

# Los derechos fundamentales como institución

(APORTACIÓN A LA SOCIOLOGÍA POLÍTICA)



NIKLAS LUHMANN

## La fundamentación de las decisiones estatales: la igualdad ante la ley

Hemos extraído primero, del catálogo clásico de los derechos fundamentales, los antedichos derechos de libertad y dejado allí de lado los derechos de igualdad. La función social de los derechos de libertad ha quedado ante los ojos en su unidad y divergencia —aunque referida no de manera tan simple a la personalidad como lo piensa la dogmática dominante. Lo que se ha ganado con ello es la base a partir de la cual podemos dar el siguiente paso para concentrarnos en los derechos de igualdad. La pregunta que nos guiará es la de si puede seguirse sosteniendo el entendimiento adquirido sobre los derechos fundamentales: proteger la diferenciación societal contra tendencias regresivas de fusión del sistema político —o si las funciones de estos dos derechos fundamentales son tan heterogéneas que no dejan agruparse en una concepción compacta, sino que se manifiestan en un simple yuxtaposición casual e históricamente determinada.

En el siglo XVIII se anclaron los derechos de libertad y de igualdad en la naturaleza del ser humano entendida como esencia dotada de razón. Por la razón todos los hombres se presentan como iguales —la prueba que se aducía es que mediante el desarrollo de la ciencia existía la posibilidad de lograr el consenso. Mediante la razón los seres humanos estarían en condiciones de limitar (así se suponía al menos) su libertad con la libertad de los otros. En esta

tan injustificadamente voceada doctrina ‘individualista’, el individuo *concreto* no juega ningún papel. Esta concepción sólo pudo surgir proclamando el sentimiento (un proceso de equilibrio enteramente individual) como situación básica de la humanidad del ser humano. El siglo XIX rompe con ella en razón de acontecimientos factuales en la sociedad. Individuo y sociedad hacen su aparición de manera concreta —aunque cargada de más tensión y más dinamismo. Libertad e igualdad se entienden ahora como trayectorias hacia valores divergentes, cuya contradicción se convierte en palanca del desarrollo: el equilibrio será, pues, algo que deberá conseguirse. El siglo XX no ha revelado su versión a esta pregunta.

Quizás debamos empezar afirmando que la crasa contraposición conceptual entre libertad e igualdad es una versión demasiado simple —y por eso inutilizable— del problema: comparable con la versión hermana de la rígida contraposición individuo/colectividad. Un problema formulado de esta manera puede por supuesto desarrollarse dialécticamente, pero nunca llegar a solucionarse. Nosotros hemos investigado esta fórmula del lado de la libertad y hemos encontrado que en ella se encuentra una estructura compleja diferenciada, la cual debe generalizarse en distintas direcciones (individualización de la personalidad, civilización de las expectativas del comportamiento, orientación de las necesidades económicas por el dinero y legitimación del poder político) para poder soportar un orden social diferenciado. La exigencia de igualdad no es que se coloque junto a estas direcciones de generalización —necesitadas de defensa— sino se refiere a estas cuatro juntas. La diferencia de la igualdad con respecto a los derechos de libertad no está en su función (por tanto en ser el último fundamento de la protección jurídica) sino en las esferas de acción reglamentadas.

Los derechos de libertad formulan el derecho de actuar del ciudadano. Ven el peligro inmediato en un actuar llevado desacertadamente por el particular —por eso obligan al Estado a respetar y a conservar la esfera de libertad del ciudadano. El derecho del ciudadano es el bien jurídico primario, el Estado se someterá a su voluntad. Con el derecho de igualdad sucede exactamente lo contrario. Su problema de referencia es indefectiblemente el actuar del Estado en caso de que no respete la exigencia de una sociedad

diferenciada, y sólo en segundo lugar —como reflejo del interés por ese orden— adquiere el ciudadano un derecho subjetivo de igualdad para controlar y sancionar el deber primario del Estado. El poder de voluntad del ciudadano —anclado en el derecho fundamental— tiene aquí tan sólo significación jurídica, pero ningún sentido decisivo para su actuar particular. En ambos casos derecho y deber se corresponden por igual —pero, en un caso, los intereses de regulación y la formulación del-deber-ser se sitúan en el derecho del ciudadano; en el otro, en el deber del Estado.

Si esta versión es correcta —cosa que trataremos de mostrar enseguida—<sup>1</sup> la distinción entre derechos de libertad y derechos de igualdad está condicionada por el hecho de que el Estado está constituido como sistema específico de la acción política: la distinción es ella misma consecuencia de la diferenciación social. Esto refuerza nuestra sospecha de que en la diferenciación social no sólo se encuentra el último problema de referencia de los derechos de libertad y también de los derechos de igualdad, sino incluso la distinción de estos dos grupos de derecho. Cuando en el orden social se forma un subsistema relativamente autónomo para tomar decisiones que vinculan, pueden surgir dos peligros: a) que el ciudadano se vea obligado, en razón de las decisiones vinculantes, a un actuar que no corresponde a la estructura social diferenciada —en oposición a los derechos de libertad; b) que las decisiones del Estado no correspondan a las exigencias estructurales de un orden social diferenciado —en oposición a los derechos de igualdad. Por parte del orden jurídico esta distinción se ‘objetivará’ y de ser una distinción a partir de problemas de referencia se transformará en una distinción de bienes jurídicos y derechos subjetivos —su diversidad vendrá a ocultar la unidad de la función y la dejará como algo latente.<sup>2</sup>

La dogmática sobre el axioma de la igualdad interpreta —como corresponde a toda dogmática— un contexto de sentido previamente constituido. Toma, como previamente dados, dos

<sup>1</sup> Compárese también mi trabajo más fuertemente dirigido a la discusión actual y a la jurisprudencia sobre la teoría de la justicia: Luhmann (cap. 6 nota 49), pp. 52ss.

<sup>2</sup> Volveremos a retomar y trabajar en el cap. 10.

puntos de partida: 1) que el principio de igualdad es un derecho fundamental en el sentido de pretensión subjetiva contra el Estado y 2) que la igualdad es un valor y con ello se piensa de manera general en el componente valoral de la justicia. Estas dos premisas obstaculizan las puertas de entrada sobre el sentido de la igualdad. Su comprobación será el mejor camino para introducir un análisis funcional del principio de igualdad.

La representación de la igualdad surge en el siglo XVIII a partir de la disolución del pensamiento jurídico basado en la tradición ética y del cambio de pensar la norma como obligatoria a un tipo de pensamiento de reivindicación.<sup>3</sup> En la actualidad esto no ha sido absorbido por la dogmática jurídica ni, por cierto, por la teoría de los derechos subjetivos. Permanece como algo misterioso cómo alguien que tiene un determinado derecho no sólo actúe conforme a ese derecho, sino que paralelamente pueda sobre todo aspirar a que se le trate conforme al principio de igualdad. La disolución del concepto de propiedad mediante la jurisprudencia del derecho de expropiación es la ilustración más impresionante de esta problemática. Allí donde el pensamiento sobre la igualdad toma piso como forma llena de pretensión, parece que tiene que pagar con la destrucción de los (precisamente individuales y bien ganados) derechos subjetivos.

Sobre eso no habría que extrañarse. El pensamiento sobre el principio de igualdad se siente en casa con el derecho objetivo y tiene allí un significado tan fundamental que necesariamente hace saltar en pedazos la fuerza de la versión del derecho subjetivo particular. La igualdad sirve como principio de generalización del derecho objetivo y no se deja aprehender en esta función —aunque se trate de un derecho fundamental— en la perspectiva estrecha de un derecho subjetivo especial. Si se intenta hacer esto entonces el derecho subjetivo se disuelve o se tratan de manera inadecuada los pensamientos sobre el principio de igualdad. Así como en las ciencias económicas y en la sociología se distingue entre niveles macro y micro en la formulación de un problema, así en la ciencia jurídica se aprende que una cierta estructura del problema del

<sup>3</sup> Para esto arriba en la p. 27.

derecho objetivo no puede formularse directamente como derecho subjetivo —afirmación que no excluye, sino precisamente exige, operaciones de transformación de un nivel a otro.

La doctrina de la igualdad no afirma que cada uno debe tener los mismos derechos (en este caso el carácter jurídico del derecho sería impensable) sino que el orden jurídico de una sociedad diferenciada debe estar generalizado conforme a exigencias estructurales. Entre estas exigencias la más importante es la ‘destemporización’<sup>4</sup> del derecho. El derecho debe estar generalizado temporalmente en el sentido de que la resolución judicial no dependa en principio de un punto en el tiempo. Un caso jurídico que acontece el 17 de junio debe resolverse de la misma manera que uno que sucede el 18 —a no ser que el derecho vigente haya cambiado. La destemporización del derecho es la premisa básica de una administración racional del derecho.<sup>5</sup> Sin esta destemporización no podría esperarse que hubiera decisiones jurídicas y no habría posibilidad de orientarse por ellas. Sin destemporización no sería pensable un proceso de resoluciones judiciales que transcurrieran en el tiempo ni legislación ni cambio del derecho vigente. Sin igualdad —en este sentido temporal— sería imposible decidir entre cambios conforme a derecho y arbitrariedad. Los cambios jurídicos objetivos (a diferencia de los fallos judiciales arbitrarios realizados en referencia a un tiempo concreto) se hacen posibles gracias a esta igualdad en el tiempo del derecho. Y con ello

<sup>4</sup> Interpretado con mucha cautela podría el concepto de “destemporizar” (Gerhart Husserl) servir de orientación. Compárese *Recht und Welt*, en: *Festschrift für Edmund Husserl*, Halle 1929, pp. 111-158, reimpresso en: *Gerhart Husserl, Rechtsphilosophie die Abhandlungen*, Frankfurt 1964, pp. 67-114, y de él también, *Recht und Zeit*, Frankfurt 1955. En el fondo no nos referimos a un concepto de teoría del conocimiento, sino a una prestación constitutiva que se realiza primariamente en el proceso de la comunicación social. Véanse también las observaciones críticas de Heller (cap. 1 nota 6), pp. 190. El giro que en sus últimos años el mismo Husserl realiza hacia la “intersubjetividad” podría aquí establecer el puente.

<sup>5</sup> En el mismo sentido que la destemporización de la causalidad es premisa fundamental de las ciencias modernas de la naturaleza. Significa sobre todo que el tiempo mismo no produce efectos causales —la suerte en este sentido no existe. Sólo bajo el presupuesto de un concepto de tiempo a-causal fue posible postular para los cambios de la naturaleza una causa específica empíricamente comprobable. La destemporización de la causalidad y la destemporización-del-derecho mediante la teoría de la justicia son formas paralelas de desarrollo de la teoría general sobre el fundamento —no es casualidad, pues, que estos tres axiomas hayan entrado a la conciencia histórica al mismo tiempo.

la antigua seguridad del derecho —la representación de una validez ineluctable, eterna e inmutable— se volverá derecho positivo.

El sentido de la generalización temporal del derecho está por tanto no en la sobretensión ontológica de la eterna permanencia de lo mismo, sino en la capacidad de especificación de los cambios jurídicos —finalmente, pues, en la posibilidad de que el derecho sin perder la seguridad de la validez se positivice poniéndose en manos de instancias de decisión estatales. El derecho vigente será válido y se conservará igual, mientras no se cambie mediante un proceso determinado. El principio de igualdad es, en esta medida, precondition (centralizada, racional, controlable en el sistema político y, en ese sentido, responsable) del dominio de los seres humanos sobre el derecho. La antigua versión de la justicia en calidad de igualdad trajo en esencia la posibilidad en sí de un derecho a desarrollar la técnica social de un sistema político.

La generalización temporal presupone un mínimo de generalización real y social. Obliga a una más o menos formación de normas abstractas —dado que los casos concretos no se repiten. No puede poner atención a todas las circunstancias del caso particular y no puede atender la total individualidad de las personas que participan. Esto no excluye —como en la dimensión del tiempo— la diversidad, sino sólo afirma que la diversidad debe especificarse.

Una generalización así del derecho se hace todavía más improbable cuanto más difícil se vuelve asegurar la necesaria complementariedad de los roles, es decir, cuanto más se diferencia el orden social. En la medida en que la diferenciación hace posible la formación de un sistema político autónomo de toma de decisiones, obliga a que el derecho se traslade a la administración de este sistema.<sup>6</sup> Las agudas exigencias estructurales que un orden social altamente diferenciado le impone al derecho, no permite una generalización del tipo jerarquía de las leyes de la Edad Media: normas de contenido ascendente hacia lo general, cada vez más

<sup>6</sup> El cambio súbito se realiza de manera relativamente rápida. Hasta entrado el siglo XIX ninguna burocracia estatal de la historia había reclamado la total soberanía sobre el derecho. Desde el siglo XIX esta soberanía es tan incuestionable que la Constitución —como ley— se ve motivada a ponerse enfrente.

indeterminadas y, precisamente por eso, de más alto valor y válidas para siempre. Exigen en la positividad del derecho un principio formal de generalización, que no excluye la especificación sino que sirve precisamente de esquema para dichas exigencias.<sup>7</sup> Obligan a crear instancias de decisión que se encarguen de la especificación necesaria, a controlarlas racionalmente y a que, según las necesidades del cambio, se adapten a las circunstancias.

Necesidades sociales estructurales de este tipo se dejan con dificultad expresar en un derecho subjetivo específico de igualdad. El principio de igualdad no es por naturaleza ningún derecho subjetivo. Por esta razón, desde hace tiempo, se ha reducido a expresar el derecho fundamental de “igualdad ante la ley” como derecho a aplicar el derecho: como fórmula vacía, pues. Sin embargo, este reducir el derecho de igualdad a igualdad de aplicación del derecho va muy lejos. En el principio de igualdad están contenidas exigencias totales y precisas para el legislador: es tarea de él dar al derecho positivo una forma que corresponda a las exigencias estructurales del orden social —es decir, un orden que está generalizado y que es especificable de manera temporal, objetual y social. Bajo la Constitución de Weimar, con la desconfianza en ascenso hacia el legislador, prospera la versión de que el principio de igualdad debe vincular también al legislador.<sup>8</sup> Y hoy puede esto considerarse como opinión dominante, sobre todo desde que en el art. 1 ap. 3 en conexión con el art. 3 ap. 1 GG aparece también expresado en la Constitución: “Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”; “Todas las personas son iguales ante la ley”.

Con ello no se logra aclarar cuál es el contenido de la pretensión del tratamiento igual ni su relación con la teoría de los derechos subjetivos. En la práctica, el derecho fundamental de igualdad amplía la posibilidad de defender los derechos subjetivos

<sup>7</sup> Es obvio que el derecho positivo en el sentido de “lex positiva” no es el nivel residual más bajo de la jerarquía de las leyes. Si esto se entiende se deja de lado el prejuicio que domina a la discusión del derecho natural, a saber, que el derecho positivo es de menos valía que el derecho natural.

<sup>8</sup> Véase, por encima de muchos, Gerhard Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2ª ed. München-Berlín 1959.

haciendo que el Tribunal constitucional controle la actividad del poder legislativo. Desde el punto de vista dogmático esto se deja aprehender mejor como aspecto (con rango de derecho-fundamental) de todo derecho subjetivo y no como un derecho subjetivo especial entre otros —así como también la protección constitucional de la propiedad no se duplica en un derecho subjetivo. Para poder medir qué sentido específico tiene esta garantía constitucional de los derechos subjetivos mediante el principio de igualdad, debemos tocar la segunda premisa de la dogmática jurídica que hoy domina: la versión de la igualdad como valor.

Quien considera los derechos fundamentales como valores y cree con ello lograr una suficiente fundamentación, querrá también sostener esta versión en el caso del derecho fundamental de igualdad. Lo vendrá a reforzar la opinión general que considera la justicia como valor y que las ideas de igualdad deben tratarse como componentes esenciales de la representación de la justicia. Habría, según esto, que buscar la igualdad para evitar la desigualdad.

Esta posición teórica del valor del derecho fundamental de igualdad realmente no puede representarse en esta forma tan simple. Ya en la antigüedad se tenía claro que el concepto de igualdad contenía una proposición incompleta, la cual necesitaba completarse indicando el punto de vista de la comparación. Por tanto que toda posición de igualdad daba por resultado desigualdad y que dependía de la selección de las cualidades del ente que se comparaba. La concepción teórica sobre el valor del-principio-de-igualdad se representa, la mayoría de las veces, en la forma evasiva de que todo juicio sobre la igualdad presupone puntos de vista de valor —puntos de vista que guían la selección de las cualidades relevantes, en vista de las cuales la comparación se lleva a cabo.<sup>9</sup> A ello se une la mayoría de las veces la representación (lógica pero no obligatoria)

<sup>9</sup> Si los puntos de vista de comparación se designan como ‘valores’ esto no quiere decir otra cosa que su selección se decide de manera subjetiva. El valor no añade nada a la función del punto de vista comparativo de comparar ni a la pregunta de si la comparación entre lo igual (por ejemplo juntar a los de un grupo idéntico) o lo desigual (por ejemplo, seleccionar al mejor) en realidad se resuelve. Por eso puede dejarse de lado el concepto de valor sin que se pierda ningún entendimiento o claridad sobre la idea, ya que el concepto de punto de vista de la comparación subraya la subjetividad y la necesidad de elegir de manera bastante clara.

de un valor que deriva de lo igual: cuando la selección del punto de vista de la comparación se deduce de un valor, lo que desde este punto de vista es igual debe tratarse como igual.

Incluso una lectura cuidadosa de las nuevas publicaciones en derecho sobre el principio de igualdad<sup>10</sup> no permite ofrecer una versión más precisa de este pensamiento oscuro. Como axioma se propone que hay valores cuyo valor consiste precisamente en determinar que alguien al comparar trate como igual lo igual —así como la ética moderna afirma, a pesar que reconoce la ineludible selectividad de los puntos de relevancia, que en la naturaleza está puesta una igualdad cualitativa que sirve para que lo igual se trate como igual. Ambas premisas tienen a pesar de su diversidad —proveniente del contexto del cambio cartesiano de la metafísica ontológica hacia la subjetividad de la autoconciencia— un denominador común: presuponen que la naturaleza (o mejor, la perspectiva de valor) prescribe de manera instructiva lo que hay que seleccionar y correspondientemente tratar como igual. Que lo igual debe tratarse como igual (y lo desigual como desigual) es algo que se desprende de la cosa misma o, mejor todavía, de lo prescrito por el valor —el cual deja que aparezca como relevante esta perspectiva de comparación. Esta pre-selección —por la presión de relatividad contenida en el pensamiento de igualdad— se limita a un derecho natural mínimo y, en concesión titubeante, se confía al pueblo o al “pensamiento justo y razonable” que aplique el universal y arbitrario análisis de igualdad —en el cual no se confía totalmente.

En la caída libre de la metafísica ontológica tradicional este relativismo ya no puede en realidad detenerse. Todo intento de hacerlo desemboca en afirmar presupuestos que desde hace mucho han perdido credibilidad y que deben afirmarse sólo porque se piensa que deben seguirse afirmando. Este relativismo puede superarse en un salto hacia adelante en la medida en que, primero, se piense

<sup>10</sup> Compárese, sobre todo, Hans Nef, *Gleichheit und Gerechtigkeit*, Zürich 1941; Konrad Hesse, *Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 77 (1951/52), pp. 167-224; Hans Peter Ipsen, *Gleichheit*, en: Franz L. Neumann/Hans C. Nipperdey/Ulrich Scheuner, *Die Grundrechte*, vol. II, Berlín 1954, pp. 111-198; Werner Böckenförde, *Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgaben des Richters*, Berlín 1957; Zippelius (cap. 4 nota 19).

consecuentemente hasta el final la relatividad de la representación de la igualdad. Si se considera que el esquema igual/desigual se aplica de manera arbitraria, la pregunta ineludible es qué sentido tiene en absoluto aplicarlo. Si se renuncia a presuponer que en la naturaleza o en el orden de los valores están puestos puntos de vista fijos que dictan normativamente lo que debe tratarse como igual o desigual, el sentido de este esquema deberá encontrarse en la orientación misma de la comparación. Y lo que allí se muestra es que el *esquema igual/desigual sirve como esquema especialmente adecuado para preguntarse por una razón suficiente*. Precisamente el vaciamiento del principio de igualdad —no contener ninguna instrucción de lo que ha de tratarse como igual o desigual— le confiere una función especial: exigir en *cada* tratamiento de lo desigual una justificación suficiente.

En la cuestión del principio de igualdad se trata en cada caso —en el tradicional y en el que aquí proponemos— de justificar las resoluciones judiciales. Nos moveremos alrededor de este marco de determinación del sentido e invertiremos el punto de vista y la orientación de la pregunta adoptados por el pensamiento tradicional, intercambiando las variables dependientes e independientes. Allí donde en la mayoría de los casos se piensa haber encontrado piso seguro en la relevancia de las razones, vemos nosotros el problema de la decisión. Y aquello que en la mayoría de los casos se tiene por problemático (el juicio de igualdad) nos servirá a nosotros para extraer como base un esquema de juicio. Esta vuelta de campana significa que la fijación de la igualdad del fallo contencioso no transmite ninguna fundamentación suficiente y que la fijación de la desigualdad contiene una pregunta por razones suficientes —razones que deben ser adecuadas para justificar la desigualdad.

Con esta interpretación del principio de igualdad se aclaran problemas decisivos de la discusión constitucional y se pone en luz más intensa una serie de particularidades hasta hoy no atendidas del derecho fundamental de igualdad.

Lo primero que se hace claro es que el principio de igualdad está referido en primer término al legislador y que como aplicación de la tan mentada igualdad jurídica transcurre en forma vacía. El actuar normal del Estado está concebido como producción de

decisiones ligadas a programas decisionales que, en interés de la simplificación de las decisiones y en interés del control centralizado, reemplazan a las razones. Una decisión es correcta si concuerda con el programa. El programa protege contra la inseguridad (colocada en la base) de la pregunta por las razones suficientes. Y esto repercute además contra la autonomización de los subordinados —lo cual sería inevitable si se pusieran a buscar razones y, con ello, alternativas. La programación sostiene la precisión racional y el orden jerárquico de la administración de las decisiones. Una ponderación de razones se da únicamente en la acción no programada o en los componentes libres de programación de la decisión, es decir —hablando desde el punto de vista institucional— en la legislación y en la discrecionalidad de la administración.<sup>11</sup> En las ‘dificultades de fundamentación’ diarias de las resoluciones judiciales no se trata en verdad de ponderación de razones, sino de dificultades de interpretación del programa —lo cual muestra que las consecuencias nudas de las decisiones tomadas no son por sí mismas argumento confiable.

Lo siguiente que puede comprobarse es qué significa que el derecho fundamental destaque justo la igualdad y no la desigualdad, que es también importante. Con esto no queda dicho que la igualdad tenga más valor que la desigualdad y tampoco que la igualdad establezca la regla y que la desigualdad sea la excepción. En este nivel de abstracción no se justifica ni la prioridad general del valor ni se alude tampoco a una expectativa de frecuencia. Más bien el derecho de igualdad lo que afirma es que la igualdad no requiere fundamentación. No se norma, sino se postula en la forma de estipulación —en el texto del art. 3 ap. 1 GG [“todas las personas son iguales ante la ley”] y en los tratamientos de los clásicos esto se expresa claramente. Debe, pues, tratarse como hecho. Con ello no se renuncia a fundamentar un determinado tipo de decisiones. No hay prácticamente actuar estatal que no produzca efectos diferenciados en los seres humanos. Más bien se afirmará la obviedad de la igualdad para, por el contrario, poner de relieve la necesidad de fundamentar la desigualdad. El principio de igualdad tiene con esto una

<sup>11</sup>Naturalmente esta afirmación no excluye que el programador pueda aplicarse a sí mismo la validez jurídica de su programa, entre otras, la igualdad constitucional.

contrafunción parecida al principio de inercia en la física, el cual en todo caso no es ninguna hipótesis normal con pretensión de validez empírica, sino sirve únicamente para exigir una causa de cada uno de los cambios de estado, pero no de lo que le permanece igual.

De esta manera se da a la pregunta por las razones el punto de apoyo necesario y una dirección específica. No es posible exigir fundamentación al mismo tiempo para el trato de lo igual y de lo desigual,<sup>12</sup> porque ambos como luz y sombra se pertenecen —de tal forma que la fundamentación de uno hiciera prescindible la fundamentación del otro. La eliminación de la necesidad de fundamentar la igualdad y con ello también de su capacidad de proporcionar fundamento es indispensable, porque en cada caso concreto igualdad y desigualdad vienen mezcladas. Ella es precondition elemental para que se especifique la fundamentación de la desigualdad como fundamentación. Si no fuera válida, podría aligerarse el fundamentar destacando la evidencia de la igualdad, en vez de tener que justificar el tratamiento de la desigualdad.

La amplitud de esta interpretación del principio de igualdad se pondrá de manifiesto echando una mirada a nuestra tradicional filosofía del derecho, la cual en su peculiaridad (en el centro, pues, de su problemática) puede caracterizarse por no hacer *ningún* corte penetrante entre el principio de igualdad formal y las razones de los fallos judiciales. Para la filosofía el principio de igualdad —como interpretación de la justicia— es al mismo tiempo la norma central de la fundamentación ética del derecho —una fusión que como obra firme (y no sin intención) de la retórica sofista se ha conservado hasta nuestros días. Por eso tenemos una tradición *ético* jurídica. Pero porque la filosofía del derecho imagina en la norma de igualdad un fundamento de derecho —y lo imagina porque la interpretación constituyente de la justicia no le dejó de otra— se ha metido en

<sup>12</sup> Así, sin embargo, la jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia sobre todo desde la decisión del 16. 3.1955, BVerfGE 4, pp. 144ss. (155). Se deja al juez decidir si el problema de un caso se ve del lado del tratamiento de la igualdad o del tratamiento de la desigualdad —y el derecho fundamental de “igualdad ante la ley” puede lo mismo significar “desigualdad ante la ley”. Es de sopesarse esta versión sobre todo porque se deja al juez —con el fin de que pueda llegar a la forma más inteligible del fundamento de su decisión— en libertad de recurrir a la ayuda de la argumentación de la igualdad o de la desigualdad.

una de las más grandes dificultades, cuya discusión es el principal tema de su sumamente rica tradición de doctrina. Cuando frente a la desigualdad se concede a la igualdad mayor rango de fundamentación (en lugar de ver en ello una simple decisión previa sobre el tipo de fundamentación requerido) se llega inevitablemente a un dilema: cuando se interpreta la justicia como igualdad se introduce con ello una limitación a la especificación e individualización del derecho, con lo cual se hace necesario distinguir entre distintos tipos de justicia o apelar, en el terreno, al contraprinzipio de equidad concreto. La grandiosidad de nuestra filosofía del derecho reside en su capacidad de haber mantenido su enfoque ante el problema establecido, y para eso debió haber sido de gran ayuda la faz del poderoso Aristóteles, cuyo análisis del problema señalado ocultó la vista de su origen.

Otra reflexión se enlaza al sentido del comparar como fundamento de la decisión. Y esto no es algo que transcurra con transparencia. Normalmente el actuar se fundamenta en referencia a un fin, el cual a su vez se valora en vista de un valor. Con esto algunas consecuencias específicas del actuar se toman como justificación, mientras que otras se tienen como irrelevantes y, en referencia a la constitución de valor, se neutralizan tomándolas simplemente como 'costes'. Sin embargo, esta justificación es demasiado reducida para un actuar en sistemas sociales. No se trata de que cada uno persiga un fin. Especialmente en los sistemas complejos —que no están estructurados conforme a fines y que deben atender diversas trayectorias de valor contradictorio— el puro orientarse por la técnica monovaloral de la causalidad necesita una ampliación. Este ensanchamiento toma la forma de comparación.

Un ejemplo famoso de esta ampliación del horizonte comparativo es el principio de economicidad. Exige comparar algunas consecuencias del actuar con alternativas. Con más precisión: los costes de todas las alternativas de acción pueden compararse con los fines proyectados y esto puede neutralizarse cualitativamente —pero no cuantitativamente. Otro tipo de corrección al puro principio de orientarse por los fines que se intentan nos lo encontramos en el principio de igualdad como principio estructural del orden jurídico. El principio de igualdad afirma que una decisión no

puede justificarse en términos de mencionar las consecuencias de los fines pretendidos, sino su justificación requiere fundamentar las consecuencias de los efectos desiguales sobre la disposición jurídica de los otros —justificación mediante la cual las consecuencias de la decisión se garantiza con otras decisiones.<sup>13</sup> Los derechos subjetivos, en razón de los fines específicos ambicionados, no deben cargarse de manera desigual. Más bien la desigualdad en el sistema jurídico debe justificarse según criterios aplicables de manera universal y, a la vez, específica.

El principio de igualdad (así como el principio de economicidad) sirven, por tanto, para asegurar correctivamente la pura racionalidad técnica de la acción en una racionalidad sistémica de mayor complejidad —la cual no sólo debe asegurar efectos específicos cargados de valor sino, más allá, asegurar la consistencia del decidir y del actuar en los sistemas complejos.

Desde el punto de vista formal el principio de igualdad y el principio de causalidad son análogos: equivalentes funcionales y estrategias sistémicas complementarias. Su función consiste —formulado en una fuerte abstracción— en construir la complejidad del entorno como infinitud esquematizada, de tal suerte que el sistema tenga puntos de referencia para sobreponerse al problema de la complejidad. En el principio-de-causalidad la complejidad del entorno se presenta como la infinitud de causas y de efectos que actúan conjuntamente; en el principio de igualdad, como la infinitud de las posibles relaciones comparables. Estas dos versiones de entorno no constituyen para sí mismas ningún orden, sino sólo el esquema de un orden posible. No son aplicables, no ofrecen bases seguras de decisión, sino sólo un potencial de entendimiento, sobre cuya base se constituye el orden actual y con la cual puede entablarse ‘intercambio’ con el entorno: en el caso del principio de igualdad, interponiendo fines; en el del principio de igualdad, institucionalizando razones para puntos de vista relevantes de comparación.

<sup>13</sup> Por consistencia entendemos aquí (y en lo que sigue) no una lógica libre de contradicciones —en este sentido interpretó Hans Kelsen, en su propia valoración de la lógica, el principio de igualdad como el principio de consistencia del orden jurídico, véase *Was ist Gerechtigkeit?* Wien 1953, pp. 26s.; *General Theory of Law and State*, Nueva York 1961, pp. 439s.— sino únicamente compatibilidad conforme a reglas jurídicas reconocidas.

Estas concretizaciones llevan a un campo previamente estructurado de constantes de posibilidades de variación. Se harán posibles (pero no se justificarán) mediante el desde dónde de un esquema-de-ordenamiento preconstituido. Deben conservarse y, en dado caso, cambiarse. Y ambos tipos de constantes se corrigen mutuamente en el sentido de que un actuar conforme a fines encuentra —en determinadas igualdades (o desigualdades) en el entorno— ayudas para decidir y para delimitar. Al contrario, también la estructura causal con sus invariancias fijas hace posible fundamentar las igualdades y las desigualdades.

Imperfección y necesidad de añadidura de la interpretación de los fundamentos —supuestas tanto en el principio de causalidad como en el de igualdad— derivan de su función. Ambos esquemas tienen el sentido de liberar al sistema de la inmediata presión de la complejidad del entorno con sus casualidades difusas y perturbadoras, para hacer posible un *decidir interno al sistema*. Trasladan, en un entorno altamente complejo, la problemática del equilibrio del sistema de la situación a la decisión —en cierta medida, pues, de fuera hacia dentro. Posibilitan, así, una autonomía relativa del sistema en su entorno, la cual el sistema practica decidiendo sobre los fines o sobre las igualdades —o desigualdades. Con esto —en la interpretación moderna de los sistemas— el principio de causalidad y el principio de igualdad se muestran como manifestaciones características de la diferenciación social desarrollada, la cual lleva a la autonomización de subsistemas.

Este descubrimiento, que nosotros hemos trabajado como una especie de interpretación conceptual-dogmática del principio de igualdad, debe introducirse en la teoría sociológica —que es la que determina nuestra investigación total. Y es allí donde adquiere su peso específico.

En un orden social diferenciado, en el cual se encomienda a un sistema de acción específico el tomar decisiones que vinculan, el decidir no puede dejarse al antojo revestido de poder. No basta con que el poder, es decir lo que el sistema político recibe de la sociedad, se delimite. También sus decisiones —por tanto eso que es prestación del sistema político a la sociedad— deben satisfacer ciertas exigencias estructurales.

Puede el sistema político representarse —como ya se ha insinuado varias veces— como sistema de procesamiento de información que contiene diversos límites, sobre los cuales fluyen determinadas comunicaciones del entorno hacia el sistema y del sistema hacia el entorno.<sup>14</sup> En capítulos anteriores tratamos el principio de generalización como uno de esos límites, es decir, como límite de la formación del poder, a través del cual debe deslizarse información política al sistema de toma de decisiones. Este límite se sitúa en el principio general, igualitario y secreto del sufragio. El otro límite se lleva a cabo a través de la producción de decisiones vinculantes y se rige mediante el principio de igualdad. Los dos (derecho de sufragio y derecho de igualdad) —o como de manera más amplia pudiera formularse: democracia de partidos y Estado de derecho— son instituciones funcionales equivalentes y complementarias del sistema político, cuya diversidad está caracterizada por la doble diversidad de límites del sistema político.

Esta doble posición del principio de igualdad en los dos límites del sistema político puede todavía aclararse de mejor manera cuando las respectivas diferenciaciones internas de este sistema se conservan ante la vista como política y administración. La igualdad del derecho de sufragio nunca puede significar igualdad efectiva de influencia del elector —aun cuando el juego político se racionalice como lucha por votos que cuentan por igual. El peso de la influencia se relega por el solo hecho de que en las situaciones de decisión política se debe contar —tanto en la elección como en la actividad política— con una gran masa de incertidumbre. Las repercusiones de las decisiones políticas sobre las próximas elecciones no pueden calcularse de manera exacta, y en ello reside la fuente de desigualdad de las influencias políticas. Se presta más oído a las voces más fuertes o a las organizadas, las verdaderas, las que presumiblemente tienen más influencia. Esta desigualdad, bajo la condición general de falta de información, es momento decisivo para llegar a simplificar

<sup>14</sup> Este susodicho modelo input/output adquiere fama en los últimos años gracias a la fusión de teoría de la comunicación (teoría de la información) y teoría de sistemas, fusión que está también en la base de esta investigación. Una breve caracterización la expuse en: *Zweck-Herrschaft- System: Grundbegriffe und Pramissen Max Webers, Der Staat 3* (1964), pp. 129-158 (149 en especial.). Allí se encuentran más referencias.

la formación del consenso político y del poder político —y esto justo cuando el mismo derecho de sufragio está institucionalizado y cuando los partidos políticos actúan de manera racional (y no ideológica) según las reglas del juego político, esto es, cuando lo que pretenden es ganar votos.<sup>15</sup> Dado que esta desigualdad de la influencia no puede justificarse, aunque es componente esencial de la lucha política, la desigualdad del tratamiento del ciudadano debe fundamentarse. En todo caso esto es fácil. El sistema político se dividirá en ‘política’ y ‘administración de Estado de derecho’ y el flujo de información en los límites entre política y administración se controlará jurídicamente, de tal forma que las desigualdades imposibles de fundamentar que surgen en el proceso de construcción de consenso político se volverán a filtrar.

El peligro que se evita con este desviar el procesamiento de la información y con este controlar el final mediante el principio de igualdad, está en el actuar propio del Estado, el cual en cada caso pretende de manera puramente racional alcanzar un fin, es decir, está en la problemática ligada a ello de la desdiferenciación. Si el Estado piensa que con sólo aplicar su poder político constituido se siguen resultados en la sociedad, entonces podría confundirse en sus efectos con la sociedad. Llegaría a la satisfacción de los deseos e intereses de los particulares, de los cuales no podría tomar distancia. Frente a esto se impone el deber de fundamentar cada tratamiento desigual y de tomar distancia, para ir al encuentro de un tipo especial de decisiones autónomas. Debe disciplinar su decidir inmediato de forma que pueda conservarse siendo coherente. Y en consecuencia, tomar distancia.

En esta función de separación no se trata en primer lugar de los contenidos de los principios, por los cuales las decisiones estatales se orientan. El principio de igualdad no se asegura por una moral determinada,<sup>16</sup> aunque sí por ciertas características formales que

<sup>15</sup> Aquí muy acertado Downs (cap. 7 nota 32), pp. 93ss.

<sup>16</sup> Esta neutralidad de contenido de la doctrina de la igualdad no debe llevar a la conclusión falsa de que el legislador pudiera no quedar vinculado al derecho fundamental de igualdad ante la ley. Así, por ejemplo, Wolfgang Zeidler, *Die Aktualität des Gleichheitssatzes nach dem BGG, Die öffentliche Verwaltung* 5 (1952), pp. 4-7, quien con razón no sigue la opinión dominante —aunque saca conclusiones erróneas. No es la premisa lo falso sino las

pueden caracterizarse con más detalle. Las razones del tratamiento de lo desigual deben ser *universales y específicas* y no, por el contrario, particulares y difusas.<sup>17</sup> Deben en todas las circunstancias encontrar aplicación y mostrar determinadas características abstractas (definidas independientemente de la circunstancia) —estas características específicas deben escogerse como base de la acción, sin que el que actúa se confunda al ver que otras particularidades de la acción

---

conclusiones. Aun cuando del legislador se exige únicamente fundamentar el tratamiento de las desigualdades mediante puntos de vista aceptados por el derecho a ello se añaden criterios universales y especiales, con lo cual se logra una buena cantidad de vinculación. Esto puede iluminarse haciendo un experimento mental: qué libertad tendría un legislador que sólo tuviera que justificar jurídicamente las consecuencias deseadas de sus decisiones. Aquí nos acercamos —sin dudar de la cualidad de la norma del Art. 3 GG— a la versión de Ipsen (cap. 8 nota 10) de que la doctrina de la igualdad obtiene su justiciabilidad sólo en el efecto producido juntamente con otras normas de la Constitución, a saber, aquellas ante las cuales las razones del tratamiento de la desigualdad se prueben de manera crítica. De la misma manera Ernst-Werner Fuß, *Gleichheitssatz und Richtermacht*, *Juristenzeitung* 14 (1959), pp. 329-339. La mayoría de las veces, en cambio, se recurre de manera nebulosa a lo que decidan los valores de la Constitución — así por ejemplo Hans Justus Rinck, *Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache*, *Juristenzeitung* 18 (1963), pp. 521-527, y la decisión del Supremo Tribunal Constitucional del 17.1.1957, BVerfGE 6, pp. 55ss. (71).

<sup>17</sup> Estos conceptos están tomados de la teoría de de las direcciones de orientación (*Pattern variables*) de la acción. Compárese Talcott Parsons, *The Social System*, Glencoe 111. 1951, pp. 58ss.; Parsons/Shils (cap. 2 nota 15), sobre todo pp. 76ss.; Parsons/Bales/Shils (cap. 2 nota 15); y como la última y más madura presentación: Talcott Parsons, *Pattern Variables Revisited*, *American Sociological Review* 25 (1960), pp. 467-483. Véase también el informe (en parte superado) de Burkhardt Holzner, *Amerikanische und deutsche Psychologie: Eine vergleichende Darstellung*, Würzburg 1958, pp. 298ss. Más allá, como aplicación crítica, Peter M. Blau, *Operationalizing a Conceptual Scheme: The Universalism- Particularism Pattern Variable*, *American Sociological Review* 27 (1962), pp. 41-55. Como ejemplo de aplicación a la teoría política, Sutton (intr. nota 10) y Riggs (cap. 1 nota 8 — 1957 —. Para el desarrollo del derecho, Parsons (cap. 1 nota 16), pp. 143s., y Eisenstadt (intr. Nota 10), pp. 98s. Para el desarrollo de la economía Bert F. Hoselitz, *Sociological Aspects of Economic Growth*, Glencoe 111. 1960, pp. 23ss. Además el análisis del concepto de autoridad de Heinz Hartmann, *Funktionale Autorität: Systematische Abhandlung zu einem soziologischen Begriff*, Stuttgart 1964, pp. 63ss. En lo esencial la teoría dice que cada acción humana se deja encuadrar en cuatro (y solo cuatro) dimensiones, las cuales quedan señaladas en cuatro pares de oposiciones especificidad/difusividad, neutralidad/afectividad, universalismo/particularismo, cualidad/rendimiento. Aunque para el problema aquí tratado de la igualdad la primera y la tercera sean las más importantes, puede establecerse con las demás una conexión. Seguro es que, por ejemplo, el tratamiento de la desigualdad quede típicamente determinado de manera afectivamente neutral y no emotiva, y posiblemente también más por el rendimiento que por la cualidad del objeto —así el famoso ejemplo de Aristóteles en el libro de la Política III cap. 12 sobre el flautista.

concreta cambian de muchas maneras.<sup>18</sup> Esto significa, por sobre todo, que las razones del tratamiento de la desigualdad no deben ser especialmente cercanas entre el que actúa y el destinatario de la aplicación. No debe tratarse de la acción por un familiar —por un amigo o enemigo, por una hermandad, por uno que pertenece (o rivaliza) en un estamento, sino, por ejemplo, por alguien que posee licencia de manejo o por personas que se sospecha tienen una enfermedad determinada.<sup>19</sup> La perspectiva de orientación de la discriminación no debe obtenerse a partir de quien decide, de sus sentimientos, de sus preferencias, de sus filias o correspondientemente de sus fobias, porque esto llevaría a una orientación difusa y particular. Debe sacar sus razones de la situación objetiva, que se juzgará según estándares impersonales y abstractos. El que decide no sólo debe tratar al otro como ‘igual a sí’, sino debe en su decisión presuponerse como intercambiable. Esto es lo que está en juego —y no algo así como la insignificancia de todas las características prescritas por el art. 3 par. 3 GG cuando formula: “Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico”.

Este juicio encuentra su confirmación cuando se considera que la forma del programa de las decisiones jurídicas no se proyecta bajo la forma de fines sino bajo la forma condicional.<sup>20</sup> Cuando ciertas características de facto se cumplen, *entonces* debe decidirse

<sup>18</sup> Esta caracterización del enfoque tiene por lo demás un significado decisivo para los órdenes sociales diferenciados. No se reduce a la aplicación expresa de la teoría de la igualdad, sino articula una de las diferencias más decisivas respecto a los órdenes sociales no-diferenciados. Así sobre todo lo expresa Riggs (cap. 1 nota 8 — 1957 —), pp. 61ss.

<sup>19</sup> En su última versión ve Parsons la orientación-específica (cap. 8 nota 17 — 1960 —), p. 471, como primariamente determinada desde fuera y la orientación difusa, por el contrario, primariamente desde dentro. En esta dirección va también el posterior desarrollo hecho por Blau sobre la distinción universalista/particularista (cap. 8 nota 17) y (cap. 5 nota 10), esp. pp. 265ss.: elecciones juzgadas universalistamente son aquellas que, independientemente de los propios atributos, los electores conceden primacía a los atributos de quienes son elegidos, por el contrario, particularistas son aquellas en las cuales los electores se orientan por el hecho de que el elegido tiene los mismos atributos que ellos.

<sup>20</sup> He intentado mostrar a partir de la teoría de sistemas que sólo hay estas dos formas de programación: Luhmann (cap. 7 nota 38), pp. 6ss. 21.

en forma ya predeterminada.<sup>21</sup> En eso se expresa la misma generalización que soporta al principio de igualdad, y esta convergencia muestra que el principio de igualdad es de facto la quintaesencia del derecho positivo. La condicionalización mantiene abierto al programa a una cantidad indeterminada de aplicaciones. La forma cuando/entonces lo que significa es: cada vez que cuando/entonces. Mediante esta programación la decisión se hace dependiente de condiciones universales y específicas, cuyos efectos desiguales deben justificarse a partir del principio de igualdad.

Con esto se hace más visible la función del principio de igualdad como principio estructural de las decisiones estatales. Impide, en la medida en que se vuelve efectivo, que se formen entramados personales en el límite entre burocracia estatal y público.<sup>22</sup> Determina al que decide, sobre todo a aquel que traza el programa de decisiones, a preservar la consistencia del tratamiento desigual de sus decisiones ante otras decisiones y a considerar la motivación estructural de su persona en este rol como intercambiable.<sup>23</sup> Apoya la separación de roles que se hace necesaria y la relación de relativa invariancia entre burocracia estatal y las distintas esferas societales. Con esto el principio de igualdad —como otros derechos fundamentales— pertenece al contexto general del problema de la diferenciación social a través de formar en la sociedad un subsistema especificado funcionalmente, relativamente autónomo.

La exigencia de especificar las razones universalmente aplicables del tratamiento de la desigualdad tiene primariamente el sentido de estabilizar en su límite la separación de roles entre burocracia estatal y público. Mediante la forma en que esto sucede al

<sup>21</sup> Sobre la retroalimentación de este pensamiento a la decisión jurídica véase también Alf Ross, *On Law and Justice*, Londres 1958, insb. p. 170, y Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín-Göttingen-Heidelberg 1960, pp. 160, 195ss.

<sup>22</sup> Al contrario, lo fuerte de estas relaciones —como se ha mostrado en los países en desarrollo— hace difícil la orientación del derecho por la igualdad. Esto se ha subrayado con frecuencia: compárese, por ejemplo, Edward Shils, *Political Development in the New States*, La Haya 1963, p. 13.

<sup>23</sup> Esto significa que deben establecerse otras bases de motivación, las cuales se encuentran en las condiciones generales y ventajas de la membrecía en el sistema de trabajo. Para el significado del grupo de colegas con el fin de cuidar las espaldas compárese Peter M. Blau, *The Dynamics of Bureaucracy*, 2ª. ed. Chicago 1963, pp. 85ss., 106ss.

mismo tiempo se protege, en otro sentido, la separación de roles en la sociedad, es decir, la diferenciación social. La exigencia de ofrecer razones específicas quiere decir simultáneamente que las decisiones estatales deben tomar en consideración la diferenciación de roles. No está en principio permitido que se discrimine o se demerite a alguien en el contexto de *un* rol porque se aprovecha de *otro* rol —a no ser que haya razones específicas para hacerlo. Un empresario no debe obtener subvenciones a favor simple y sencillamente por ser de una determinada confesión; un estudiante no debe ser promovido sólo porque sus padres pertenecen a una clase honorable —aunque una multa puede ser más elevada cuando el conductor del auto es rico, porque la sensibilidad del arrepentimiento depende de la situación patrimonial. Toda orientación hecha a partir de combinar roles que no aclaran por no ser estructuralmente relevantes, sino que vienen a ser fortuitos en la combinación de roles de la persona, lesiona el principio de igualdad.

Lo que con esto normalmente se logra es neutralizar frente al Estado las pretensiones sociales fundadas en el rango o en el prestigio —cosa que es imprescindible en un orden social diferenciado.<sup>24</sup> La sociedad no puede aprehenderse como pirámide indisoluble de posiciones sociales, en la cual cada uno tiene su lugar fijo. La sociedad reconoce más bien en lo esencial principios de estatus movibles, como la posesión de dinero o la membrecía o la posición en las organizaciones, que en la lucha competitiva pueden perderse y que sólo poseen validez y peso en situaciones específicas. Por eso el esquema de rango de las relaciones exteriores del sistema político es imprevisible e inconsistente en todos sus límites. La igualdad del derecho de sufragio, la igualdad ante la ley o la simple máxima (de la administración pública) de atender las peticiones conforme vayan llegando, son, en esta situación, principios estructurales necesarios de indiferencia frente al rango, los cuales a su vez expresan la distancia y la autonomía de la actividad decisoria del Estado frente a las valoraciones sociales.<sup>25</sup> Fácticamente con esto no se excluye

<sup>24</sup> En parte indispensable técnicamente. La policía no puede, por ejemplo, ordenar el tráfico de hoy día dándole preferencia a los de alto rango.

<sup>25</sup> Esta distancia se logra frente a los propios miembros —es decir, en los límites del perso-

que pueda hacerse presión a partir de posiciones sociales externas (membrecía y rango en organizaciones como las de un partido o un sindicato) sobre la administración pública. Pero el que esto suceda no es algo natural y legítimo, sino requiere de una decisión —la cual, la mayoría de las veces, se experimentará como problemática y deberá justificarse con otro tipo de consideraciones.

El mandato de tratamiento igual está cortado a la medida de un orden social en el que la combinación de roles de una persona (sobre todo aquellos que se deben al rango) ya no poseen típicamente ninguna legitimidad. Ya no pueden institucionalizarse porque los roles, debido a la diferenciación desarrollada y a la especialización, sólo pueden conformarse a partir de asociarse con compañeros elegidos de manera objetiva.<sup>26</sup> Bajo este punto de vista, el sentido de este principio de igualdad puede formularse: el ser humano como individuo debe quedar presupuesto como aquel que es capaz de sobrellevar diferentes roles ocasionales, cuyo contexto social se hace relevante sólo de manera excepcional, y en esta capacidad de sobrellevar distintos roles los seres humanos son en principio iguales. También en ello se refleja la estructura general de la diferenciación social, a la que el principio de igualdad está supeditado.

Este resultado disiente de manera asombrosa del *pathos* antiguo sobre la justicia, al cual todavía, a pesar de todas las relativizaciones exigidas, el concepto de igualdad está supeditado y en el que el concepto de valor encuentra débil eco. En la representación de la justicia de los antiguos los trazos esenciales de los seres humanos estaban reunidos de tal manera, que nosotros hoy día ya no los podríamos contemplar como unidad. En un orden social plenamente diferenciado las exigencias de un actuar correcto se han vuelto enormemente complicadas y ricas en contradicciones. Nadie puede tener una mirada abarcadora sobre ello. Ya no podemos confiarnos puntualmente (por decirlo así) a la alta idea reconocible del actuar

---

nal' de la administración— por el hecho de que el status se formaliza en la organización, por tanto que sólo puede conseguirse mediante decisiones expresas —y allí no es viable que pudiera tratarse de pretensiones de rango externamente fundamentadas: por ejemplo, alcurnia, club de pertenencia, dinero, relaciones. Véase con más detalle Luhmann (cap. 1 nota 11), pp. 156ss.

<sup>26</sup> Véase para esto de manera muy fundamentada Nadel (cap. 4 nota 36), pp. 68s.

bueno, a la virtud del soberano justo o a la sabiduría autoevidente de la decisión. Nuestra existencia depende de la información que procesan los grandes sistemas funcionalmente diferenciados. Lo que ellos sostienen trascendiendo toda facticidad óptica es lo que nosotros logramos. En ellos y a través de ellos nos referimos nosotros al mundo. Las afirmaciones sobre lo que para nosotros como seres humanos es importante y sobre lo que hacemos —se trate incluso de derechos fundamentales— deben hacer referencia a esa realidad, si no entonces no nos volvemos creíbles. Ofendemos la grandeza de lo que alguna vez y originalmente se pensó como justicia, cuando utilizamos un *pathos* de valor estereotipado como referencia de todo pensamiento justificativo. La justicia nunca fue un ‘valor’. Estuvo pensada más bien como medida del juicio frente a las pretensiones excesivas de todos los valores. En caso de que en nuestro tiempo se permitiera pensar lo justo en forma originaria, este pensamiento no estaría dirigido a la medida de lo igual, sino a la técnica de los sistemas.

En consecuencia la seguridad de expectativa y comportamiento que el derecho quiere garantizar no puede fluir de la inviolabilidad de determinados derechos particulares ni de la inmunidad sobre su propio ámbito de disposición. Las condiciones sociales bajo las cuales pueden construirse expectativas de conducta confiables y planearse acciones, han crecido con fuerza. Se han vuelto demasiado importantes, demasiado complejas. En su problemática se han vuelto ampliamente conscientes y por eso se han transformado en tareas. La total tradición ético jurídica —que estuvo dirigida a lo correcto de la acción particular y que lo buscó en sus fines, en sus principios o modernamente en sus valores— está en cambio radical. Aquello que el derecho busca ser ya no puede hoy alcanzarse a través de la constancia de sus afirmaciones, sino a través del orden racional de los sistemas. Así, el ser humano en los límites de su propio alojamiento jurídico ya no encuentra seguridad en el brazo fuerte de Estado, sino en la capacidad funcional de sistema social, del cual forma parte: asegurar su estructura es tarea del derecho y su orden es lo justo.

Esta reestructuración de nuestro orden social en el plano de las normas y valores jurídicos se considerará consecuencia de la

incrementada diferenciación de los roles y de los sistemas. El avance progresivo de la diferenciación disuelve el antiguo y homogéneo complejo de orientaciones de la acción y obliga a un nuevo dirigirse hacia puntos de referencia más abstractos de los sistemas globales, que solos pueden integrar y legitimar funciones muy específicas.

Precisamente el derecho parece estar llamado en forma especial para esta tarea porque, por un lado, puede volverse abstracto y, por otro, puede —mediante la centralización de sus decisiones— volverse positivo, de tal forma que logra dirigirse al completo orden social diferenciado como referencia sistémica de su función. Por eso el derecho se rehará de su antigua base (correcta, tradicional, firme) de formas de acción y convicciones a una forma de orientación conceptualmente abstracta, especificable en modo arbitrario y, al mismo tiempo, universalista —aunque incapaz de ser motivada directamente.<sup>27</sup> Junto a esto se desarrollan nuevos institutos jurídicos con funciones específicas para resolver problemas surgidos de la diferenciación social. Los derechos fundamentales —tanto por su forma universal y funcionalmente específica como también por su función especial— pertenecen a este contexto de problemas de la diferenciación social.

Si uno se coloca en esta forma de consideración, el problema de la positividad de los derechos fundamentales (el cual debimos arriba dejar abierto en desarrollos conceptuales insuficientes)<sup>28</sup> aparece en otra dimensión. El derecho positivo ya no puede aprehenderse de manera adecuada como el nivel más bajo y residual de la jerarquía de las fuentes del derecho. Más bien se trata de un orden normativo elegido socialmente para una función específica, cuya autonomía relativa se soporta por la estructura diferenciada del orden social. Derecho positivo es: que las expectativas sociales deben primero pasar por el filtro de una decisión estatal explícita antes de convertirse en ‘derecho’, y que las normas pasadas por este filtro se diferencien de otras normas. El problema de la positividad

<sup>27</sup> Un ejemplo claro de que el derecho allí donde necesita regular técnicamente sobrepasa los límites de la motivación humana, lo ofrece el derecho actual de regulación del tráfico en las calles. No debe ser difícil encontrar más ejemplos.

<sup>28</sup> Compárese. pp. 40s.

no es el del lugar tan alto que guarda la medida de los valores, sino el de las condiciones y límites de la variabilidad independiente de un subsistema de la comunicación social.

El derecho positivo puede cambiar mediante decisiones vinculantes del sistema político —y al parecer puede cambiar indefinidamente. Ni los artículos de la Constitución ni la invocación a los valores puede trocar esta posibilidad de cambio en imposibilidad. Esta problemática culmina en los derechos fundamentales: se atreven a practicar el empeño paradójico de limitar al sistema político mediante su propia puesta de derecho.

El hecho de que los derechos fundamentales estén orientados *contra el Estado*, ha orillado a la opinión dominante a pensar que no pueden quedar *protegidos por el Estado*.<sup>29</sup> Esta conclusión es, sin embargo, falsa, no sólo desde el punto de vista lógico, sino porque presupone una idea impropia de unidad y de separación. Desconoce de doble manera el fenómeno de la diferenciación. No ve que en un orden social diferenciado el Estado debe por propio interés estabilizar sus límites, porque de otra manera no podría racionalizarse como sistema —en el caso de los derechos fundamentales no se trata de derechos privados sobre una salchicha, que uno simplemente pudiera tener o no tener, sino de que el Estado sólo puede salir ganando en la renuncia y en la indiferencia realmente aplicadas.<sup>30</sup> La otra es que se desconoce la posibilidad de diferenciación interna del Estado.<sup>31</sup> La base histórica de esto está en que los

<sup>29</sup> Véase, como ejemplo entre otros muchos, Georg Brunner, *Die Grundrechte im Sowjetsystem*, Köln 1963, p. 106.

<sup>30</sup> Finalmente la argumentación usual se basa en el razonamiento anteriormente tratado (p. 42) de la premisa constante del poder, con lo cual el poder se sustancializa como una especie de cantidad de bienes escasos —no puede imaginarse que el Estado organice derechos dirigidos contra él mismo y que degraden un poco su poder.

<sup>31</sup> Aunque la versión dominante subraya fuertemente el principio de división de poderes, olvida que fue inventada para disolver el derecho natural. Precisamente porque las vinculaciones del derecho natural no confiaban en la violencia de Estado, en el siglo XVIII se buscó equivalentes para asegurarse frente al abuso del poder y se dio allí con la diferenciación interna del sistema político. Ahora se quiere tener a ambas sin detenerse demasiado a pensar si medios equivalentes funcionales se dejan combinar. El antiguo derecho natural fue parte de una concepción del mundo jerárquica y correspondientemente suponía un orden jerárquico del sistema político, cuya cima era él. La separación del poder es todo lo contrario al orden jerárquico. No organiza un flujo vertical sino uno horizontal de procesos de decisión (planeación, dirección,

roles del fallo judicial se han en cierta forma separado de la corriente principal del acontecimiento político —separación que, como en el derecho romano o en el *common law*, no se entiende de por sí, sino que debe mantenerse con seguridades políticas conscientes y más o menos artificiales. En los países en desarrollo en donde estas bases históricas no se han dado —sobre todo en la Unión Soviética— esta separación es difícil de institucionalizar. Hace falta allí quizás la confianza en la posibilidad de que precisamente el derecho se convierta en el soporte estructural del orden social diferenciado: se le tiene como un medio más, entre otros, del sistema político. Debemos también interponer la pregunta de si ciertas garantías de independencia de la justicia pueden ser a la larga suficientes para asegurar en un lugar central, con ayuda del derecho positivo, la estructura diferenciada del orden social contra tendencias de desbordamiento político sobre todas las esferas de comunicación.

La respuesta a esta pregunta depende de lo fuerte que sean las tendencias. Así que sólo puede contestarse de manera empírica. Debemos reducirnos a unas cuantas indicaciones encaminadas, en conexión con nuestra investigación actual, a aclarar primero la posición de la pregunta.

Con la estructura diferenciada del orden social el contexto de los derechos fundamentales tiene dos aristas: los derechos fundamentales no sólo mantienen —como hasta ahora se ha subrayado— la separación entre las esferas comunicativas de la sociedad, sino ellos mismos mediante esta diferenciación se preservan. Los órdenes sociales diferenciados —igual que los no-diferenciados— se institucionalizan auto-soportando el todo y cada una de las esferas. Producen motivos de expectativas de comportamiento adecuados a la prosecución del orden de la vida en común, y allí donde la acción

---

control) entre los tres poderes autónomos. Este orden no puede darse el lujo, sin que pierda su equilibrio, de dejarle al juez el derecho natural necesariamente indeterminado, ya que la indeterminación de los fundamentos de la decisión debe de absorberse al principio y no al final del proceso de decisión. En el orden estatal con división de poderes el antiguo derecho natural es operante sólo en caricatura. En el fondo se trata de una inmanente autocrítica en el derecho positivo.

\* “No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”.

amenaza con irse por carriles estructuralmente ilícitos acumulan dificultades al comportamiento, obstáculos a la realización y amenazas de atenerse a las consecuencias. El Estado no puede producir la generalización de las formas institucionalizadas de la esfera de la personalidad, de la cultura, de la economía, y tampoco puede suplirlas con genuinos programas políticos. Debe respetarlas, si no el orden social (incluyéndose a sí mismo) puede llevar a un nivel más bajo de desarrollo. Detrás del art. 79 par. 3 GG\* —que puede prohibir el cambio de otros artículos de la Constitución, pero no el cambio del art. 79 par. 3 GG—<sup>32</sup> no se encuentra sanción jurídica alguna, sino el peligro de regresión social que, una vez visualizado, no puede seriamente desearse.

En el orden social actual esta situación se refleja: aunque invasiones políticas a la esfera de la intimidad —a los símbolos que soportan la expectativa del comportamiento civilizado o a la base de confianza de la economía— no quedan descartadas, sí se han vuelto políticamente más difíciles. Esta dificultad se ha institucionalizado en el sistema político mismo como límite de comportamiento, sin recurrir a tablas de valores sino, con igual efectividad, a la estructuración de las posibilidades políticas. En el camino hacia el poder no es necesario —incluso es poco inteligente— acometer todo problema de límite o ponerlo a discusión.

Contextos de orden externos al derecho limitan la posibilidad de que el sistema político sea quien produzca el derecho —y esto en verdad no mediante normas de prohibición, sino por el mismo hecho de que la expansión de la esfera política irrumpiría fuertemente en las instituciones que funcionan, sustituyendo así su prestación —una acción así traería consecuencias problemáticas tan pronto como se viera que la acción ya no aparece siendo algo racional.<sup>33</sup> La

<sup>32</sup> Véase también el Art. 146 GG, que deja claro que en el Art. 79 par. 3 GG se trata de una eternidad provisoria: “La presente Ley Fundamental que, después de haberse consumado la unidad y la libertad de Alemania, es válida para todo el pueblo alemán, perderá su vigencia el día en que entre en vigor una Constitución que hubiere sido adoptada en libre decisión por todo el pueblo alemán”.

<sup>33</sup> Debe señalarse de nuevo —con el peligro de repetir— que este establecimiento de la positividad del derecho no es establecimiento de la validez del derecho y no promete ningún resguardo absoluto. Ninguna institución puede liberar a la larga al ser humano de la total responsabilidad de la acción. Las prohibiciones — a causa de una institucionalización débil

diferenciación social no sólo se apoya en la pilastra espigada de los derechos fundamentales. Esto descarga a la positividad del derecho y, con ello también, a los derechos fundamentales de la presión social —la cual sería pensable a partir de la pura consideración abstracta de sus principios. La positividad del derecho presenta —como institución— una relación balanceada junto a otras instituciones del orden social, todavía con más exactitud: consolida la diferenciación social. El derecho positivo es tan sólo una especie de reforzador de la seguridad. La seguridad que asegura depende de la seguridad de las instituciones que él debe asegurar y, finalmente, de la capacidad funcional del orden total. En esta forma nos encontramos de nuevo la paradoja de la positividad de los derechos fundamentales. En esta versión el plano de contradicción lógica se pasa a la realidad y ya puede definirse empíricamente. Mientras permanezcamos en la idea de que la diferenciación del orden social se asegura mediante los derechos fundamentales —y entretanto no hay otra posibilidad visible y ni qué decir que se haya intentado— nos ocupará (y esperamos que en alta medida también a la investigación social) una u otra versión del problema de la positividad del derecho de la acción política.

---

o a condiciones de racionalidad carentes de previsión— pueden ser inefectivas. Al juntarse estas dos flaquezas hicieron que el sistema de Weimar se resquebrajara.

El último capítulo debe dedicarse al problema del horizonte de conciencia del pensamiento sobre los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, a contestar la pregunta inicial por la relación entre dogmática constitucional y sociología política.

Las investigaciones previas abandonaron en algunos lugares el círculo de representación que la dogmática de los derechos fundamentales considera relevante y de donde desprende su orientación. La discusión tuvo que ampliarse para mostrar las condiciones estructurales del orden societal que para la institución de los derechos fundamentales son decisivas. Los derechos fundamentales fueron hasta aquí un tema que en todo momento hizo explotar el marco de decisiones preliminares de un simple tratamiento jurídico y aun constitucional. Quien trata derechos fundamentales no puede restringirse sólo a derechos fundamentales. La gama en la que la sociología obtiene representaciones no-jurídicas e incluso hechos y que necesariamente nos desvió por muchos lados del tema principal, debió ser algo verdaderamente extraño para la dogmática jurídica. ¿No es esto una carga inútil, una exigencia desmesurada que puede evitarse o, todavía peor, una peligrosa inseguridad de los fundamentos decisionales de la interpretación jurídica constitucional, de la cual depende en gran medida la efectividad política de la Constitución?

Causa directa de esta ampliación de horizonte es el interés sociológico por las funciones y los nexos estructurales latentes —cosa muy esencial y quizás la característica más concluyente de la sociología como ciencia.<sup>1</sup> Desde sus inicios la sociología se esforzó por liberarse de los registros de realidad fundados en perspectivas teleológicas, valorativas o normativas.<sup>2</sup> No se libera de los valores —como trató de expresar la desafortunada fórmula de ‘neutralidad valórica’—<sup>3</sup> sino de la estrechez de horizonte de la acción con las orientaciones que la acompañan y con su lógica de justificación tan singular. La sociología esencialmente se diferencia sobre todo de la

<sup>1</sup> Compárese F. A. von Hayek, *Scientism and the Study of Society I*, *Economica* 9 (1942), pp. 267-291 (276ss.); Alvin W. Gouldner, *Theoretical Requirements of the Applied Social Sciences*, *American Sociological Review* 22 (1957), pp. 92 hasta 102; Robert K. Merton, *Social Theory and Social Structure*, 2ª ed. Glencoe 111. 1957, especialmente. pp. 60ss.; Levy (cap. 9 Anm. 5), pp. 83ss., y para el surgimiento de este concepto de las relaciones latentes a partir del círculo de problemas de las consecuencias no deseadas de la acción, Robert K. Merton, *The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action*, *American Sociological Review* 1 (1936), pp. 894-904. El problema de la eficacia inconsciente es naturalmente anterior al tratamiento sociológico. Ha encontrado expresión de diversas maneras: inescrutabilidad de los designios de Dios, astucia de la razón, fuerza callada de la historia, soporte del bienestar mediante el egoísmo sometido al mercado o exigencia selectiva en la lucha por la existencia. La formulación del problema por parte de la sociología funcional tiene, frente a estas expresiones, la ventaja importante de poder unir al entendimiento de la latencia de la función la pregunta por la función de la latencia y, con ello, buscar equivalentes funcionales para la ignorancia. Compárese para esto Wilbert E. Moore/ Melvin M. Tumin, *Some Social Functions of Ignorance*, *American Sociological Review* 14 (1949), pp. 787-795, und Louis Schneider, *The Role of the Category of Ignorance in Sociological Theory: An Exploratory Statement*, *American Sociological Review* 67 (1962), pp. 492-508.

<sup>2</sup> Compárese con algunas observaciones de Helmut Schelsky (cap. 3 nota 16), pp. 13ss., ídem., *Ortsbestimmung der deutschen Soziologie*, Düsseldorf — Köln 1959, p. 122; además la caracterización muy aguda de este enfoque de investigación como “refusal to take purposes at their face value” de Kingsley Davis, *The Myth of Functional Analysis as a Special Method in Sociology and Anthropology*, *American Sociological Review* 24 (1959), pp. 757-772 (765).

<sup>3</sup> En el fondo esta fórmula—como su distinción precedente ser/valor (verdadero o simplemente válido)— es un correlato del pensamiento de la diferenciación social. Dado que la diferenciación hace saltar en pedazos el actuar, con ello queda eliminado el consenso general de los componentes decisivos de la acción: se les tomará como simplemente válidos y no como capaces de ser verdaderos. En el singular rigor de la exigencia metódica de la prueba de la verdad —que con la modernidad se impone — se refleja el problema del consenso, pero también el de la reducida necesidad de consenso de la sociedad diferenciada. Que en primer lugar con este cambio se benefician sobre todo las ciencias de la naturaleza, no significa, al parecer, que vaya a ser una distorsión duradera para las posibilidades de investigación.

ética tradicional vinculada a las emancipadas ciencias de la acción, que trataron de racionalizar la perspectiva de la acción en cuanto tal: la antigua ciencia política, la economía nacional, la ciencia de la empresa, la ciencia jurídica. Todas estas ciencias pretenden indicar al que actúa su actuar correcto. La sociología se establece en este campo previamente compartido, pero con una perspectiva inusitada. Le propone al que actúa una medida incongruente y con ello logra una racionalidad hasta ahora no percibida: una racionalidad no atada a la finalidad del actuar, sino la que resulta de comparar abstractamente otras posibilidades de acción.

De aquí se explican los movimientos exitosos de la teoría de sistemas y del método funcional en la sociología —le ofrecen bases teóricas y una técnica de comparación. Mientras que —en el transcurso de los nuevos desarrollos científicos— las ciencias descargadas de la ética tratan de garantizar la acción concreta mediante la selección de un punto de vista, es decir un valor, y por eso conocen la comparación en el marco de fines ligados a la ponderación económica, la sociología se dirige a ampliar el horizonte de la acción. Confronta —bajo el punto de vista de la conservación del sistema, el cual no necesita el valor del que actúa para ser— toda acción con otras posibilidades.

Una ampliación de este horizonte de tan alto propósito exige, en contrapartida, una decisión racional que sirva para reducir alternativas y posibilite el mejor manejo posible de los hechos desconocidos, de las expectativas sociales de comportamiento y de los riesgos de la decisión. Las antiguas ciencias de la acción se verán con esto empujadas al rol complementario de las ciencias de la decisión. En la economía nacional es donde más se ha desplegado este impulso.<sup>4</sup> Le sigue la ciencia política (piénsese en la alianza con la teoría de los juegos), y tendencias parecidas se observan también

<sup>4</sup> Compárense aquí los ya citados estudios de Albert (intr. nota 2 y cap. 6 nota 2) en los que los duros ‘juegos de palabras’ científicos de la economía nacional se reducen a la lógica de la decisión y a la sociología del mercado. Allí se encuentra un paralelismo interesante con la aquí expuesta complementariedad entre dogmática jurídica y sociología política —delimitada ciertamente por la circunstancia de que la sociología de Albert se entiende todavía como rigurosamente causal-científica (y según los criterios de Popper como teoría causal no fácilmente falsable) y no funcionalista.

en la nueva discusión sobre el método en las ciencias jurídicas.<sup>5</sup> La combinación entre sociología y técnica de decisión —como división del trabajo del proceso investigativo— garantiza la racionalidad no en la acción particular buena (por estar orientada a valores), sino en la forma de sistemas de acción, en donde las acciones particulares y sus conceptos de orientación (hechos, valores, fines o normas) adquieren funciones específicas. En el marco de una teoría así —enlazada a problemas sistémicos— podrían investigarse, con el esmero solicitado, el sentido posible y las condiciones de aplicación de los valores como componentes de la decisión. Y no tardará allí en anularse rápidamente la imagen simple de que la aplicación de los valores es sobre todo cosa de buena voluntad.<sup>6</sup> La dogmática jurídica tendría según esto que ver —al igual que la ciencia pura de la economía o la teoría de la estrategia política— con modelos de cálculo de la decisión, cuyos puntos de vista y datos problemáticos se relacionan con la sociología. Mientras que la sociología se ocupa, entre otras cosas, de las condiciones de la estructura social, entre las cuales los

<sup>5</sup> Allí es menos de esperarse —como sucede en América— la transferencia demasiado drástica de las teorías behavioristas de la decisión a la sala del tribunal, sino más bien a las relaciones entre dogmática jurídica y decisión de problemas jurídicos —cuya investigación promete ser muy estimulante en la doctrina del método del derecho civil. Compárese Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 2ª ed. München 1963, y Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1956. Sobre todo Esser lleva la dogmática de los problemas jurídicos a una sorprendente situación paralela a la del funcionalismo sociológico sobre los problemas.

<sup>6</sup> Compárese para esto p.ej., David Braybrooke/Charles E. Lindblom, *A Strategy of Decision: Policy Evaluation as a Social Process*, Nueva York — Londres 1963, donde el tipo de argumentación (ingenua y deductiva) sobre el valor —que caracteriza también a nuestra interpretación de los derechos fundamentales— se muestra insuficiente desde las primeras páginas y antes de entrar propiamente en materia. El refinamiento intelectual que se necesita para el trato racional con los valores supera en mucho el arte de conceptuar de los métodos de interpretación jurídica. Se equivocan para su bien los juristas (como los políticos y los burócratas) cuando creen que se orientan por valores. Se orientan por programas de decisión en los que alguna vez llega a jugar un papel paralelo de determinación algún concepto de valor. El jurista nunca se encuentra en la difícil situación de emprender una acción en donde una constelación de valores —indeterminada, fluctuante, contradictoria, parcialmente consensuada y mucho mejor que las alternativas conocidas— decida. Los programas de decisión jurídica tienen la siguiente forma: cuando se lesiona el valor A (derecho fundamental A) entonces B (se anula el supremo dominio del Estado B). Allí no se encuentra ninguna decisión de aplicación del valor en el sentido de que haya que preferir una determinada acción en razón de un valor determinado y en desventaja de otro.

lenguajes especiales racionales pueden, en cada una de las esferas de comunicación, volverse realidad como un hacer-referido-a-roles.

Si este juicio —sin duda extrapolado en el sentido de tomar tendencias supuestas y por eso mismo no completamente libre de rasgos especulativos— sobre el actual desarrollo de la ciencia es correcto, entonces no se ve que haya una nivelación de la diferencia entre investigación sociológica e interpretación dogmática. Aun cuando el funcionalismo de los problemas y el método comparativo se empleen en los dos campos — si bien en la actualidad ése no es el caso— los cuadros conceptuales de referencia y la modalidad de los resultados pretendidos deben ser divergentes. Con otras palabras: no es de esperarse un derecho natural sociológico. Esto contradiría la valoración del derecho positivo que está en la base del presente trabajo: los órdenes sociales diferenciados no pueden convertir directamente opiniones en cuestiones de validez jurídica. Deben intercalar procesos de decisión que sirvan de filtro. Si se aceptara una fusión entonces se contradiría el propósito que soporta nuestra búsqueda: agudizar la conciencia sobre la diferenciación. El aparato conceptual de la investigación sociológica (orientado al descubrimiento y comparación de sistemas) se propone una tarea distinta al del aparato conceptual de la dogmática, el cual consiste en hacer más ligero y calculable tomar una decisión.

El que se rechace una armonía sin planos no quiere decir, sin embargo, que no deban existir contactos. Quien entre sociología y dogmática ve una tarea complementaria<sup>7</sup> debe exigir que esos contactos se den.<sup>8</sup> La especificación de la función científica y la singularidad del aparato conceptual son las que sobre todo

<sup>7</sup> Esta complementariedad no es naturalmente idéntica con la de las instituciones jurídicas y extra jurídicas que Dietrich Schindler —*Verfassungsrecht und soziale Struktur*, 3ª ed., Zürich 1950— ha tratado. Hay que guardarse de una confusión así, porque con ello la sociología quedaría confinada a las instituciones extra jurídicas y se cortaría la posibilidad de una sociología del derecho.

<sup>8</sup> A lo más esto sucede hoy día en el marco de los esfuerzos del derecho comparado. Véase principalmente Ulrich Drobnig, *Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie*, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 18 (1953), pp. 295-309. La delimitación de los contactos con la sociología del derecho es demasiado estrecha. Los problemas que el orden social presenta al derecho de ninguna manera se experimentan siempre como problemas de derecho.

—como en toda diferenciación— hacen posibles los contactos. Allí no necesariamente los puntos de vista sociológicos *eo ipso* tienen valor exegético, como tampoco al revés, las explicaciones puramente exegéticas, valor sociológico. Pero no habría que quedarse en esta afirmación negativa: deben crearse posibilidades de traducción de un mundo al otro, posibilidades de transformar el enfoque y el resultado del problema. Por eso al final urge la pregunta que de manera implícita ha acompañado estos razonamientos: ¿si en su forma actual la dogmática de los derechos fundamentales está preparada y equipada para entablar este intercambio de ideas?

Es evidente que este es un asunto de grados de información, de capacidad de representación mutua, de organización académica y de división de plazas de trabajo departamentales. Dejemos todo esto de lado y lo que queda por investigar es si la estructura básica conceptual y si la disposición general de la dogmática está abierta y garantiza esta capacidad de recepción.

La representación del mundo de la dogmática jurídica está determinada por la forma de un derecho. El derecho fundamental se le presenta al ciudadano como un derecho subjetivo dirigido contra el Estado —el cual queda comprometido.<sup>9</sup> Más allá de estos límites el Estado puede actuar libremente y el ciudadano debe aceptar las consecuencias. Con la decisión sobre el contenido de los derechos fundamentales y con la interpretación de su sentido sobreviene una decisión (actual o potencial) en conflicto entre Estado y ciudadano. Pero ¿es por eso condición decisiva que un tal conflicto —que ordena sobre ese gozne todo el mundo de representación de la dogmática y al cual dirige su interpretación— deba aprehenderse como mundo opuesto entre Estado y sociedad, entre intereses privados y públicos?

La forma de un derecho y la circunstancia de que el derecho desde siempre se ha orientado al conflicto —aunque también el que otras bases de representación hicieron falta— ocasionaron que los conceptos básicos y las representaciones rectoras de la dogmática se

<sup>9</sup>La pregunta por el susodicho tercer efecto de los derechos fundamentales la podemos dejar aquí de lado. Es en todo caso atípica —independientemente de la posición que en detalle se asuma ante ella.

polarizaran en el sentido de una contradicción total entre Estado y ciudadano. Lo que allí debe reflexionarse no es la afirmación de una oposición de intereses —lo cual no puede negarse. Debe también ponerse ante la vista el alto grado de congruencia de intereses, lo cual para la dogmática no resulta atractivo porque de allí no trasciende ningún problema que deba solucionarse. La dogmática puede admitir esta congruencia sin cambiar esencialmente su orientación. Aunque su registro de realidad está más bien puesto en la consideración de sólo dos esferas de intereses contrapuestas, en donde cada una sólo puede representarse por el demandante o por el demandado. De esta manera la situación del proceso se proyecta en el orden social, y con ello, los puntos de vista de la decisión se reflejan desde el orden social.

La consecuencia de esta construcción de frentes es, primero, una sobretensión del concepto-guía protector de la esfera del ciudadano, la abstracción sobredimensionada del concepto de libertad. Pierde así toda limitación interna, ya que debe aceptar y cubrir lo heterogéneo. Se la vacía convirtiéndola en simple hipótesis y podrá con buenas razones prescindirse de ella. El derecho de libertad cae en la cercanía insólita de los pensamientos igualitarios y casi pareciera que con esta nueva reconciliación entre libertad e igualdad el siglo XIX estuviera a las espaldas. Designan no otra cosa que dos aspectos ligeramente acentuados de la necesidad de fundamentación de la acción del Estado, con el acento puesto en la consistencia de las razones en el recuadro del orden jurídico vigente. Así, en la actualidad, junto a aplicaciones más precisas, en todas las reclamaciones constitucionales pueden reprocharse violaciones a los arts. 2 ap. 1 y 3 ap. 1 GG.\* Detrás de la fachada (que ha quedado igual) de las palabras de la ideología liberal se realiza un cambio funcional de los derechos fundamentales: pierden función objetiva y ganan función procesal. Ya no sirven de criterios de decisión, sino de puerta de ingreso a reclamaciones relativas a la Constitución: abren la entrada a que se comprueben las razones de las leyes en los tribunales

\* “Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral”; “Todas las personas son iguales ante la ley”.

constitucionales. Y con esto el derecho de libertad del ciudadano se corre al derecho de libertad del juez.

Naturalmente esta imagen es exagerada. No hace justicia a los esfuerzos del Tribunal Constitucional de la República y a la doctrina jurídica por dotar de puntos de referencia y de principios vinculantes a la argumentación. Se dice finalmente que este intento está construido sobre tierra movediza. Cuando la necesidad de decidir entre demandante y demandado se coloca tan abstractamente en las premisas de decisión, de allí como instrucción sólo pueden fatalmente deducirse tautologías veladas. Así cualquier decisión es posible —lo cual desde el punto de vista de encontrar una decisión puede contar como ventaja— y todas las fundamentaciones se escurren de las manos. La dificultad discutida anteriormente<sup>10</sup> de la determinación del límite del contenido esencial del artículo 19 ap. 2 GG ilustra este problema con una claridad que no deja mucho que desear.

Una realización de sentido más intensa de las premisas de decisión de los derechos fundamentales casi tampoco la alcanzan las ciencias filosóficas o la acepción histórico humanista con sus fórmulas agotadas, aunque sí las ciencias empíricas que caracterizan nuestro tiempo. Porque ¿de qué otra manera puede decidirse qué sentido proporcionado tienen dignidad y libertad bajo las condiciones generales del orden societal moderno? ¿Cómo puede decidirse si es adecuado medir la esencia de la propiedad con su actual valor monetario? ¿Cómo pueden motivarse las instancias de decisión estatales para que se interesen en observar los derechos fundamentales, si sólo los ven como límites jurídicos (puestos por fuera) de la acción, detrás de los cuales amenazan las sentencias del tribunal y no se hacen visibles como instituciones funcionales que sirven para conservar la diferenciación societal y para preservar también el sistema político?

En los capítulos anteriores intentamos —con disquisiciones iniciales— hacer ver esta conexión entre dogmática y ciencia empírica. No por casualidad ese intento obligó a diferenciar más fuertemente la referencia del problema de los derechos funda-

<sup>10</sup> Compárense pp. 59s.

mentales. Debimos dejar de lado la simple dicotomía de intereses contrapuestos, la cual lo único que hace es reflejar primordialmente el esquema de la queja, dado que con sus consejos de compartir los pesos obstaculiza el ingreso a la muy complicada realidad de nuestro orden societal. Si la dogmática jurídica aceptara este quiebre —aunque debe recordarse que las afirmaciones funcionales de la sociología no son por sí mismas dogmática jurídica— podría presumiblemente obtener grandes ganancias respecto a un entendimiento objetual y a fundamentaciones más sólidas.

Pero, por sobre todo, el análisis sociológico de la institución de los derechos fundamentales y su función podría posibilitar volver a plantearse de forma nueva el asunto de la *versión legislativa de los derechos fundamentales*.<sup>11</sup> Y en esto quizás esté su aportación más importante a la dogmática de los derechos fundamentales.

Con toda seguridad los derechos fundamentales no son simplemente logros de bienestar y, en su asignación más precaria, objeto de planeación legislativa. Ésa es más o menos la visión de los derechos fundamentales que tiene el Este. Se le reprocha a la dogmática jurídica del Oeste su formalidad, en el sentido de que el Estado no tiene capacidad de llevarlos a cabo. No es en este sentido en que se habla aquí de versión legislativa.

Por otra parte, es necesario realizar las fijaciones de los textos constitucionales y para eso se requieren decisiones políticas —a las que no debe escamotearse la responsabilidad política remitiéndolas a las salas de los tribunales. No se trata de una operación de conocimiento independiente de quién conoce, sino de la determinación de los límites del sistema político.

<sup>11</sup> En la nueva literatura jurídica constitucional esto lo hace también Häberle (intr. nota 14). Él subraya con todo derecho el carácter institucional de los derechos fundamentales y con eso se coloca en la situación de alejarse de la versión dominante de que la legislación pueda ser la salvedad para invadir los derechos fundamentales previamente constituidos, y la de exigir que se disponga de un modelo de legislación más amplio sobre los derechos fundamentales. Aunque su escrito no sabe cómo —ya que no ofrece ningún punto de referencia sobre el contenido de una tal legislación. El puro principio formal de considerar los bienes necesarios, al que Häberle se acoge, no da mucho de sí ni siquiera cuando se antepone como límite “inmanente” de los derechos fundamentales. Véase para esto arriba cap. 4 nota 18. La pregunta (no interpuesta ni respondida por Häberle) por el contenido de este modelo legislativo habrá de contestarla la sociología.

La actual interpretación constitucional considera los derechos fundamentales total o parcialmente<sup>12</sup> como derechos subjetivos, cuya conformación está en principio separada de las decisiones estatales y que, en calidad de derechos pre-estatales, requieren protección, pero no que se actúe. La simple legislación (que tendría que verse como enemigo potencial de los derechos fundamentales) puede sólo intervenir allí en la medida de una formulación propia de reserva. Esta intervención se entenderá como una especie de violación (conforme a derecho) del derecho. En esta protección contra las intervenciones legales (y no por ejemplo en la programación vinculante de las decisiones de actuación) se expresa la preeminencia jerárquica de la Constitución frente a la simple ley. La actualización de los derechos fundamentales se dejará a la conciencia del ciudadano (querellante en caso de necesidad) y se pondrá en manos del poder judicial responder a la formación del contenido de los derechos fundamentales.

Cuanto más profunda sea la mirada sobre este complicado entramado de funciones latentes y manifiestas de los derechos fundamentales, más se dudará si a la larga se pueda confiar en esta ruta de pensamiento y en sus muy limitadas posibilidades de actualización. Ciertamente nadie querrá abandonar la forma de pensamiento del derecho subjetivo y su asignada protección individual del derecho. Pero la decisión sobre lo que, como contenido de tales derechos, se habrá de limitar y proveer con sanciones estatales necesita orientación más amplia. Esta orientación puede encontrarse si se consideran los derechos fundamentales como institución decisiva del orden social.

De un análisis funcional no puede en general deducirse ninguna decisión que fuera única y correcta. Aunque ofrece sufi-

<sup>12</sup> La separación aguda entre derechos de libertad y garantías institucionales (y en esa medida necesitadas de ejecución) es una de las tesis más aceradas de Carl Schmitt; compárese (cap. 1 nota 1), pp. 170ss. Y derechos de libertad y garantías institucionales en: (intr. nota 14), pp. 140-171. Para su influencia posterior véase v.g., Ernst Forsthoff, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 12 (1955), pp. 8-36; reimpr. en: *idem.*, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart 1964, pp. 27-56; además la crítica no suficientemente penetrante de Gerd Roellecke, *Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit*, Heidelberg 1961, pp. 116ss.

cientes puntos de sujeción para decidir sobre soluciones (utilizables) a problemas. Cuando los problemas de referencia de cada uno de los derechos fundamentales se clarifican, las determinaciones de los derechos fundamentales pueden en la Constitución aprehenderse y llevarse como tareas con contornos delimitados. Y con eso se gana un criterio con el que puede leerse la necesidad de una ley o incluso de un cambio constitucional cuando cambian las relaciones. En tanto que la dogmática dominante del cambio constitucional sólo a regañadientes puede explicar esto como *facto histórico*, sin hacer el intento de racionalizarlo. Por eso requiere medidas externas a la Constitución.

La orientación de los derechos fundamentales hacia la función social debería hacer posible una legislación operante que asumiera la responsabilidad política y que fuera más consciente de los problemas y más atenta a los hechos que la decisión del juez, ligada al caso particular. Y esto en un horizonte de mayor amplitud para solucionar problemas sociales que causan desasosiego a los derechos fundamentales. Los típicos embudos que se forman en la doctrina dominante —por ejemplo la arriba discutida problemática de rango de la capacidad de función del dinero—<sup>13</sup> se dejan solucionar sólo de esta manera. El orden del carácter de la profesión puede quedar más abierto que como está en las aclaraciones de la legislación al artículo 12 GG. Lo mismo es válido para las numerosas leyes y ordenamientos que determinan con más cercanía el contenido y los límites de la propiedad en el sentido del art. 14 par. 1 proposición 1 de la GG. Allí debería aceptarse el aborrecimiento (desgraciadamente necesario) al derecho pleno. Se reconocería entonces con más claridad cuántas veces y con cuánta frecuencia en lugares escondidos se soluciona la realización del programa constitucional de la propiedad mediante la simple legislación. También las leyes sobre la prensa no sólo sirven para delimitar la libertad de prensa, sino también para establecer la libertad de prensa. Los ejemplos pueden multiplicarse. Aquí se trata tan sólo de reconocer el principio constitutivo. Los análisis sociológicos podrían ayudar a la dogmática jurídica a liberarse de su matrimonio con el pensamiento

<sup>13</sup> Compárese arriba pp. 119s.

interviniente y delimitador, podrían ayudar a reconocer la complejidad y la multiplicidad de aspectos de los derechos fundamentales y, en conexión con ello, a depositar en la legislación la parte de la carga de explicación y detalle por parte de los tribunales. Con esto queda esbozado el camino para mejorar la seguridad de la decisión en la ejecución de los derechos fundamentales.

La posibilidad de resolver controversias jurídicas no se agrava necesariamente con la pre-orientación sociológica de la dogmática. La ampliación del horizonte de conciencia no vuelve forzosamente más insegura la decisión cuando está trazado el linde de transformación de las representaciones y los argumentos y con ello establecido el resguardo de creer que a las opiniones sociológicas en cuanto tales pueda atribuírseles validez jurídica. Se trata con esto en primer lugar tan sólo de una duda. La otra duda sería si las estructuras y funciones latentes no deberían permanecer latentes si es que quieren llevar a cabo su sentido, si la luz de la conciencia no haría que su valoración, en un contexto de argumentación jurídica, redujera su eficacia o la suprimiera inclusive. ¿Habría todavía demandantes que a riesgo propio se atrevieran a exigir la diferenciación de la sociedad, la civilización de las expectativas? La posibilidad de resolver controversias entre derechos fundamentales serviría de poco cuando el interés individual estuviera tan fuertemente neutralizado, que ya no hubiera motivos para observar el derecho o cuando derechos fundamentales iguales se activaran de manera desigual.

Con ello damos nosotros con el problema general de la función de la latencia-de-las-funciones. Aunque la sociología ha retomado frecuentemente esta pregunta<sup>14</sup> tanto con investigaciones particulares como de manera general, apenas puede decirse que ha pasado algo diferente al haber interpuesto la pregunta. Puede de cualquier manera desgajarse un criterio decisivo que haga posible un trabajo diferenciado sobre esta pregunta y que se emprendan inves-

<sup>14</sup> Aparte de los ensayos sobre este problema arriba citados en la nota 1 de Moore/Tumin y Schneider, compárese como formulación fundamental p.ej., Merton (cap. 10 nota 1), p. 51 o Dorothy Emmet, *Function, Purpose and Power*, Londres 1958, pp. 106s. (con el muy buen ejemplo de la función social del arte) y como investigaciones de caso p.ej., Blau (cap. 7 nota 16), pp. 8, 81, 112 o Pamela Bradney, *The Joking Relationship in Industry*, *Human Relations* 10 (1957), pp. 179-187 (185ss.).

tigaciones empíricas: debe preguntarse si las acciones importantes funcionales deben perder su capacidad de atracción y motivación cuando se destapan.<sup>15</sup> Entonces habría que distinguir entre dos tipos de ficciones culturales como los dice James Woodard:<sup>16</sup> una es la de los dioses tribales —de la monarquía o de la superioridad de la raza blanca— que debe mediante desenmascaramiento destruirse. Su revelación lleva a otro comportamiento. La otra, nadie tiraría a la basura su reloj cuando descubriera el carácter ficcional de la división del tiempo.

En este punto podemos afirmar con confianza que las abstracciones de la dogmática jurídica pertenecen a este último género. La dogmática de los derechos fundamentales enlazada a una investigación sociológica debe también atenerse a la categoría de derechos subjetivos a la que todo ciudadano se ciñe y, a decir verdad, en todas las esferas de los derechos fundamentales. El reconocimiento de un derecho subjetivo no depende de que el ciudadano defienda con ello la individualidad de su personalidad. Le ofrece también protección como participante en los roles especiales del proceso de comunicación social, de la economía y de los procesos políticos de formación del poder. Las construcciones conceptuales con propósitos de fundamentación sirven sólo para presentar la demanda jurídica y para la sentencia: los motivos se acomodan a lo que de allí resulta. Para la resolución del proceso es determinante que con ello no se fundamente una demanda. Entre las ideas-guía de la construcción dogmática (con propósitos de fundamentación) y el motivo del comportamiento práctico existe una zona de amortiguamiento de mutua indiferencia, la cual no permite que se establezcan consecuencias inmediatas. Tales consecuencias deben —con todo derecho— sólo hacerse presentes cuando en los casos

<sup>15</sup> Schneider (cap. 10 nota 1) habla de la sensible “attractiveness of intermediates”. Véase también la formulación de Schelsky (cap. 3 nota 16) p. 14, las categorías del derecho deben estar construidas de tal manera que “puedan ser al mismo tiempo motivos de conciencia para el actuar”.

<sup>16</sup> *The Role of Fictions in Cultural Organization*, Transactions of the Nueva York Academy of Sciences Series I Vol. 6, Nueva York 1944, pp. 311-344 (343). Algunas observaciones relevantes se encuentran también en Gehlen (cap. 4 nota 37), animado por su separación substancial entre motivo y fin de la institución.

particulares las consideraciones de las premisas dogmáticas lleven a una diversa valoración del deber del Estado y de los derechos de los ciudadanos.

La confrontación de premisas dogmáticas con problemas estructurales (aprehendidos sociológicamente) no necesariamente lleva a poner en peligro ni la seguridad de la sentencia ni los intereses de la demanda. Presumiblemente la dogmática aprenderá de mejor manera a asir y captar su propio sentido y el sentido de las decisiones sobre las normas de derecho positivo que interpreta, cuando se alecciona echando una mirada en las funciones sociológicas sobre posibilidades de resolver los problemas de otra manera. Ya que sólo en la comparación puede aprehender el sentido del orden jurídico como decisión precisamente para esta u otra solución del problema. Mucho habla a favor de que este vuelco está exigido por el hecho mismo de la diferenciación de la sociedad que hemos analizado. Los órdenes sociales diferenciados requieren una conciencia más abarcadora que la de los órdenes sociales de estilo antiguo, con instituciones tradicionales fijas y con una posición enemiga frente a lo desconocido. Esta conciencia disuelve todos los puntos de sujeción en los cuales se creía de manera absoluta. Por otro lado, en el marco de grandes sistemas estables se produce la seguridad de conducir la vida renunciando a esas constantes y colocando de raíz el propio contexto dentro de la ponderación de alternativas. El supuesto de una inmutabilidad absoluta de los fundamentos del ser puede concluir cuando puede confiarse en un sistema en el cual todo puede en verdad cambiar —aunque no de golpe ni de manera inesperada y sin haber propuesto sustitución alguna.

La vivencia y el estilo de decisión de los sistemas sociales diferenciados parecen dirigirse a sustituir las anteojeras inamovibles por anteojeras movibles. Hacen el mismo servicio pero lo recortan a la función específica de proteger una determinada perspectiva, sin obstaculizar del todo el ingreso a otros modos de ver y formas de pensar. También esto es característica propia (que Simmel había ya descubierto)<sup>17</sup> de los sistemas diferenciados: mientras que las sociedades simples con acciones o instituciones particulares deben soportar

<sup>17</sup> (Cap. 3 nota 20 — 1890 —) pp. 25s. y en otras muchas partes.

una gran cantidad de cargas inútiles excesivas (contradicciones muy marcadas, reacciones muy duras, responsabilidades muy amplias), la diferenciación, dosificando la función específica del gasto, logra minimizar el riesgo, las cargas mutuas, las desventajas funestas. No se supera el horizonte de límite de la orientación humana. Por eso la racionalización toma el camino de la construcción de sistemas. Pero puede vivirse y actuarse en la conciencia de lo cambiante-de-la-perspectiva y en la multiplicidad de posibilidades de referencia de los sistemas. Una libertad así de última ante otras posibilidades no es posible bajo el presupuesto del pensamiento ontológico metafísico, que busca siempre la verdad del ser descartando otras posibilidades. Pero a nosotros ¿qué nos obliga, en preguntas filosóficas, a seguir permaneciendo en esta hipótesis de pensamiento y pensar la libertad sólo como libertad de hacer o como valor?

La dogmática dominante interpreta los derechos fundamentales como valores. Busca un anclaje absoluto del actuar político en los puntos de vista arriba presentados, los cuales fundamentan la conformidad de la selección de determinadas acciones. Que los derechos fundamentales guían la elección del actuar correcto, es decir, que se desempeñan como valores, es cosa incuestionable. Pero la pregunta es si esta caracterización no es algo superficial, aun cuando ascienda a lo más alto y último en el sentido de llegar a donde ya no es posible deducir más.<sup>18</sup> Con los valores puede argumentarse de manera fácil y barata: esto debería servir de advertencia suficiente.

La superficialidad del pensamiento de los valores se muestra sobre todo en que con conceptos cercanos a la acción —valor, buena o mala voluntad y sanción— pretende entender que la acción humana puede reducirse a temas de motivación y, por consiguiente, hacer que aparezca de manera poco estructurada. La teoría del valor sobrestima la libertad de acción. Despierta la impresión de que se trata tan sólo de que reconozcamos los postulados de los valores y que los sigamos, o que de manera malvada no los busquemos y persigamos otros valores. Por eso los partidarios de los valores

<sup>18</sup> Compárese aquí el juicio sobre la metafísica del valor en los estudios de Heidegger sobre Nietzsche: Martin Heidegger, *Holzwege*, Frankfurt 1950, pp. 193ss.

están destinados a echar mano de mandamientos y sanciones. La administración estatal, que una y otra vez lesiona los derechos fundamentales, parece estar dotada de las peores intenciones. La retroalimentación de la dogmática de los derechos fundamentales por la teoría sociológica (que puede recurrir a contextos muy complejos y no dependientes de los motivos) aclara, por el contrario, que estamos puestos en una determinada constelación de problemas donde sólo tiene sentido la acción limitada dentro de marcos de referencia. Posibilita el análisis de las posibilidades de juego, de sus problemas de referencia, de sus límites, de sus alternativas, de sus posibles estrategias. E ilumina que nosotros —si deseamos nuestro sistema— no podemos escoger a placer los valores, sino que, cuando se descongiona la institución de los derechos fundamentales, entran en juego consecuencias que van mucho más allá del simple sancionar a los culpables.

El concepto de valor designa la perspectiva de una preferencia de las consecuencias de la acción y con ello de las acciones. Se ha institucionalizado como una forma de deber-ser. Esto significa: un valor se tiene por adecuado aun cuando las consecuencias de la acción (cargada de valor) de hecho no se realicen —es decir, cuando la acción decepciona— o cuando de facto otro que actúa selecciona otra consecuencia de la acción —es decir, cuando el actuante desengaña. Los valores son, pues, expectativas estabilizadas contrafácticamente y, en este sentido, son similares a las normas jurídicas, para las cuales vale lo mismo.

Esta similitud no puede separarse de una distinción decisiva y de grandes consecuencias. Las normas jurídicas implican un claro esto/lo-otro referido a conforme-a-la-ley o a contrario-a-la-ley.<sup>19</sup> Esta estructura (lo-uno/lo-otro) no puede introducirse en el mundo de los valores. Esto contradiría la situación natural de la decisión y el orden de sus valores. A una regla de preferencia corresponde una

<sup>19</sup> Lo mismo es válido para la ética tradicional en la medida en que se la considere capaz de verdad. Por eso el derecho y la ética no necesitaron separarse hasta en la modernidad. Como ámbito de conocimiento la ética se mantuvo al abrigo de la lógica ontológica de dos valores. Los fines a los que el actuar debía dirigirse eran o verdaderos o no-verdaderos y en esa medida, al mismo tiempo, o buenos o no-buenos. Hay que cuidarse de no intercambiar la distinción norma-jurídica/valor por la de derecho/moral.

regla de renuncia. Quien se dirige a un valor pone de manifiesto que existe otro valor. Todo deber descansa de responsabilidad. Si no fuera necesaria esta renuncia no se necesitaría orientarse por los valores. El hacer correcto se entiende por sí mismo. Una renuncia sólo puede ser apropiada, cuando el valor aplazado en cierta medida se ha cumplido y tan sólo se trata de una lesión momentánea:<sup>20</sup> cuando por temor a los conflictos que pueda traer un proceso renuncio a un derecho determinado, esto no quiere decir que para mí la paz tiene más valor que el derecho. Nunca se llega a la situación de tener que decidir en abstracto entre paz y derecho de una vez para siempre.

La fascinación de ciertos valores hay que entenderla siempre en referencia al estado de satisfacción de los valores que entrechocan. Esto es válido para los bienes materiales. No puede estarse interesado sólo por alimento o sólo por vestido. Esta misma relación de dependencia debe constatarse en los valores inmateriales. Esforzarse por la libertad tiene sentido cuando una cierta paz está asegurada. No puede sin medida exigirse libertad a costa de la paz —o al revés. No puede sin medida exigirse verdad a costa de la virtud —o al revés. Estas interdependencias resultan de la imposibilidad de satisfacer todos los valores de manera optimizada —con otras palabras: resultan de la condición humana. Es a este problema al que se refiere la determinación de la justicia (aunque no en esta versión conceptual) como medida de igualdad —reconocimiento que hace ver con claridad cómo le hace falta a la versión moderna de justicia (como valor) el rango del pensamiento aristotélico sobre el derecho.

Por eso la jerarquía de valores sólo puede practicarse en referencia a la situación. Sólo los valores y no el rango de la relación se dejan formular abstractamente —y la abstracción de uno sin la abstracción del otro es algo inútil. En situaciones de vida muy simples en donde las necesidades están siempre amenazadas por la insatisfacción, pueden utilizarse de manera instructiva estas generalizaciones cercanas a la praxis. Cuanto más fácilmente se satisfacen estos valores elementales, tanto más amplia y abigarrada se vuelve la escala de los valores alcanzados y tanto más debe institucionalizarse

<sup>20</sup> Véase para esto Braybrooke/Lindblom (cap. 10 nota 6), pp. 21ss.

el rango de las relaciones de los valores. Debemos incentivar, en ritmos cada vez más rápidos y en dosis cada vez más pequeñas, el bienestar a costa de la libertad, la libertad a costa del saber, el saber a costa de la buena vida, la familia a costa del trabajo y el trabajo a costa de la familia, el individuo a costa de la generalidad y la generalidad a costa del individuo. La realización de los valores debe de manera incrementada ser oportunista. La medida aristotélica del justo medio se ha empezado a mover. Parece allí perfilarse una nueva determinación entre ser y tiempo. La templanza no se efectúa en la ‘aplicación’ de un ideal abstracto, en la realización de una máxima rigidizada, sino sólo aprovechando las diferencias temporales en el cambio concienzudo de las preferencias.

La dogmática de los derechos fundamentales —con su fórmula de ponderación de los intereses y con su pensamiento de regla/excepción— deja esta puerta abierta al oportunismo sin darse cuenta por qué. No puede captar el sentido que de allí resulta cuando sólo se queda paralizada ante el llamado a los valores y no se pregunta por lo que nosotros hemos puesto en lugar de la medida de la justicia.

El concepto de valor presupone (pero no explica) que el campo de la acción y el tiempo de la acción se constituyen con posibilidades de comparación. Admite como cosa obvia la apertura del mundo de la acción por la ciencia. El fenómeno primario está en la estructuración del campo de lo posible mediante posibilidades abiertas y problemas.<sup>21</sup> Sólo a partir de allí se hace posible y necesario orientarse por los valores.<sup>22</sup> Mantiene su sentido por la función de orientar la acción. Ya que el puro comparar con otras posibilidades no es suficiente para explicar y fundamentar una decisión. En esa medida se vuelve comprensible el esfuerzo de reducir la multiplicidad de las posibilidades de la acción orientándose por un valor. La necesidad de la función del valor (precisamente en esta forma

<sup>21</sup> Véase para esto la distinción posibilidades-abiertas/posibilidades-problemáticas en el marco general del análisis fenomenológico del mundo-de-vida en Edmund Husserl, *Erfahrung und Urteil*, Hamburg 1948, pp. 105ss., y también para esto Alfred Schutz, *Choosing Among Projects of Action*, *Philosophy and Phenomenological Research* 12 (1951) reimpr. en: ídem., *Collected Papers Bd. I*, La Haya 1962, pp. 67-96 (79ss.).

<sup>22</sup> Para esto más explicaciones en Luhmann (cap. 3 nota 12).

de representación del ser mediante valores) no obliga de ninguna manera a que mediante valores se busque la última afirmación sobre el sentido de la humanidad. Ni la ciencia ni la filosofía de nuestro tiempo nos conminan a defender esta tesis.

Lo que se busca con el concepto de valor es cerrar el horizonte abierto de las posibilidades de acción, es decir, la total construcción del mundo. Esta construcción se lleva a cabo por sistemas. Lo absoluto fundante postulado por el concepto de valor se encuentra en la capacidad funcional del sistema. Este fundamento se vuelve más estable cuanto más se piensa el sistema de manera integral y se actualiza en la acción. Este ensanchamiento requiere diferenciación. Cuanto más de manera omniabarcadora se quieran ordenar los sistemas de la vivencia y de la acción humana, tanto más deben diferenciarse, tanto más de manera diversificada deben generalizarse las comunicaciones y tanto más artificialmente deben buscarse las bases de la conducta. Las condiciones de esta diferenciación —en cuyo marco hemos discutido los derechos fundamentales— entran en el lugar que la filosofía de los valores trató de llenar en vano sola. En las estrategias individuales de la presentación de sí mismo, en las consideraciones llenas de tacto y totalmente neutrales de la civilización de las expectativas, en la confianza en el valor ficticio del dinero, en la abandonada indiferencia en vista de que el Estado decide problemas y en la impresionabilidad de todas estas disposiciones frente a las perturbaciones críticas que ponen en duda la función del sistema, se anuncia una nueva forma de conducta del ser humano en el mundo, cuyo significado le plantea a la filosofía una nueva tarea.