

I

En esta recensión daré noticia de un libro sobre retórica constitucional, entendiendo por *retórica*, con su autor, «las reglas semióticas o propiedades de un uso del lenguaje, especialmente sus funciones argumentativas». Estas palabras se leen en la página 21 del libro de Waldemar SCHRECKENBERGER —al que en adelante nombraremos por sus iniciales: W. S.—, *Semiótica del discurso jurídico (Análisis retórico de textos constitucionales y judiciales de la República Federal de Alemania)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987, 381 pp., traducido por el profesor Ernesto GARZÓN VALDÉS de manera esforzada y sin duda meritoria. En alemán, que el recensionista vierte literalmente, la obra se intitula *Semiótica retórica. Análisis de textos de la Ley Fundamental y de estructuras retóricas básicas (rethorischen Grundstrukturen) de la argumentación del Tribunal Constitucional Federal*. El título alemán da ya idea de la división del libro en dos partes, a las que precede una *Introducción* (págs. 12-35). La primera parte —*Introducción al análisis semiótico de textos* (págs. 39-110)— estudia dos textos de la *Grundgesetz*: el artículo 1(1), inciso primero [*Die Würde des Menschen ist untastbar*: «La dignidad del hombre es intangible», o «inviolable», como traduce GARZÓN VALDÉS] y el artículo 2(1) [*Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst*: «Cada cual tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, en cuanto no lesione los derechos de otros, ni infrinja el orden constitucional o la ley moral»]. La segunda parte, que es la que merecerá más detenida atención, analiza las estructuras retóricas básicas o fundamentales de la argumentación del

Tribunal Constitucional Federal en algo más de doscientas páginas (págs. 113-340).

El libro adopta un singular punto de vista sobre la jurisdicción constitucional. La contempla —digámoslo tomando prestada una expresión que emplea repetidamente— como institución creadora de la *sintaxis constitucional general*, como órgano de elaboración e imposición de una «forma de hablar obligatoria para el orden jurídico nacional» (pág. 114), vale decir: de una retórica jurídico-constitucional. Al crear e imponer esa retórica o sintaxis general de la Constitución, la justicia constitucional actúa como factor de seguridad jurídica (y de otros bienes, como la estabilidad política o la perpetuación del consenso), pues reduce la indeterminación inherente al texto constitucional, o al menos la transforma en un tipo de indeterminación distinta y más dominable. La jurisprudencia constitucional contrarresta así la «pérdida de positividad» de la ley que necesariamente deriva de su control por un Tribunal Constitucional (E. DENNINGER, *Verfassungsrechtliche Schlusselbegriffe*, Festschrift für R. WASSERMANN, 1985, pp. 279 y ss.). Por otro lado, sin embargo, la «sintaxis constitucional general» se aplica al propio texto supremo y, *eo ipso*, lo relativiza, creándose así «la base semiótica para una institución única: una asamblea constituyente, conformada de acuerdo con reglas retóricas y, al mismo tiempo, permanente», según se dice —acaso no sin algún grano de sal— en la página 242 de su libro. Pero justamente de esta manera se promueve la *elasticidad* de la Constitución y, por tanto, su capacidad de adaptarse a los cambios, de integrar nuevas realidades y, en suma, de perdurar (sobre la elasticidad, E. SPAGNA-MUSSO, *Diritto costituzionale*, Padua, 1986, pp. 101-102).

II

El análisis de textos emprendidos por W. S. en la primera parte de su obra reposa en el modelo semiótico elaborado por Charles W. MORRIS a la zaga de PIERCE (pág. 22). Este modelo distingue tres dimensiones semióticas: la *sintáctica* (estudio de los signos con independencia de lo que designan o significan, lo que equivale a ocuparse de las relaciones de los signos entre sí), la *semántica* (trata de los signos en relación con los objetos designados) y la *pragmática* (los signos en relación con los sujetos que los usan). A su vez, el autor diferencia en la dimensión sintáctica una estructura superficial y otra profunda (*surface structure*, *deep structure* en la gramática generativa de CHOMSKY), y divide la dimensión pragmática en estructuras y funciones pragmáticas generales y especiales (las estructuras y funciones

pragmáticas especiales de los textos constitucionales se refieren, claro es, al «campo de opinión político» y a la «dogmática jurídico-constitucional», formas especiales de retórica social: pág. 31). La dimensión preeminente es la pragmática contra el «difundido prejuicio de que en la sintaxis y en la semántica del lenguaje jurídico, se encuentra el fundamento semiótico de la argumentación jurídica» (pág. 33).

Los dos textos constitucionales analizados ilustran esa primacía de la dimensión pragmática. Ambos son sintácticamente ambiguos y semánticamente contradictorios (esto último por violar la regla semántica que prohíbe expresiones que simultáneamente contengan elementos pertenecientes al lenguaje objeto y al metalenguaje). Es particularmente interesante la exposición formal de la estructura sintáctica profunda del artículo 2(1) de la Ley Fundamental, que revela el carácter tautológico del precepto, si el «libre desarrollo de la personalidad» se identifica —como propone una conocida orientación dogmática— con la «libertad general de acción». En esta hipótesis, la estructura sintáctica profunda del citado artículo 2(1) resulta ser ésta: «A cada uno le está permitido lo que le está permitido» (pág. 79). «A la generalización de la garantía de la libertad corresponde la generalización de la reserva constitucional», comenta W. S. en la página 145.

La conclusión del análisis textual es todo menos sorprendente: los textos semánticamente incorrectos o tautológicos permiten cualquier interpretación semántica. Frente a textos de este tipo, «la discusión acerca de la interpretación correcta resulta ser una lucha por la imposición de una opinión jurídica dogmática en la que, de acuerdo con las reglas retóricas que se acepten, las expectativas, deseos, concepciones del mundo, pautas tradicionales, teorías dogmáticas especializadas o cuestiones de practicabilidad técnico-jurídica, proporcionan el esquema semiótico para la respectiva interpretación. Por tanto, no puede sorprender que en un sistema de comunicación triunfe aquella institución que, de acuerdo con sus competencias retóricas, tiene la mayor probabilidad de hacer valer su opinión, es decir, en este caso el Tribunal Federal Constitucional» (pág. 107). En cuanto «signos complejos», los artículos 1(1), primer inciso, y 2(1) de la Ley Fundamental «requieren sensibilidad intuitiva, sensibilidad ética e intereses especulativos y, con ello, una medida considerable de creencia en los textos» por parte de quien los interpreta (página 108). Esta es justamente una «deficiencia» para quien, como W. S., ha de adoptar el punto de vista del rigor metódico, que será tanto más limitado cuanto más estricto quiera ser: la complejidad semiótica de aquellos textos constitucionales «sólo es limitadamente accesible a una comprensión crítica y controlable de acuerdo con reglas semióticas. Pero precisamente esta forma de comprensión es la que caracteriza el lenguaje disciplinado tal como el que

exigen, sobre todo, la investigación científica y la organización moderna de complejos sistemas de decisión». Y aunque «muchas veces se ha elogiado el atractivo de la indeterminación semántica de esquemas de alta jerarquía teórica por considerársela como estímulo a la acción creadora (...), [s]in embargo, cuando (...) alcanza un grado tan elevado como en el caso de ambos textos, existe el peligro de que el uso de los signos pierda, en gran medida, la vinculación con la realidad social y cree relaciones comunicativas (...) que, a causa de su base sugestiva y estimulante, son poco controlables. Por ello, en la polémica de opiniones, son [¿las 'relaciones comunicativas poco controlables?'] propensas a estrategias de encubrimiento» (pág. 109). El resultado es, pues, puramente negativo: al análisis semiótico de los textos no le es dado más que aclarar «los límites comunicativos del uso del lenguaje de este tipo» (página 110).

III

La segunda parte del libro, se recordará, trata de las estructuras retóricas fundamentales en la argumentación del *Bundesverfassungsgericht*. Esta parte se divide en tres secciones, dedicadas, respectivamente, a tres tipos de argumentación: la que se ajusta al modelo «sistemológico» (*ordnungstheoretische*), la que sigue el modelo «problemológico» (tópico) y la argumentación «confirmológica» (*bestätigungstheoretische*). Hay que separar las dos primeras de la tercera. La argumentación «confirmológica» trata «de la cuestión de la validez jurídica [o], por así decirlo, de un problema de metalegitimación», es decir, investiga cómo el Tribunal Constitucional pretende fundamentar la propia sintaxis general de la Constitución. En cambio, los modelos sistemológico y tópico designan «reglas y estrategias que determinan el uso retórico de los argumentos» (pág. 114). Son, pues, conjuntos de signos metalingüísticos (metasignos), es decir, signos que se refieren a un lenguaje, signos de signos. Ambos modelos son, en conclusión, «metaestructuras» o «esquemas metateóricos» (el libro, como observará el paciente lector, sobreabunda en el prefijo *meta*-).

Al *modelo sistemológico* pertenecen aquellos esquemas retóricos constitutivos del campo de argumentación constitucional que sirven a la función de crear y asegurar establemente una sintaxis constitucional bien estructurada. Dentro de este modelo, W. S. distingue la «*argumentación holística*» (recordemos que «*holos*», en griego, significa entero, íntegro, completo: *holística* es, pues, aquella doctrina, teoría o argumentación que reconoce primacía a la totalidad sobre sus elementos) y la «*argumentación fundamentalista*». Esquema holístico por excelencia es la «unidad de la Constitución», instru-

mento metateórico al que corresponden «funciones muy diferentes», en cuyo desempeño muestra «excelente fecundidad generativa» (pág. 132). Destaca el autor que la «unidad de la Constitución» vale para «reforzar la función fundamental de la sintaxis de la Constitución en la nueva situación constitucional (...), [a] delimitarla pragmáticamente mediante el rechazo de continuidades perturbadoras» (pág. 136), que en el caso de la *Grundgesetz* son Weimar y el nazismo. Toda nueva Constitución queda identificada por lo que acepta (continuidad) y por lo que rechaza de los órdenes anteriores; estas aceptaciones y rechazos suelen estar enlazados con esquemas holísticos de interpretación, lo que, de nuevo, deja entrever la preponderancia de la dimensión pragmática.

La retórica constitucional de carácter holístico incluye también lo que W. S. apellida «modelo ternario de argumentación sistemológica», centrado en el artículo 2(1) de la *Grundgesetz*: «la *libertad general de la acción humana*, a través del *orden democrático básico en libertad* ingresa en el *orden constitucional*, que a su vez determina y limita la *libertad general de la acción humana*» (pág. 149). Semejante estructura retórica circular cumple una importante función pragmática: «La garantía general de libertad tiene que presentarse como elemento del orden existente de dominación, es decir, la *libertad* tiene que legitimarse, desde el primer momento, como *orden*» (página 147). El círculo retórico viene así a expresar algo elemental: que toda libertad garantizada jurídicamente es libertad limitada, *libertas ordinata* (*libertas iure ordinata*).

Aunque no podemos examinar en pormenor otros esquemas holísticos de argumentación de los que trata W. S. (orden, sistema, armonía, homogeneidad, etc.), sí conviene señalar que la retórica holística es fuerza que impulsa la universalización de la sintaxis general de la Constitución, es decir, su imposición en todos los sectores del ordenamiento, lo que en realidad puede predicarse en todo el modelo sistemológico. Enlazamos aquí con el vasto problema de la *Drittwirkung* (eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares). W. S. destaca el papel que corresponde a los jueces y tribunales en «crear la compatibilidad retórica entre el esquema semiótico de directivas organizado por el derecho privado y la sintaxis constitucional general», factor determinante de que, «para el individuo, aumente el derecho —imponible a través del Tribunal Constitucional— al manejo correcto de la competencia dogmático-constitucional [de jueces y tribunales]» (pág. 153).

Junto a la «argumentación holística» —«armazón horizontal» de la retórica sistemológica—, la «argumentación fundamentalista» representa la «dimensión vertical», que forman las expresiones provistas de «indicadores me-

tateóricos especiales», como «máxima», «decisión fundamental», «valor fundamental» y, sobre todo, «principio». «La argumentación del Tribunal Constitucional Federal se presenta como un intento de reducir los textos jurídicos y, en particular, el texto constitucional, a un orden de principios. Cabe hablar incluso de una *idolatría de los principios*» (pág. 170). Los «principios» o esquemas de jerarquía retórica que se examinan son: el federal, el del Estado de Derecho (en realidad, un «nombre de clase», de una clase de principios, que tiende a funcionar como indicador metalingüístico, pues remite a «las teorías constitucionales y del Estado burguesas integradas en el lenguaje jurídico y sus tradiciones», pág. 204), el democrático, el de igualdad y el de Estado social. Es interesante la consideración del principio de igualdad como instrumento para deslindar las competencias retóricas del legislador y de la jurisdicción constitucional dentro de una estructura «dialógica» o dialogal, en que el canon de lo «razonable» deja traslucir una regla *pragmática* (semánticamente nula por tautológica) que «decide acerca de la admisibilidad retórica de los argumentos en el contexto de la decisión situacional» (página 218). Una conclusión poco inesperada de este análisis es que, en general, «el uso tautológico de esquemas de argumentación [‘razonable’, ‘suficiente’, ‘objetivamente fundado’, ‘el Estado social obliga a procurar un orden social justo’] fundamenta la suposición de que este uso expresa reglas pragmáticas» (página 220). Ahora bien, y esto es lo importante, el Tribunal Constitucional «no ha dejado de mantener en las reglas pragmáticas la referencia a la sintaxis general de la Constitución» (pág. 221).

La conclusión general sobre el «modelo sistemológico» es ésta: mediante la argumentación sistemológica, el Tribunal Constitucional ha creado una sintaxis general de la Constitución que se ha convertido en una doctrina o «teoría básica del derecho positivo» de carácter obligatorio, valedera para el ordenamiento como un todo. «Cuando se lamenta que haya pasado la época de los grandes esbozos ideológicos no se toma en cuenta que el Tribunal Constitucional Federal, en gran medida, ha asumido la función de, por lo menos, satisfacer las urgentes necesidades teórico-básicas» (pág. 256). Por otro lado, hay que subrayarlo, esa sintaxis constitucional general es *obligatoria*. «Las instancias judiciales y los organismos de decisión política, cuando quieren argumentar de una manera relevante desde el punto de vista jurídico-constitucional, están obligados a servirse de una forma de hablar ya habitual y relativamente exigente desde el punto de vista retórico. Esto crea una base retórica común, tanto para la comprensión jurídico-constitucional como político-constitucional, cuya función integradora no debería ser subestimada» (pág. 265).

Junto al «modelo sistemológico», recordará el lector, se alzaba —contra-

puesto en apariencia, en realidad complementario— el *modelo «problemológico» o tópico de argumentación*. No es necesario entrar en demasiadas explicaciones generales, puesto que la obra de Th. WIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia* (traducida hace más de veinticinco años por quien hasta hace poco fue magistrado de nuestro Tribunal Constitucional, Luis Díez-PICAZO) ha familiarizado a un buen número de juristas españoles con esta corriente del pensamiento jurídico. Según W. S., el estilo tópico en la argumentación constitucional alemana presenta tres variantes: combinatoria (aditiva, complementaria, alternativa), preferética y diatética. La *combinatoria* procede mediante el uso de varios *topoi* compatibles retóricamente; la *preferética* evalúa y jerarquiza los *topoi* (típico estilo preferético son las «ponderaciones de bienes constitucionales» o el uso del *topos* «proporcionalidad»); la *diatética* opera con *topoi* presentados como inconciliables (las «tensiones insuperables» entre justicia y seguridad jurídica en el problema de la retroactividad) (*). Los dilemas diatéticos se suelen resolver —cómo no— mediante reglas pragmáticas de competencia retórica, que normalmente conducen a respetar la decisión enjuiciada, bien que concordándola con la sintaxis general de la Constitución.

La argumentación «sistemológica» y la argumentación tópica se complementan de la manera siguiente. A la primera le corresponde la «función retórica fundamental» de crear, asegurar y ampliar generativamente una sintaxis de la Constitución con validez universal —verdadera teoría general del Derecho positivo— que satisface la «creciente demanda de dogmatización de la argumentación constitucional», y «contribuye de esta manera a la creación de un archivo manejable del acervo argumentativo» (pág. 308). La argumentación tópica actúa dentro del marco de la argumentación «sistemoló-

(*) Quizá no esté de más una breve nota sobre la noción retórica de *topos* (plural, *topoi*). *Topos* en griego, como *locus* en latín, significa «lugar». Los *topoi* o *loci* retóricos son precisamente eso: lugares. Una de las partes de la retórica antigua era la *inventio*, es decir, el «hallazgo» de ideas. Tener buenas ideas es cosa de *natura* y de suerte (*týche*, *casus*). Pero la *téchne* o *ars* retórica se propone superar la *týche* o, más aún, eliminarla sistemáticamente. Para ello elaborará una doctrina acerca de *dónde* han de buscarse las ideas, los «lugares» en que, según la práctica enseña, se suelen encontrar buenas ocurrencias. Estos lugares (*topoi*, *loci*) son, pues, «fórmulas apropiadas de investigación y búsqueda que pueden llevar a descubrir las ideas que nos interesan»; en su conjunto, los *topoi* son «depósitos de ideas de los que se pueden tomar los pensamientos que convenga». Como los venados, también las buenas ideas muestran querencia por ciertos lugares, donde se las puede cobrar más fácilmente. Sobre esto, H. LAUSBERG, *Manual de retórica literaria*, I, Madrid, 1983, pp. 235-236 y 312 y ss.; y E. R. CURTIUS, *Literatura europea y Edad Media latina*, Madrid, 1976, pp. 108-109.

gica» y opera como elemento dinámico (modifica y adecua la argumentación constitucional). La argumentación sistemológica y la argumentación tópica se oponen y complementan como lo estático y lo dinámico, la estrategia y la táctica, lo generalmente verdadero y lo casuístico.

El examen de la «argumentación confirmológica» cierra la obra de W. S. Para no alargar más la reseña bastará con resumir la conclusión del autor. En apariencia, el Tribunal Constitucional alemán rinde homenaje a criterios confirmológicos de validez absoluta (una suerte de «esencialismo axiológico») con la pretensión de superar el estrecho positivismo jurídico, que se asocia a la desastrosa experiencia de Weimar. Pero los criterios confirmológicos realmente decisivos suelen ser de carácter positivista cultural («concepciones sociales dominantes», «tradición», «mayor consenso», «nuestra cultura», etc.). «El positivismo legal es (...) reemplazado por un positivismo cultural» (página 331). Ahora bien, como este positivismo cultural «se encuentra bajo la reserva de pretensiones de validez amplias» (el «esencialismo axiológico» suprapositivo) —aunque «hasta ahora la reserva a favor de criterios universales de confirmación no ha sido llevada a la práctica»—, W. S. caracteriza compendiosamente la argumentación confirmológica del Tribunal Constitucional alemán como «positivismo *cautelar*» (pág. 333), es decir, aceptación del dato cultural mientras se mantenga tolerablemente dentro de los límites de los valores absolutos propugnados.

Ni fácil ni ameno, el libro de W. S. es útil para quienes —por obligación y alguna vez también por devoción— somos lectores fieles de la prosa de nuestro Tribunal Constitucional. Es archisabido que nuestro Tribunal sigue muchas veces direcciones germanizantes; casos hay en que la importación de esquemas de argumentación de origen americano se ha hecho por camino alemán. Muchas páginas contiene el libro de W. S. en que podría fácilmente sustituirse la cita de la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán por la de una sentencia del Tribunal Constitucional español sin necesidad de variar nada más. Si el libro conoce una nueva edición en España no sería inoportuno que, al tiempo que se perfecciona la traducción, acercándola más al léxico y a la sintaxis castellana (lo que podría lograrse sin mengua de la fidelidad al original); se proveyera al libro de unas anotaciones de jurisprudencia constitucional española, que en algún caso tendrían ya que ser extensas. La obra ganaría así en eficacia demostrativa (o persuasiva) para el lector español.

El libro de W. S. mereció en su día ser recensionado favorablemente por Peter HÄBERLE (pueden verse las págs. 106-109 de *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Ratisbona, 1980). De entre las observaciones de HÄBERLE, sobresale en nuestro

sentir una: el cúmulo (*Häufung*) de textos contenidos en la Ley Fundamental —lo mismo ocurre en nuestra Constitución— que son sintáctica o semánticamente defectuosos habla menos contra su corrección objetiva (*sachliche Richtigkeit*) que contra lo limitado del enfoque sintáctico o semántico. Es que los defectos semióticos del texto constitucional expresan la apertura de la Constitución (*Offenheit der Verfassung*). «El lenguaje (de la Ley Fundamental y del Tribunal Constitucional Federal) es una variable dependiente de la Constitución y de sus funciones específicas». Sólo con retórica y pragmática no se hace una Constitución. La *verdad* constitucional, podríamos decir, trasciende o va más allá del *método* semiótico.

