfGE 13, 105; 17, 314; 20, 159. Cfr., también, BVerfGE 35, 190 y ss.

⁷¹ Cfr. BVerfGE 13, 105; 18, 364; 21, 281.

⁷² Respecto a la utilización de reglas pragmáticas de la carga de la argumentación, cfr. cap. 6, inciso 6, letra B.

^{72a} Grabnitz, *op. cit.*, pp. 600 y ss., señala correctamente los diferentes campos

y en la competencia profesional de los órganos estatales. Por cierto que en la argumentación acerca de la libertad de profesión, el Tribunal rechaza enérgicamente la concepción según la cual es exagerado exigir el examen de si una disposición legislativa está ordenada o no por no conocer la totalidad de las situaciones vitales que hay que ordenar y las posibilidades políticas de la legislación.⁷³ Sin embargo, el Tribunal tiene que admitir que en este examen “evidentemente” las bases de la experiencia, las consideraciones y valoraciones del legislador son siempre para el Tribunal Federal Constitucional de “la mayor importancia” y allí donde no pueden ser debilitadas pueden pretender para sí la “presunción de la corrección”.⁷⁴ Desde entonces, la argumentación se ha atendido también a esta regla.

En el fallo del 21 de julio de 1955, el Tribunal juzgó escépticamente sus posibilidades de obtención y elaboración de las informaciones necesarias.⁷⁵ Esta decisión niega una determinación judicial de una compensación por confiscación cuando no hay base legal con la notable fundamentación, entre otras, de que la necesaria ponderación justa de los intereses de la generalidad exige en algunos casos la consideración de un gran número de factores económicos, sociales y políticos, que raras veces, en el caso particular que se expone ante el Tribunal, pueden ser conocidos en su totalidad. Esta decisión reproduce muy adecuadamente los problemas de información de una argumentación judicial pragmáticamente orientada.

En la cuestión de la ponderación del requerido equilibrio de intereses, no faltan tampoco criterios que, dentro del marco respectivo de la competencia retórica, hacen valer gradualmente la reserva judicial de la retórica dialógica de los jueces. Para situaciones generales de preferencia con gran tolerancia de modificación, se prefieren reglas operativas tales como “razonable”, “inequívocamente refutable”, “inequívocamente incorrecto”, “manifiestamente erróneo” o “insostenible de acuerdo con las pautas de la Ley Fundamental”. Lo mismo vale para la cuestión de la probabilidad de que se produzca el equilibrio de intereses. Aquí son criterios preferidos reglas tales como “objetivamente inadecuado” o “sim-

de acción del legislador en la argumentación con respecto al principio de la proporcionalidad. Sin embargo, la vinculación con cuestiones de derecho material de la protección del derecho fundamental y con cuestiones de la carga de la prueba oculta la función retórica de este estilo de argumentación.

⁷³ Ver BVerfGE 7, 409 y ss.

⁷⁴ Ver BVerfGE 7, 412.

⁷⁵ BVerfGE 4, 219, 235 y ss.

plemente inadecuado”.⁷⁶ Desde luego, aquí se acepta la posibilidad de falsos pronósticos por parte del legislador; finalmente la determinación de inconstitucionalidad a causa de la adecuación teleológica debe ser tomada “sólo raras veces y sólo en casos muy especiales”.⁷⁷

Las reglas sobre la competencia retórica de los participantes han conducido a que en su ámbito de validez, el marco de argumentación esté determinado, sobre todo, por los *topoi* que resultan de la praxis de los órganos estatales encargados de tomar decisiones.

Esto puede apreciarse fácilmente en las frecuentes referencias a declaraciones oficiales. Especialmente instructivo al respecto es el ya mencionado fallo acerca de la admisibilidad de un impuesto especial para el transporte a distancia entre fábricas, en el que el Tribunal, al juzgar acerca de la regulación legal impugnada, se apoya catorce veces en declaraciones y constancias publicadas en impresos oficiales.⁷⁸

c) Especiales dificultades resultan de la utilización del esquema medio-fin y del recurso directo a esquemas tan complejos como “bien común” o “interés general”. Con este estilo de argumentación, el Tribunal se ve enfrentado con el problema de presentar reglas para la obtención de la determinación de los fines del Estado. La reiterada referencia al principio del Estado social puede aquí ser de poca ayuda. Este principio presupone concepciones sobre el bien común, pero no las define. También el esquema del “fin supremo de todo derecho” resulta ser una regla poco fecunda para la definición u obtención de propósitos operacionales. Como ya se ha mencionado, el Tribunal se sirve también aquí de las reglas pragmáticas sobre la competencia retórica, que confieren al legislador, de acuerdo con la tolerancia de modificación de la situación general de preferencia proporcionada a través de la sintaxis constitucional, la facultad para introducir definiciones del bien común. Responde plenamente al rango de estas reglas pragmáticas el que el Tribunal se atenga a ellas en una frase-resumen sobre la cuestión de las regulaciones subjetivas para el acceso profesional en el que se expresa que son dignos de protección no sólo los valores de la comunidad “reconocidos en general” sino también aquellos que resultan “de los fines político-económicos y político-sociales especiales del legislador”.⁷⁹ La función operativa de

⁷⁶ Cfr. BVerfGE 13, 105, 113; 21, 157; 24, 406; además, 16, 181; 17, 317; 19, 340; 30, 316; 30, 263.

⁷⁷ Cfr. BVerfGE 30, 263; cfr., también, 17, 317; 19, 126 y ss.; 25, 1, 12; respecto a los pronósticos del Tribunal, ver Philipp, Klaus Jürgen, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts. Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Saarbrücken, 1971, pp. 57 y ss., 157 y ss.

⁷⁸ Ver BVerfGE 16, 147 y ss.

⁷⁹ Ver BVerfGE 13, 97 y ss.

esta frase-resumen se pone aún más claramente de manifiesto si uno toma también en cuenta las consideraciones en la fundamentación del texto de la decisión, según las cuales el Tribunal puede negarse a reconocer las concepciones del legislador sólo en el caso de que éstas sean manifiestamente falsas o “incompatibles con el orden valorativo de la Ley Fundamental”.⁸⁰ Al igual que en el uso del principio general de igualdad y del principio del Estado de derecho, encontramos la clara reserva que asegura la vinculación con la sintaxis general de la Constitución, de los argumentos sobre las tareas del Estado dilucidados pragmáticamente.

Una argumentación orientada hacia los fines del Estado llama la atención sobre las dificultades que se presentan en la formulación de un catálogo general de las tareas del Estado. La teoría del Estado puede aquí prestar poca ayuda. Los intentos antiguos de la ciencia del Estado en el sentido de desarrollar sistemas de fines del Estado, han encontrado reducida resonancia en la teoría del derecho y del Estado.⁸¹ Sólo el análisis y la puesta a prueba de los métodos de planificación de fines, orientados principalmente hacia los modelos económicos de las decisiones, han reavivado los intentos de formular catálogos lo más amplios posible, de tareas y fines del Estado.⁸² También la dogmática jurídica comienza nuevamente a ocuparse en mayor medida de las teorías acerca de las tareas del Estado.⁸³ Sin embargo, el análisis no ha alcanzado un nivel tal que uno pudiera hablar de un acuerdo general acerca de la definición de las tareas generales del Estado. También por lo que respecta a las

⁸⁰ Ver BVerfGE 13, 107.

⁸¹ Cfr. Ryffel, Hans, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, Neuwied/Berlín, 1969, p. 169, quien del carácter abarcador del Estado como institución de la sociedad infiere que las tareas no pueden ser descritas con validez universal desde el punto de vista de su contenido. Cfr., también, Krüger, Herbert, *Allgemeine Staatslehre*, pp. 196 y 256, quien no acepta que el Estado, teniendo en cuenta su carácter universal, quede ligado a determinados fines. Con respecto a las dificultades jurídico-dogmáticas de definir el bien común, cfr. Häberle, Peter, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Bad Homburg, 1970; *id.*, “Gemeinwohldjudikatur und Bundesverfassungsgericht — Öffentliches Interesse, Wohl der Allgemeinheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, *AÖR*, vol. 95, 1970, pp. 86-125, 260-298, esp. pp. 279, 296, que señala la conexión entre la problemática del bien común y cuestiones de competencia, reconociéndole al Tribunal Federal Constitucional aportes “pretóricos” en la creación de referencias al bien común.

⁸² Cfr., al respecto, König, Klaus, “Programmsteuerung in Komplexen politischen Systemen”, pp. 138-158; Schreckenberger, Waldemar, “Schule, Verwaltung und Rechtswissenschaft”, pp. 447 y ss., 473.

⁸³ Cfr. Bull, Hans Peter, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, Francfort del Meno, 1973, pp. 5, 12, 218 y ss.

tareas en la zona de problemas a mediano plazo, las opiniones, sobre todo en la programática política, divergen considerablemente.

Hasta ahora, el Tribunal Federal Constitucional ha resistido la tentación de ensayar, él mismo, un catálogo de las tareas estatales que definen el bien común. Pero desde el primer momento, ha dejado de lado el manejo dogmático tradicional de los derechos fundamentales como una mera garantía de competencias puntuales de acción y, a través de una retórica fundamental, les ha otorgado el rango de un sistema de fines del Estado, garantizado por el derecho constitucional. Sin embargo, se ha abstenido de avanzar en una clasificación profunda del sistema de tareas estatales. No puede negarse que las reglas sobre la competencia retórica responden más bien a la imagen de la sociedad “abierta” que en el proceso político de la formación de opinión define las tareas actuales del Estado y que el Tribunal Federal Constitucional ha reforzado con su retórica fundamental, en su delimitación con respecto a los sistemas totalitarios.

d) La función de un control judicial-constitucional, a la que reiteradamente se refiere el Tribunal, se conserva en la medida en que los órganos encargados de tomar decisiones estatales están obligados a revelar las circunstancias de la regulación controvertida, tales como motivo, objetivos, consideraciones o controversias, es decir, las condiciones comunicativas de la situación de decisión, más allá de la medida de la publicidad general. La decisión controvertida es realizada “dialógicamente” bajo las condiciones de un procedimiento judicial. Con respecto a la función de control del Tribunal, la preferética se convierte en un instrumento retórico para un “control a través de la transparencia”. La eficacia de este instrumento depende de la medida en que se logre hacer comprensible la situación de decisión, pues una decisión sobre preferencias presupone necesariamente alternativas de acción. Por ello el Tribunal exige también estar bien informado acerca de todas las circunstancias y los fines políticos generales de una regulación. Los órganos estatales pueden satisfacer en tanto mayor grado esta exigencia cuánto más logren ampliar la base de acuerdo acerca de los presupuestos de una decisión. Por lo tanto, entre la eficacia de los controles del Tribunal y los esfuerzos para lograr una más fuerte “racionalización” de los procesos públicos de decisión bajo las condiciones del estilo de argumentación problemológico, existe una estrecha conexión funcional. Por ello, la introducción de tecnologías de decisión y de planificación ya afianzadas permite esperar también un aumento de la eficacia de los controles judiciales. Desde luego, el Tribunal Federal Constitucional no ha utilizado hasta ahora la posibilidad de obligar a los órganos estatales a que preparen metódica-

mente mejor las decisiones, por lo menos aquéllas de gran influencia. Mientras tanto, algunas tecnologías para análisis de problemas y para planificaciones de recursos y tareas a mediano plazo, como así también para controles de decisión, han sido desarrolladas en una medida tal que pueden ser aplicadas en general adecuadamente. Principios para esta exigencia ofrecen sobre todo las ordenanzas presupuestarias, las leyes presupuestarias y la llamada ley de estabilidad.⁸⁴ Con la pretensión de una mayor “racionalidad” de las decisiones públicas, es decir, la creación de una más amplia, metódicamente asegurada, base de comprensión, el Tribunal podría dar respuesta a la crítica científico-especializada, que rechaza el modelo bipolar aplicado a la solución de conflictos, en vista de la complejidad y complicación de los procesos sociales.

Esta crítica desconoce, por cierto, que en la argumentación del Tribunal de lo que se trata no es de un análisis científico especializado de los problemas sociales. Pues existe una diferencia retórica fundamental entre una argumentación científico-especializada, es decir, en este caso, *zetética*, y una argumentación dogmática. Pero hay que tener en cuenta que la información científica sobre la “complejidad” de los estados de cosas sociales aparentemente penetra cada vez más en el esquema social general de comunicación y allí obtiene un rango como esquema de la experiencia social de la realidad. La conciencia general del problema —ésta es la exigencia que se formula al estilo lingüístico del análisis del problema— no deja de tener importancia para la situación pragmática del análisis judicial-constitucional. Si el Tribunal no desea abandonar el modelo tradicional para la solución de problemas ni tampoco modificarlo esencialmente, entonces sólo el instrumento de la competencia pragmática y retórica ofrece la posibilidad —sobre todo a través de los órganos de decisiones públicas participantes, de las instituciones afectadas y de las disciplinas interesadas— de introducir en la argumentación la medida de manejo diferenciado de las cosas, que retóricamente parece deseable en vista del aumento de expectativas en el contexto social.

C. Estructuras retóricas generales de la argumentación preferética.
(La preferética como retórica del análisis legislativo de los problemas)

a) Después del análisis de la competencia pragmática y retórica, surge

⁸⁴ Ver los §§ 9 y 10 de la ley para la promoción de la estabilidad y del crecimiento de la economía del 8 de junio de 1967 (BGBI. I, p. 582). Notable es la indicación en el sentido de hacer depender las decisiones de política educativa del resultado de la “investigación de la educación”, en BVerfGE 34, 165, 183 y ss.

la cuestión de las estructuras retóricas generales de la preferética. La reducción del análisis del problema a la solución de un conflicto resultante de una confrontación potencial de intereses, característica de la preferética, ha demostrado ser un procedimiento problemático, tanto desde la perspectiva de la teoría de la decisión como desde el punto de vista dogmático constitucional de los controles jurídicos.

Parece, por lo pronto, que hay que aclarar la adhesión a un modelo bipolar de conflictos con las condiciones comunicativas especiales de un procedimiento judicial litigioso. En cierto modo, el estilo de argumentación reproduce la situación pragmática del proceso. A ello hay que atribuir también la concepción de que el Tribunal proyectaría en el orden social la situación del proceso —con demandante y demandado— y, con ello, puntos de vista de decisión reflejados en el orden social.⁸⁵ Sin embargo, hay que tomar en cuenta que el procedimiento judicial, para el cual interesa principalmente la preferética, es decir, los diferentes procedimientos de control de normas y el procedimiento del recurso de inconstitucionalidad, justamente no están regulados como procedimientos contradictorios. Como es sabido, y tal como lo ha mostrado el análisis del principio general de igualdad, el Tribunal Federal Constitucional confiere gran valor al hecho de que en estos casos se trate de un procedimiento “objetivo” de control que —con excepción del control abstracto de normas— después de la modificación de la ley de procedimientos, conoce, por cierto, “participantes”, pero sigue sin reconocer un “oponente”.⁸⁶ Esta objeción técnico-procesal no desea ignorar que la situación del proceso está caracterizada por expectativas e intereses diferentes y a menudo también opuestos y que este contexto pragmático, tal como ha resultado del análisis, se encuentra reiteradamente también en el análisis del problema. Pero es notable el hecho de que las reglas procesales institucionalizadas, en interés de la función de control del Tribunal, no fijen el modelo de procedimiento que correspondería a una situación procesal contradictoria.

Además, hay que tener en cuenta que a la afirmación de una estrecha conexión pragmática entre la preferética y la situación de un proceso judicial litigioso se oponen la amplia difusión del modelo bipolar de solución de conflictos, también fuera del procedimiento judicial, y su rango histórico como esquema teórico del problema. Tal como lo ha podido exponer el análisis del artículo 2, párrafo 1, de la LF, en la his-

⁸⁵ Ver Luhmann, Niklas, *Grundrechte als Institution*, pp. 206 y ss.

⁸⁶ Cfr. el intento de explicar esta situación del procedimiento con la ayuda de la política y el derecho en Leibholz, Gerhard, “Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Politik und Recht”, *DVBl*, 1974, pp. 396-399, esp. p. 397.

toria de la teoría constitucional del Estado moderno, el esquema de problema “individuo-sociedad” ocupa una posición central. En el texto constitucional, sobre todo en el artículo 2, párrafo 1 de la LF, ha entrado una expresión excelente.

Tampoco habría que subestimar el hecho de que el esquema de la “ponderación de bienes” está muy difundido, tanto en la teoría del derecho como en la praxis jurídica. Como es sabido, en una jurisprudencia muy tenida en cuenta, el Tribunal del *Reich* completó, con la ayuda de un “principio suprallegal de la ponderación de bienes y deberes”, una regulación jurídico-penal sobre el estado de emergencia considerada como insuficiente.⁸⁷ En la teoría del derecho, fue sobre todo la “jurisprudencia de intereses” la que remitió el derecho a la función de decidir “conflictos de intereses”. Proporcionó una concepción metódica que, si bien es cierto que al comienzo fue muy controvertida, dominó durante mucho tiempo la discusión teórico-jurídica y ha tenido también notoria influencia en la terminología jurídica general.⁸⁸

b) No puede desconocerse la influencia de la concepción científico-jurídica en el estilo de argumentación del Tribunal Federal Constitucional. Ella pone claramente de manifiesto que a la ciencia del derecho le corresponde una cierta función de transformación, de preparación de formas de hablar científico-técnicas para la praxis jurídica y de traducción en la retórica jurídica. Esto explica quizás también la distancia retórica que hemos podido constatar con respecto a los bastante difundidos modelos de la teoría de la decisión de las ciencias sociales para la solución de problemas. Se puede suponer que la posibilidad de influencia en el estilo de argumentación del Tribunal Federal Constitucional por parte de la ciencia jurídica es siempre mayor que la de las ciencias sociales de la acción.

La función retórica especial de la ciencia del derecho remite a la conexión pragmática del estilo de argumentación con la formación profesional de los jueces del Tribunal Federal Constitucional y de sus colaboradores científicos, quienes posiblemente tienen a menudo una considerable participación en el análisis de los problemas.⁸⁹ Aparentemente

⁸⁷ Cfr., al respecto, Engisch, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, pp. 140 y ss.

⁸⁸ Ver, sobre todo, la obra clásica de Heck, Philipp, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübinga, 1932, esp. pp. 41 y ss. Esta concepción metodológica fue después desarrollada sobre todo por Esser con respecto a la dogmática del derecho civil. Cfr. Esser, Josef, por ejemplo, en “Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht”, *Archiv für zivilistische Praxis*, vol. 173, 1972, pp. 91 y ss., 110, 112.

⁸⁹ Cfr., al respecto, la crítica a la institución de los colaboradores científicos, de

ya en la época de la formación profesional se fijan los criterios para la selección y elaboración de la información. Que no se trata de una mera falta de información lo demuestra la existencia de una abundante literatura sobre ciencias sociales en la bien dotada biblioteca del Tribunal Federal Constitucional.⁹⁰

c) De las referencias a la utilización de esquemas preferéticos de problemas en la teoría y en la práctica del derecho, puede inferirse que se trata de una forma de hablar que presenta una relación más estrecha con una teoría del derecho orientada hacia los conflictos sociales y que en la jurisprudencia ha demostrado ser un buen instrumento para la creación de directivas de complementación de las leyes. El propio Tribunal Federal Constitucional pone claramente de manifiesto cuán similar es el lenguaje de la preferética al de la "creación" judicial del derecho. En una decisión que se ocupa de una exclusión de un defensor sobre la base de disposiciones del derecho consuetudinario, el Tribunal expresa que en la interpretación amplia de frases del derecho consuetudinario es necesario, "antes de la precisión del hecho y de las consecuencias jurídicas" una "amplia ponderación de todos los puntos de vista", que también tendría en cuenta el legislador en el caso de una regulación expresa, y exige que se consideren no sólo los intereses individuales sino también la importancia objetiva del instituto que esté en cuestión.⁹¹

El Tribunal vincula el esquema de argumentación de la "ponderación de intereses" también con el manejo judicial de las "cláusulas generales" legales que, como es sabido, en la práctica del derecho han logrado el rango de autorizaciones para la "creación judicial del derecho".⁹²

De acuerdo con la praxis presentada de la "creación judicial del derecho", que en gran medida responde a la forma dogmática de hablar, se trata de un lenguaje de análisis de los problemas que se antepone a la argumentación "habitual" de la "aplicación del derecho". Al igual que en el modelo de argumentación sistemológico, encontramos también en la preferética el intento de desplazar la argumentación a la grada de una retórica legislativa. En la preferética, esta forma de argumentación

Zuck, Rüdiger, "Der '3. Senat' am Bundesverfassungsgericht", *DÖV*, 1974, pp. 305-307.

⁹⁰ Respecto a la dotación de la biblioteca del Tribunal Federal Constitucional, *cfr.* Makkert, Josef, "Die Bibliothek des Bundesverfassungsgerichts - Stand 1970", *Das Bundesverfassungsgericht 1951-1971*, 2a. ed., Karlsruhe, 1971, pp. 171 y ss.

⁹¹ *Cfr.* BVerfGE 15, 226, 234 y ss. *Cfr.*, al respecto, las consideraciones generales del Tribunal sobre la "jurisprudencia creadora" de la actividad judicial que tiene la función de corregir o de completar la ley escrita de acuerdo con las pautas de la "razón práctica" y de las "concepciones generales y fundadas de la justicia que sostiene la comunidad", en BVerfGE 34, 269, 287.

⁹² *Cfr.*, al respecto, BVerfGE 18, 92 y ss.

es continuada con medios diferentes a los de la estilística sistemológica, es decir, con un estilo de argumentación de la "legislación judicial". La preferética vincula un estilo de argumentación del análisis legislativo de los problemas con la pragmática especial de un procedimiento judicial. Desplaza la argumentación al ámbito del lenguaje del análisis político. La pragmática de este análisis puede ser brevemente caracterizada como la situación de la lucha de opiniones, de la lucha por la creación o conservación de sistemas de comunicación y de acción socialmente eficaces.⁹³

Sin embargo, la preferética modifica las condiciones de esta situación en dos puntos importantes: El modelo retórico de la controversia absoluta, el "esquema amigo-enemigo", que siempre se vislumbra en el análisis político, es relativizado. El conflicto es presentado, por cierto, como existente pero también como básicamente solucionable a través del compromiso. No hay ningún desplazamiento de los intereses afectados: tanto los individuales como los generales son igualmente legítimos. A través de la elevación al mismo nivel de pretensión, el Tribunal logra, por así decirlo, "mediatizar" los intereses en pugna.

Al mismo tiempo, el Tribunal remite la a menudo confusa y multidimensional estructura de las controversias políticas al modelo de argumentación mucho más simple del conflicto bipolar. Esta mayor claridad no puede ser nunca evaluada exageradamente en tanto momento de la formación del convencimiento. Pero con la reducción se logra no sólo un grado mayor de claridad. La simplificación de las complejas interdependencias de las situaciones sociales y de las implicaciones políticas conduce, al mismo tiempo, a un perfil más preciso de los valores retóricos contrastantes. Esto aumenta la situación retórica de tensión. La solución del problema ofrecida se realiza, por así decirlo, a través de la "disolución" de la situación de tensión. Además, la satisfacción afectiva del auditorio, que habitualmente se produce con la disolución de las tensiones retóricas, es aumentada con la idea de la compensación de desventajas. La preferética demuestra ser un instrumento retórico que, a través de la mostración, afectivamente apoyada, de una deseabilidad general, busca crear una base de consenso lo más amplia posible para la decisión del Tribunal.

d) Para concluir este análisis, tenemos todavía que constatar que, a menudo, el Tribunal Federal Constitucional no mantiene el estilo de argumentación preferético y recae en la forma de hablar menos estructurada de un mero modelo operativo de justificación. A veces se entrecruzan también ambos modos de argumentación sin que el Tribunal

⁹³ Cfr. Schreckenberger, Waldemar, "Über die Pragmatik der Rechtstheorie", pp. 561 y ss.

parezca tener presente esta ruptura en el estilo. Así, por ejemplo, el Tribunal, en una argumentación acerca de la libertad del ejercicio profesional, que es justamente ejemplar con respecto a la preferética, en una frase-resumen, expresa que también en una regulación sobre el ejercicio profesional, la gravedad de la intervención tiene que corresponder al peso de las razones del bien común que la justifican.⁹⁴ También en esta decisión se encuentra la versión abreviada de que la regulación tiene que estar suficientemente justificada por importantes intereses de la comunidad.⁹⁵ Reiteradamente también se dice que las razones presentadas para la justificación tienen que ser ponderadas en relación con el derecho básico de libertad del ciudadano, con tanto mayor cuidado cuanto más afecte la intervención legal de formas elementales de manifestación de la libertad de acción humana.⁹⁶ Además, encontramos el esquema de argumentación de la “justificación” en vinculación con el esquema del “bien común” en la cuestión de la retroactividad permitida de regulaciones que imponen cargas.⁹⁷

En estos casos, la forma de hablar sigue una variante de la regla pragmática general sobre la necesidad de fundamentación, según la cual las decisiones que imponen cargas al individuo tienen que ser justificadas. A ello se agrega la regla pragmática especial que, por lo general, es ofrecida en una versión comparativa. Se la puede formular así: cuanto mayor es la carga, tanto mayor el peso de la fundamentación. No es difícil percibir que en esta fórmula vuelven a aparecer las reglas de la ponderación de bienes como esquemas de justificación.

4. *La diatética*

La diatética es una variante de la preferética. Los *topoi* problemológicos adquieren aquí el mayor grado de diversidad retórica. Bajo las condiciones del caso particular, son presentados como necesariamente inconciliables. El campo principal de aplicación está constituido por algunas argumentaciones con respecto al principio del Estado de derecho y del Estado social.

a) Tal como se ha expuesto, esquemas destacados del principio del Estado de derecho para la solución de problemas, son los principios de la seguridad jurídica y de la justicia material. Uno encuentra estos esque-

⁹⁴ Cfr. BVerfGE 16, 147; cfr., también, BVerfGE 7, 378, 408; 10, 370; 30, 316 y ss.

⁹⁵ Ver BVerfGE 14, 101.

⁹⁶ Cfr. BVerfGE 17, 313 y ss.; 20, 159.

⁹⁷ Cfr. BVerfGE 2, 405; 13, 272; 18, 439; 21, 132.

mas principalmente en las argumentaciones sobre la cuestión de las leyes retroactivas que imponen cargas, de la regulación de las consecuencias de normas jurídicas declaradas nulas y también en cuestiones del procedimiento judicial.⁹⁸ Al igual que la preferética, la diatética exige también la eliminación de la divergencia presentada de los esquemas y su paso a una relación de preferencia situacional. Además, abre a la estrecha vinculación semántica entre el principio de la “seguridad jurídica” y el de la “protección de la confianza individual” —que fuera subrayada en la jurisprudencia posterior— el acceso a las reglas preferéticas sobre el equilibrio de los intereses individuales y colectivos, que han resultado ser características sobre todo en la dogmática de los derechos fundamentales. Así, “razones obligatorias del bien común” pueden ser antepuestas también al mandato de la seguridad jurídica.⁹⁹ Por lo tanto, en el uso del principio del Estado de derecho se encuentran diversos tipos de argumentación problemológica mientras que en la diatética la incompatibilidad retórica alcanza su punto más alto.

b) La argumentación diatética sobre el principio del Estado social sigue totalmente una variante del esquema general de la problemática social: entre la protección de la libertad del individuo y las exigencias de un orden de Estado social existe una “situación de tensión básica e insuperable”.¹⁰⁰ Tal como ya se ha expuesto, el Tribunal habla, respecto al principio del Estado social, también de una tensión que no puede dejar de percibirse, entre los valores de la libertad y de la igualdad.¹⁰¹ Los *topoi* del modelo social general del problema adquieren para la diatética el rango característico de esquemas antinómicos.¹⁰²

El dilema que resulta de la necesaria incompatibilidad retórica de los *topoi* es solucionado nuevamente por el Tribunal con la ayuda de reglas pragmáticas sobre la competencia retórica y pragmática. Las reglas sobre la competencia retórica muestran una peculiaridad frente a la preferética. En mucha mayor medida que las reglas diferenciadas en la argumentación preferética, dejan librada a los órganos públicos competentes para la decisión litigiosa, la introducción obligatoria de los argumentos relevantes para la solución del problema. El Tribunal se retira al nivel del mantenimiento de la sintaxis general de la Constitución y

⁹⁸ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 3, 237; 7, 92; 7, 195 y ss.; 8, 304 y ss.; 15, 319 y ss.; 22, 329; 25, 290 y ss.; 35, 47. Respecto a cuestiones de la competencia judicial, cfr. BVerfGE 9, 226 y ss.; 20, 344.

⁹⁹ Cfr. BVerfGE 13, 271 y ss.; 14, 300; 15, 319 y ss.; 22, 249; 24, 230; 25, 154; 25, 290 y ss.; 31, 226; 31, 226 y ss.; 35, 47.

¹⁰⁰ Cfr. BVerfGE 10, 371; 18, 267; cfr., también, cap. 6, inciso 5, letra B.

¹⁰¹ Cfr. BVerfGE 5, 206.

¹⁰² Cfr., también, BVerfGE 4, 15; 8, 329.

deja en gran medida en manos del legislador el manejo del contexto pragmático.¹⁰³

c) Del uso de las reglas sobre la competencia retórica en la argumentación problemológica pueden inferirse algunas reglas pragmáticas generales: La competencia retórica del órgano de decisión depende del grado de diversidad retórica de los *topoi* relevantes para la solución situacional del problema. La competencia retórica del órgano de decisión es tanto mayor cuanto menor sea el grado de decisión previa de las alternativas de acción a través de las reglas generales de la preferética, es decir, cuanto mayor sea la función de cuestionamiento permitido por parte de los *topoi* presentados como esquemas para la solución de conflictos.¹⁰⁴

¹⁰³ Respecto al principio del Estado de derecho, *cfr.* BVerfGE 7, 195 y ss.; 3, 237; 15, 319; 22, 239; 25, 290; 35, 47; respecto al principio del Estado social, BVerfGE 10, 371; 18, 267.

¹⁰⁴ Respecto a la función de problema de los esquemas para la solución de conflictos, *cfr.* cap. 2 inciso 4, letra B.