
INGEBORG MAUS

**Sobre la relación actual entre ideología jurídica y realidad social:
el ejemplo de la teoría del derecho en la
República Federal Alemana (*)**

La relación entre la dimensión práctica del derecho y su dimensión ideológica, no es independiente de la situación histórica de la relación entre la ideología jurídica y su sustrato social. Precisamente a este respecto se ha producido un sorprendente cambio en relación con la primera fase burguesa del desarrollo social, cambio que también ha determinado el actual carácter de la teoría del derecho en los sistemas industriales capitalistas... Si en la sociedad temprano-burguesa existía aún una dimensión "práctica" del derecho (porque en su dimensión ideológica el derecho no sólo legitimaba el orden social existente, sino que al mismo tiempo lo trascendía), en la actualidad habrá que investigar si aquella dimensión práctica queda destruida con el desarrollo de una tendencia a que el derecho y su reflexión teórica sean asimilados con el sustrato social.

I

El derecho de la primera fase de la época burguesa tenía, como se ha investigado muchas veces (1), una función esencial, la de ga-

(*) Traducción de N. M. López Calera y Mariano Maresca.

(1) Cfr. sólo como representativo: MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1956, págs. 624 y ss., FRANZ NEUMANN, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, en su obra, *Demokratischer und autoritärer Staat - Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M./Wien, 1967.

rantizar las condiciones básicas dentro de las cuales podría desarrollarse autónomamente el proceso socio-económico. El derecho abstracto y general de la sociedad temprano-burguesa regulaba este proceso precisamente a través de la no regulación de los detalles. En la medida en que el derecho dejaba un amplio campo para la autonomía privada, reconocía en concreto el carácter jurídico de los convenios contractuales privados mediante el procedimiento de sanciones estatales y, en fin, los protegía de abusos externos, en esa medida, el derecho, a través de la seguridad formal de las expectativas jurídicas, garantizaba la calculabilidad de las relaciones económicas. El postulado del "imperio del derecho" en lugar del imperio del hombre, y la fórmula de la "igualdad ante la ley", implicaban esa función ordenadora del derecho consistente en asegurar normativamente las leyes económicas frente a intervenciones arbitrarias. Al mismo tiempo, estos principios jurídicos burgueses constituían el encubrimiento ideológico del hecho de que el sometimiento igual de todos los destinatarios del derecho a la ley general y abstracta producía, de forma absoluta, efectos de desigualdad social; e implicaban el reconocimiento de que la no-intervención estatal establecida en la estructura jurídica, en la práctica actuaba como intervención favorable a los económicamente privilegiados.

Pero era precisamente este momento ideológico lo que mantenía abierta una discrepancia entre la pretensión del derecho y la facticidad social, y el resultado de esa discrepancia era la intrínseca progresividad de la forma burguesa del derecho. No es solamente que la sublime generalidad de la ley —que, según un famoso dicho, prohibía al pobre y al rico dormir bajo los puentes o robar pan— garantizara un mínimo de seguridad jurídica a los materialmente desposeídos dentro del derecho burgués; la forma del derecho los protegía, si no de la explotación económica, sí en cambio de la dominación arbitraria. Pero más allá de esta garantía jurídica todavía estática, y como consecuencia de la contradicción entre la aspiración ideológica a la igualdad y la desigualdad social de hecho, surgió aquella peculiar progresividad establecida en la forma burguesa del derecho y al mismo tiempo superadora de ella.

Ante la necesidad de hacer efectiva la igualdad jurídica formal y también la material, el movimiento obrero reformista aceptó literalmente la ideología jurídica de la sociedad temprano-burguesa. Del presupuesto de que la forma del derecho *eo ipso* implica ya que el contenido jurídico establecido es derecho igual para todos, se

sacó la conclusión de que la democracia política de la burguesía implicaba una invitación al proletariado para que hiciera suya esta democracia (2). A causa de ello, el movimiento obrero utilizó su influencia en el proceso parlamentario de la legislación para apoyar una realización paulatina del derecho también para los hasta ahora sometidos a él: la transformación legal del Estado liberal de derecho en Estado social de Derecho (3).

En Alemania, este intento de convertir una pretensión ideológica del derecho en praxis social, estuvo unido, ante todo, a la construcción y desarrollo de la República de Weimar. El reconocimiento jurídico de la autonomía de los convenios colectivos, la legislación social y la seguridad legal de la co-gestión obrera en las empresas, ponían precisamente en claro, en los primeros años de la República de Weimar, que la forma jurídica burguesa podría aceptar también exigencias jurídicas socialistas. Es cierto que a causa del retraso específicamente alemán en la introducción de la democracia política, ésta favoreció de inmediato intereses no burgueses y tuvo repercusiones decisivas sobre la concepción burguesa del derecho. La generalidad de la ley se había desarrollado en el sentido de la ideología temprano-burguesa, en la medida en que se sostuvo la igualdad no sólo para la aplicación del derecho, sino también para la participación en el proceso de creación jurídica (4). Y precisamente por ello, sólo los representantes socialistas de las teorías del derecho y la constitución (pero no los representantes burgueses (5)), consideraron esa génesis democrática y esa legitimación de la ley como lo esencial de la estructura formal del derecho. El interés de los teóricos burgueses se dirigía ahora exclusivamente a los momentos sustanciales de aquella generalidad y se plasmaba en la exigencia de limitar al legislador en el contenido de

(2) Cfr. GUSTAV RADBRUCH, *Klassenrecht und Rechtsidee*, en su obra *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 1957, págs. 23 y ss. (27).

(3) La fórmula «Estado social de Derecho», que fue central en la discusión constitucional de la Ley Fundamental de Bonn, fue desarrollada en un primer momento por HERMANN HELLER. Vid. H. HELLER, *Rechtsstaat oder Diktatur*, Tübingen, 1930.

(4) Del modo más radical ROUSSEAU había fundamentado la libertad de los ciudadanos en su participación igualitaria dentro del proceso legislativo y había considerado válida como ley sólo una determinación que todo el pueblo toma sobre todo el pueblo. Vd. *Du Contrat Social*, II, 6.

(5) Entre los teóricos socialistas, Vd. especialmente HERMANN HELLER, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, en: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, 4 (1928), págs. 98 y ss.

leyes generales (6). Tal exigencia restrictiva, en un momento de grupos sociales de interés fuertemente diferenciados y cuando era necesaria la constante intervención del Estado para la gestión económica de la crisis, sustrajo al control democrático del Parlamento la dirección del proceso social y la dejó abandonada a las decisiones apócrifas de una burocracia autónoma. En esta situación, la progresividad democrática del positivismo legal de Weimar consistió precisamente en mantener la concepción temprano-burguesa, que no considera la instancia creadora del derecho como algo variable, sino que hace depender el carácter objetivamente correcto de las decisiones, de la medida en que su forma de organización sea democrática, incluso cuando estas decisiones representaban, cada vez más, "mandatos especiales", en forma de normas disciplinarias del legislador democratizado. Precisamente en los años veinte, cuando la tendencia a unas atribuciones potencialmente absolutas del sector político coincidía con una democratización de dicho sector, los teóricos socialistas se pasaron al positivismo legal y los representantes burgueses de la ciencia jurídica buscaron, en cambio, su refugio en los principios materiales de la constitución y de la teoría jurídica. Esto era un índice de la intrínseca progresividad de la forma burguesa del derecho dentro de las condiciones de democracia política. Y tal cambio de posiciones en la teoría del derecho político señalaba una contradicción descrita por Marx como esencial a una constitución burguesa, y válida también para la constitución de Weimar:

«Pero la contradicción de más envergadura de esta Constitución consiste en lo siguiente: mediante el sufragio universal, otorga la posesión del poder político a las clases cuya esclavitud social viene a eternizar: al proletariado, a los campesinos, a los pequeños burgueses. Y a la clase cuyo viejo Poder social sanciona, a la burguesía, la priva de todas las garantías políticas de este Poder. Encierra su dominación política en el marco de unas condiciones democráticas que en todo momento son un factor para la victoria de las clases enemigas y ponen en peligro los fundamentos mismos de la sociedad burguesa. Exige de los unos que no avancen, pasando de la emancipación política a la social; y de los otros que no retrocedan, pasando de la restauración social a la política» (7).

(6) CARL SCHMITT, *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentum nach der Weimarer Verfassung*, Berlin/Leipzig, 1926. ERICH KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, en: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutsche Staatsrechtslehrer* 3 (1927), 1 y ss.

(7) KARL MARX, *Die Klassenkämpfe in Frankreich 1848-1850*; el análisis de Marx está referido a la Constitución francesa de 1848.

Que esta contradicción fuera eliminada de forma inequívoca en el facismo alemán, originó al mismo tiempo un debilitamiento de aquella pretensión ideológica del derecho a la distribución del poder social que existía en la base. Si gran parte de la burguesía alemana, y con ella los representantes más relevantes de la teoría del derecho y de la constitución, se acomodaron al sistema del nacional-socialismo, ello demuestra, primero, que los intereses burgueses no se sentían más seguros en lo sustancial en un orden jurídico que sólo ofrecía garantías de seguridad jurídica formal, y además, que el Parlamento había llegado a ser el antiguo garante de los intereses jurídicos burgueses en la medida incalculable en que se había planteado abiertamente la dinámica inmanente de derecho formal y democracia política. De este modo, el tránsito desde el Estado formal de Derecho de la República de Weimar (que se mostraba permeable a las exigencias socialistas al menos en cierta medida) hasta el sistema nacionalsocialista (que fue calificado por la teoría jurídica burguesa dominante como el nuevo garante de la seguridad jurídica material (8)), contradice la tesis marxista ortodoxa de la eficacia automática de las estructuras jurídico-formales en favor de la burguesía.

El sistema nacional-socialista interrumpía aquella conversión, mediada de modo jurídico-formal, de intereses sociales en decisiones políticas, pero tenía necesariamente que dirigir el radio de acción de su peculiar despotismo hacia la propia legalidad de la economía, cuya capacidad de actuación necesitaba; con ello, impedía únicamente la realización de los intereses jurídicos de los subprivilegiados, al tiempo que posibilitaba a los grupos económicos más poderosos una nueva forma de cooperación extrajurídica con el sector político que decidía. El facismo alemán representó así el intento más cocienzudo de detener la lucha de los diferentes grupos sociales por la repartición —tal y como esta podía manifestarse aún en el Estado formal de Derecho de Weimar— en un sistema de posibilidades de influencia graduadas jerárquicamente (9). La conce-

(8) HEINRICH LANGE, *Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat*, Tübingen, 1934. OTTO KOELLREUTTER, *Der nationalsozialistische Rechtsstaat*, Tübingen, 1934. KARL SCHMITT, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, en: *Juristische Wochenschrift*, 63 (1934), 713 y ss.

(9) OTTO KIRCHHEIMER, *Zur Frage der Souveränität*, en su obra, *Politik und Verfassung*, Frankfurt a. M., 1964, págs. 57 y ss. Sobre la racionalización de la asociación según el principio indicado, cfr. WERNER SÖRGEL, *Metallindustrie und Nationalsozialismus. Eine Untersuchung über Struktur und Funktion industrieller Organisationen in Deutschland 1929-1939*, Frankfurt a. M., 1965.

sión a los grupos sociales de legitimaciones jerarquizadas según sus poderes de hecho en el proceso económico, se articuló en una nueva teoría del derecho, cuya esencia era el carácter inmediato de la legitimación. El *konkrete Ordnungsdenken*, como Carl Schmitt lo desarrolló en consonancia con los principios institucionales de su teoría, comprendió desde las categorías del derecho natural tomista la “refeudalización” de la sociedad que se iba realizando, y confirmó la abolición nacional-socialista de la abstracta igualdad jurídica en favor del principio “a cada uno lo suyo” (10).

Con esta destrucción del momento emancipador de la ideología jurídica clásica de la burguesía, cayó al mismo tiempo la dimensión práctica del derecho. El derecho ya no podía actuar como correctivo fáctico del ejercicio social del poder en la medida en que, a través de delegaciones cada vez más amplias de la función pública legislativa y judicial en favor de órganos económicos autónomos, las decisiones internas de los grupos profesionales y económicos no eran revisables por la jurisdicción ordinaria. El empresario individual fue sacrificado en cuanto elemento de peso de la organización económica, en provecho de los intereses más fuertes representados en ella y a favor de la concentración económica que iba realizándose en las decisiones —sancionadas jurídicamente— de los grupos; y de la misma forma, aquella garantía jurídica fue quitada a los asalariados en un sistema de unificación de funciones del poder público y el poder de los patronos (11). De esta forma desapareció también el derecho como correctivo de un uso directamente político del poder. Asimismo, en la medida en que la competencia de la jurisdicción ordinaria no fue reducida por la articulación de jurisdicciones especiales de partidos, policía y otras instancias políticas, la orientación política de la justicia hacia una “interpretación ilimitada” (12) del derecho positivo contribuyó más aún a que la Justicia funcionara tan sólo como órgano ejecutor del poder político. La crítica ideológica del nacional-socialismo a la concepción liberal, condujo así, en el terreno del derecho y de la teoría jurídica, a un sistema de una muy amplia identificación entre derecho y poder

(10) CARL SCHMITT subraya expresamente que el derecho de todos los ámbitos particulares de la vida y de las instituciones sociales se ha de obtener, no de reglas generales, sino sólo de su «Konkrete Standeslage», Vd. CARL SCHMITT, *Über die drei Arten der rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934, pág. 43.

(11) OTTO KIRCHHEIMER, *Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus*, en su obra, *Funktionen des Staats und der Verfassung*, Frankfurt a. M., 1972, págs. 116 y ss., 136.

(12) BERND RÜTHRS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, 1968.

fáctico, en el cual no sólo desapareció el momento dinámico de un mecanismo jurídico formal que regulara la resolución de los antagonismos sociales, sino también la seguridad estática frente al poder arbitrario.

II

Todas las características del desarrollo actual de la teoría jurídica de la República Federal muestran cómo la aniquilación por el fascismo de la estructura liberal-burguesa del derecho no era algo completamente superado. O más aún: que en este aspecto, al fascismo alemán hay que considerarlo solamente como la deformación más extrema de una tendencia social a largo plazo. En todo caso, las constantes aquí señaladas en el desarrollo alemán fascista y postfascista, no conciernen únicamente a las formas del poder político, sino también, sobre todo, a la organización del ejercicio del poder económico; y la constante de la función social objetiva de la teoría jurídica alemana no indica ya la intención política subjetiva de los teóricos contemporáneos, intención que, ocasionalmente, puede aún ser liberal. La tendencia dominante a comprender la realidad existente como normativa por sí misma, significa, en cambio, un procedimiento crítico-ideológico que no entiende ya las exigencias jurídicas temprano-burguesas sedimentadas en el derecho vigente como unos principios regulativos a los cuales tuviera que orientarse críticamente la realidad social, sino que, por el contrario, determina el contenido de verdad de una ideología jurídica según el grado de coincidencia con el status quo social. Este realismo crítico-ideológico actual, en el que convergen principios teóricos tan distintos como la ontología jurídica de Werner Maihofer (13) y la teoría jurídica sistémica y funcional de Niklas Luhmann (14), debilita las estructuras normativas, en la medida en que las decisiones político-sociales son de hecho prácticamente intangibles para los procedimientos democráticos legislativos o tienen que ser entendidas como desarrollo de postulados constitucionales vigentes. Este tipo de crítica ideológica se refería tácitamente al proceso hasta ahora

(13) WERNER MAIHOFFER, *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, en: RÜDIGER LAUTMANN y otros, *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. I, Bielefeld, 1970, págs. 11 y ss. (19, 22).

(14) La crítica ideológica de LUHMANN va más allá aún de los hechos dados, en cuanto no se dirige simplemente al status quo social, sino a la permanente estabilización del sistema social, cuyo mantenimiento en su dinámica exige una paralela planificación ideológica. Vd. N. LUHMANN, *Wahrheit und Ideologie*, en *Soziologische Aufklärung*, vol. I, Opladen, 1970, págs. 54 y ss.

irreversible, en el curso del cual —desde la industrialización proteccionista de la era de Bismarck, pasando luego por la organización de la economía en la primera guerra mundial y en el fascismo, hasta la cooperación de las burocracias estatal y económica en la “gestión de la crisis” en la República Federal— la legislación parlamentaria, frente a la concepción temprano-burguesa, degeneró casi en una ratificación complementaria de las decisiones del ejecutivo y los postulados normativos sucumbieron progresivamente ante los criterios de eficacia de la legalidad propia de la economía.

En la actualidad, la crítica ideológica realista afecta, ante todo, al derecho constitucional vigente en la República Federal, en cuanto este incorpora las exigencias jurídicas temprano-burguesas y deduce de ellas consecuencias materiales en el sentido de la exigencia de un Estado social. Junto al ataque de Carl Schmitt contra aquella “tiranía de los valores” (15), la teoría constitucional dominante se enfrentó a las interpretaciones de la Constitución que atribuían a los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn, no solamente el carácter de derechos concretos, sino también el de principios jurídicos cuya aspiración a ser realizados hay que hacerla efectiva en el sentido ante todo de una democratización social fundamental (16). De tal concepción de los derechos fundamentales desconfía, en primer lugar, Ernst Forthoff, en cuanto que dicha concepción choca con la racionalidad immanente en las estructuras de la sociedad industrial (17), y en el mismo sentido mantendrá luego Niklas Luhman que de la Constitución no se tiene que derivar ningún plan de evolución social (18). Si Forsthoff describe como leyes “auténticas” las “adecuadas” a los ordenamientos de un ámbito de vida que están de acuerdo con las concepciones vigentes en él sobre la justicia, y si exige que se controle la oportunidad de las normas disciplinarias —permitidas también constitucionalmente—, la Constitución, entonces, no sirve ya como orientación finalística de la legislación, sino que lo que sirve es la estructura social ya dada (con

(15) CARL SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte. Überlegungen eines Juristen zur Werte-Philosophie*, Stuttgart, 1960.

(16) WOLFGANG ABENDROTH, *Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaats*, en su obra, *Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie*, Neuwied, 1967, págs. 109 y ss. Cfr. para esta problemática: HELMUT RIDDER, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung*, Opladen, 1975.

(17) ERNST FORSTHOFF, *Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung*, en su obra, *Rechtsstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964*, Stuttgart, 1964, pág. 222.

(18) NIKLAS LUHMANN, *Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschafts-systems*, en: *Der Staat* 12 (1973), 1, 35, 165 y ss. (21).

las concepciones de la justicia congruentes con ella) o la legalidad objetiva de la producción.

Esta forma de liberar al legislador de su sumisión al derecho constitucional para someterlo a la legalidad propia de la sociedad, no se da solamente en un representante de la escuela de Carl Schmitt, com es Ernst Forsthoff. También según Niklas Luhmann las decisiones legislativas —cuya altísima complejidad exige el propio Luhmann expresamente que se reduzca de forma drástica (19)— deben acometer esta misma reducción, pero no, por ejemplo, según normas o fines fijos e interpretables, sino en consonancia con las estructuras inmanentes del sistema (20). Los derechos fundamentales, que han quedado obsoletos en cuanto representación de los fines de una constitución global de la sociedad, tienen así una nueva función, únicamente la de proteger la estabilidad propia del sistema. Tales derechos no aparecen ya en la teoría sistémico-funcional de Luhmann como derechos individuales de la libertad, dado que, en las condiciones de la sociedad capitalista industrial, tendrían que traducirse necesariamente en la exigencia de presupuestos de igualdad de oportunidades para los individuos. Más aún, en el curso de la adecuación ideológica de la concepción liberal a las actuales necesidades tecnocráticas, los derechos fundamentales de los individuos se trasladan al ámbito de los subsistemas sociales, de forma que sólo son interpretados como garantías de la diferenciación existente en el sistema (21). Si según Luhmann los derechos fundamentales no deben convertirse en principios estructurales ajenos al subsistema, ello implica que, por ejemplo, el principio constitucional de la igualdad de derechos del hombre y la mujer (art. 2, abs. 2 de la Ley Fundamental) no tiene que trasladarse al subsistema de la familia; la garantía de la dignidad humana (art. 1 L. F.), que queda abandonada únicamente a la suerte de cada uno, no puede ampliarse con una disposición que la proteja frente a intervenciones estatales que persigan una medida de control de las relaciones sociales de dependencia; y, por último, de los principios políticos de la democracia social y del Estado de Derecho, no pueden derivarse genéricamente consecuencias para la organización del subsistema econó-

(19) ERNST FORSTHOFF, *Über Massnahmegesetze*, en su obra, *Rechtsstaat im Wandel*, entre otras, págs. 84 y ss., 94 y ss.

(20) NIKLAS LUHMANN, *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, en: RÜDIGER LAUTMANN y otros, *Der Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, págs. 175 y ss. (190).

(21) NIKLAS LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, Berlín, 1965, págs. 23, 37, 71 y siguiente, 196 y ss.

mico (22). Por consiguiente, en la teoría de Luhmann, una democratización de todos los espacios sociales sólo puede aparecer como "totalitaria" desdiferenciación del sistema. Que para Luhmann, la función de los derechos fundamentales deba consistir en la defensa de tal desdiferenciación, significa, en una última consecuencia paradójica, que los derechos fundamentales tiene que servir de garantía de seguridad frente a su propia realización social.

La idea de Luhmann sobre la función de una Constitución en un Estado de Derecho pretende igualmente, en su conjunto, que un sistema económico indiferenciado quede emancipado de los postulados de justicia de la constitución y de las intervenciones del sector político ajenas al sistema. Luhmann lleva a cabo la adecuación ideológica de los conceptos centrales de la concepción burguesa de la Constitución a las nuevas necesidades del sistema: representación y participación no son ya esas categorías fundamentales de la Constitución, sino que la nueva categoría se llama reflexión (23). Pero con el concepto de reflexión, Luhmann pide que los sistemas parciales de la sociedad tengan mutuamente en cuenta, en el proceso de su propia autodeterminación, su capacidad de ser "medio ambiente" de otros sistemas (24). Para el sistema político, esta determinación funcional de la Constitución en relación con el sistema económico, puede significar solamente el reconocimiento del "primado de la economía" (25) sobre todas las determinaciones concretas de contenido que haya en la Constitución. Por otro lado, si sólo en armonía con el contexto puede legitimarse el sistema político, evidentemente éste se presenta en la Constitución como mera institución de conexión con el sistema económico, lo mismo que todos los principios democráticos de la estructura.

Que de esta manera la racionalidad inmanente a los procesos económicos prevalezca sobre los criterios de racionalidad del derecho constitucional, es algo que tiene amplias consecuencias para la evaluación, sobre todo, de los procesos democráticos de creación jurídica. En significativa analogía con la crítica de Carl Schmitt al parlamentarismo de Weimar a propósito de su disfuncionalidad respecto de las tareas sociales de planificación (26), Luhmann insiste

(22) *Ibid.*, págs. 106, 72 y ss., 115 y ss.

(23) Del mismo: *Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems*, entre otras, págs. 172 y ss.

(24) *Ibid.*, pág. 179.

(25) Del mismo, *Positivität des Rechts...*, pág. 200.

(26) CARL SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlín, 1931, págs. 91 y s., 94.

en la discrepancia entre el ritmo de cortos períodos fijados por las elecciones en el sistema parlamentario y la necesidad de un período de tiempo más amplio para los procesos sociales de planificación y decisión (27). Igualmente, en esta argumentación de Luhmann, aquel momento de la generalidad de la ley que exige la legitimación democrática —al menos en la forma de votaciones parlamentarias— del nacimiento del derecho, resulta ilusorio ante las exigencias tecnocráticas y ante los intereses económicos dominantes que prevalecen en ellas (28). Que lo que reclama prioridad no sea la exigencia de un control democrático de la planificación, sino la exigencia de que ésta sea eficaz, pone de manifiesto una vez más un perverso planteamiento burgués, usurpador y restrictivo, que, con la excusa de la constante necesidad de dirigir la economía, no va contra las intervenciones administrativas, sino contra las reglamentaciones del legislador.

No deben considerarse oportunas aquellas intervenciones estatales en la economía que impongan a los procesos económicos regulaciones sociales “ajenas a las cosas”. Con ello, Luhmann impone exigencias estructurales también a los contenidos de la ley. Así, el desarrollo del derecho no sólo tiene que ser compatible, en suma, con las condiciones existentes en cualquier caso en el campo social, sino que los cambios jurídicos tienen que tener en cuenta también la compatibilidad recíproca de los subsistemas sociales particulares (29). En el ejemplo elegido por Luhmann (las innovaciones legislativas sobre la igualdad de razas sólo son conformes al sistema si el mercado de personal y las comunidades de vivienda y de vecinos se adaptan a ello) puede comprobarse cómo la realización legislativa, en este caso incluso de un postulado constitucional, queda comprometida siempre por el reconocimiento de hechos económicos previos. La exigencia de Luhmann de la construcción jurídico-científica de “conceptos jurídicos adecuados a la sociedad” (30) lleva consigo esta capitulación del derecho ante la prepotencia de las relaciones sociales sobre el concepto.

(27) NIKLAS LUHMANN, *Politische Verfassungen...*, págs. 13 y s.

(28) Por eso, LUHMANN propone expresamente un concepto del procedimiento orientado a la verdad, en cuanto estaba aún vinculado a una teoría democrática de la legislación; Vd. NIKLAS LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969, pág. 148.

(29) NIKLAS LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Reinbek bei Hamburg, 1972, vol. 2, páginas 203, 324.

(30) Del mismo, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974, págs. 49 y ss.

En el capitalismo industrial avanzado, son simultáneas la necesidad de regular la economía y la defensa tecnocrática de intervenciones creadas socialmente sin ser deseadas, y ello da una nueva dimensión a la relación entre el derecho y la legalidad propia de la economía. Si en el capitalismo primitivo un mínimo de condiciones jurídicas básicas debió garantizar un máximo de antorregulación económica, el proceso actual está caracterizado, por el contrario, por la extraordinaria amplitud de las intervenciones administrativas en los procesos económicos y la juridificación de todos los ámbitos sociales. Pero mientras las actas legislativas de los Parlamentos se limitan en gran parte a la rectificación a posteriori de leyes cuyo contenido fue determinado de antemano en la cooperación entre las burocracias estatal y económica, la legalidad estrictamente propia del proceso económico es restablecida por medio de intervenciones jurídicas referidas a detalles concretos. Por influjo de una visión económica e interesada del establecimiento del derecho, en el intenso proceso de juridificación del presente prevalece una tendencia que en la práctica social se contrapone precisamente al mantenimiento de la ideología jurídica temprano-burguesa. El abismo entre la pretensión ideológica y la facticidad social se resuelve a favor de la facticidad, mientras que las estructuras jurídicas se identifican en gran parte con las estructuras económicas.

Sin embargo, la teoría burguesa del derecho más avanzada observa, no sin interés, que en tal proceso de identificación el derecho pierde no sólo su función socio-práctica de emancipación, sino que incluso resulta también impotente como mecanismo de planificación tecnocrática de la sociedad. El derecho refleja la realidad social con tanta exactitud que, en la compenetración con una sociedad siempre más compleja y diferenciada, el sistema jurídico —como dice la tesis de Luhmann— se ha fragmentado en una complicada serie de campos jurídicos especializados; y precisamente por eso, el derecho ya no puede reflejar la interdependencia de las relaciones sociales (31). Pero mientras tal interdependencia es el objetivo de la planificación, pues ésta debe encauzar por medio de la integración el origen natural de la diferenciación social, queda con ello clara la divergencia de derecho y planificación social (32). La total renuncia a la regulación jurídica de las funciones del poder tecnocráticamente legitimadas, se manifiesta así como la consecuencia más clara de la igualación de derecho y realidad.

(31) Del mismo, *Rechtsssoziologie*, pág. 332.

(32) *Ibid.*, pág. 333.

Este diagnóstico de la significación reaccionaria del derecho en la sociedad actual parece, a primera vista, contradecir el intenso desarrollo del Estado de Justicia de la República Federal. Efectivamente, ya la resolución de la Ley Fundamental de Bonn sobre las amplias competencias de la jurisdicción constitucional, y, en general, sobre la sólida posición de la justicia, encierra bastante desconfianza respecto a un planteamiento de estricta legalidad y respecto a la "soberanía" del legislador democrático, y ello en la medida en que dicha ley prescribía una legalidad de rango superior para las simples leyes (33); sin embargo, el control judicial cada vez más amplio de la actividad estatal parecía garantizar una función permanente del derecho. Mientras tanto, también la práctica jurídica actual de los más altos tribunales confirma precisamente que las decisiones judiciales, al menos según su función objetiva, tienden a confirmar la creciente erosión de la específica racionalidad del derecho. No es sólo que los tribunales laborales resuelvan conflictos jurídicos concretos entre empresarios y representantes obreros atendiendo al criterio de evitar "daños a la economía nacional", ni tampoco que, con el principio de "adecuación social", y atendiendo a las conveniencias económicas dominantes, relativicen el derecho establecido estatalmente o por los sindicatos de forma autónoma. En casi todas las ramas de la administración de justicia se independizan cláusulas de interés público, como "intereses públicos" o "intereses de la comunidad", frente a las precisas determinaciones particulares de la ley o la Constitución. La ampliación de las competencias judiciales a costa del legislador, debe posibilitar la aplicación más justa del derecho según las situaciones más justas y una puntual igualación de intereses, pero al precio de la incorporación de las leyes objetivas de la economía al impreciso concepto general del derecho.

Precisamente también el Tribunal Federal Constitucional, en las más recientes y conflictivas sentencias que se promulgaron sin tener en cuenta el resto de la Constitución, hizo temer que hubiera que proteger la Constitución de los "guardianes de la Constitución". También aquí se pueden poner ejemplos de la tendencia a resolver los juicios en favor del "primado de la economía" y a costa de la racionalidad formal del derecho. Ocasionalmente —en su época li-

(33) En conexión con la teoría de CARL SCHMITT sobre la relación entre legalidad y legitimidad, ULRICH K. PREUSS desarrolla con intencionalidad crítica el concepto de legalidad de dos niveles, en *Legalität und Pluralismus*, Frankfurt a. M., 1973.

beral, durante los años cincuenta—, el Tribunal Federal Constitucional se había defendido de los abusos del ejecutivo dirigidos por intereses económicos privados y —sobre todo— en contra de la concepción dominante sobre el Estado y el derecho, estableció que la Ley Fundamental no haría de la “economía social de mercado” una parte de la Constitución, sino que sería neutral en lo que se refiere al sistema económico. Pues bien, en un juicio muy reciente, tal intención liberal ha sido, sin embargo, indirectamente revocada (34). En el juicio de 22 de marzo de 1975, que se refiere a la aplicación del “decreto sobre radicales”, el Tribunal se limita a adherirse expresamente a la práctica de las instancias administrativas de rechazar al solicitante de un puesto público en base a su militancia en partidos —cuya contradicción con la Constitución no está expresamente determinada por el Tribunal Federal Constitucional— y a hacer él mismo dejación de su exclusiva competencia, fijada por la Constitución, sobre la prohibición de partidos. Con este juicio, el Tribunal Federal Constitucional aprueba al mismo tiempo y tácitamente la práctica dominante en los Estados de la República Federal, de rechazar ya a solicitantes si aspiran —sin lesionar los preceptos constitucionales concretos— a una transformación del sistema económico. La adhesión exigida a los solicitantes respecto al “orden fundamental democrático y liberal” (art. 18 de la Ley Fundamental) se convierte así en defensa del status quo económico (35).

En la práctica de las autoridades administrativas, que tolera el Tribunal Federal Constitucional, y no sólo en el sector de la judicatura dominante en los tribunales administrativos, el concepto de “orden fundamental democrático-liberal” no expresa ya la suma de todas las leyes constitucionales, sino una Constitución sustancializada que, como “superlegalidad” (36) imprecisamente descrita, puede fijar a los ciudadanos del Estado exigencias caprichosas en un caso concreto. Pero cuando la Constitución en su conjunto es reducida así a un concepto indeterminado del derecho, no puede eludir la identificación con la facticidad social. Por ello, apenas cabe diferenciar la tendencia vigente en la práctica de la justicia estatal de anteponer la Constitución a las simples leyes, de la vinculación tecnocrática

(34) Juicio del Tribunal Federal Constitucional sobre la ley de ayuda a la inversión de 20-7-1954.

(35) Cfr. como documentación: Erhard Denninger (editor), *Freiheitliche demokratische Grundordnung. Materialien zum Staatsverständnis und zur Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik*, 2 vols., Frankfurt a. M., 1977.

(36) Cfr. el concepto de CARL SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, en su obra, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlín, 1958, pág. 311.

del legislador a los criterios de racionalidad inmanentes en la producción económica. A esta simultaneidad de dos clases de legalidad y a esta nivelación entre derecho constitucional y realidad, corresponde la aparente paradoja de la actual evolución, que se comprueba al mismo tiempo por una ampliación de competencias de la justicia y también por la resignación de los tribunales constitucionales administrativos, y que se caracteriza por una función objetivamente reaccionaria de la justicia. A través de estas dos clases de jurisprudencia, la justicia deviene mero agente de la legalidad propia de la economía.

Los planteamientos de la teoría jurídica actual, que hay que entenderlos como articulación del desarrollo de la justicia estatal, confirman la destrucción de la específica racionalidad del derecho. La teoría jurídica de Werner Maihofer, con el concepto de "Natur der Sache", eleva las estructuras dadas de la sociedad al rango de las más altas fuentes del derecho y las inmuniza como "reserva" de la interpretación científico-jurídica y judicial frente a toda ingerencia legislativa. Al exigirse que la aplicación del derecho dependa, no de la ley, sino del derecho que se identifica con la "Natur der Sache" (37), la justicia se convierte precisamente en algo discrecional en relación con la realización del derecho positivo, realización a la que, según la concepción temprano-burguesa, tendría que servir en estricta vinculación con la ley. Pero la emancipación del legislador somete de inmediato la justicia a las relaciones sociales reales. La "NS", entendida por Maihofer como la justicia y el orden inmanente a todos los ámbitos sociales de la vida, expresa la inevitable unidad del hombre como portador de facultades sociales (comprador y vendedor, arrendador y arrendatario, médico y paciente, etc.) con las posiciones y situaciones sociales a que esas facultades corresponden (38). Para una Justicia que es obligada en la judicatura según el principio "NS", ya no puede valer la igualdad ante la ley. Su aplicación del *Statusrecht* fortalece las estructuras de la realidad de una sociedad jerárquicamente diferenciada, de acuerdo la división de funciones del moderno proceso de producción.

Cuando la teoría de Maihofer determina las posiciones jurídicas según el status social, intenta —como ya el *konkrete Ordnungsdenken* de Carl Schmitt— una acomodación radical de la ideología jurídica temprano-burguesa a las necesidades del capitalismo in-

(37) WERNER MAIHOFFER, *Die Natur der Sache*, en: ARTHUR KAUFMANN (editor), *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt, 1965, págs. 52 y ss. (84).

(38) Del mismo, *ibid.*, pág. 71.

dustrial “refeudalizado”, en el cual las posiciones económicas y políticas de poder son cada vez más difíciles de diferenciar. En efecto, si Maihofer, a pesar de sus compromisos con el iusnaturalismo tomista (39), no concibe ya el derecho como unidad estática de orden de grados del ser, entonces, lo único que encontramos en su concepto de un “derecho natural progresivo” —con arreglo al cual tendrían que determinarse de nuevo las estructuras lógico-objetivas—, es la reflexión teórica sobre mecanismos de estabilización específicamente dinámicos propios de la sociedad moderna. Ante todo, la estandarización que hace Maihofer de los portadores jurídicos de roles comprende una amplia derogación del principio liberal de igualdad. En el iusnaturalismo concreto de Maihofer encontramos la regla de oro del intercambio equivalente (lo que tú no quieras que te hagan a tí...), que fundamenta la moral de mercado de Hobbes entre competidores fundamentalmente iguales, como también la orientación de Kant de que las máximas subjetivas de los individuos se fundamenten en la posibilidad de llegar a ser ley general. Pero ambos principios, igualdad y generalidad, han cambiado radicalmente: sólo pueden comprenderse como algo parcial. La regla de oro y el imperativo categórico no valen ya como ley general del comportamiento para cada uno “en todo lugar y siempre”, sino sólo “para cada uno en tal rol o situación” (40). Con ésto —aunque bajo un modelo dinámico— se piensa sólo en aquel grado de abstracción y de tratamiento igual que también estaba incorporado al derecho de la sociedad feudal. La expresa pretensión de Maihofer de revitalizar el pensamiento iusnaturalista concreto de la Alta Escolástica, se dirige contra el iusnaturalismo abstracto de la Ilustración y significa precisamente, por lo que tiene de regresiva, una adaptación ideológica a los cambios estructurales sociales y jurídicos de la sociedad moderna. La actual ontología jurídica no deriva ya principios jurídicos generales de las necesidades y de la “naturaleza del hombre” para orientar hacia ellos la organización futura de la sociedad —aquí residió el momento relativamente progresivo de la teoría temprano-burguesa (41)—, sino que, por el contrario, dicha ontología jurídica hipostasía las relaciones y posiciones sociales como una “NS” dada y obtiene de ellas las exigencias de comportamiento específicas de cada status y jurídi-

(39) *Ibid.*, pág. 53 y nota 4.

(40) *Ibid.*, págs. 79 y s., y del mismo, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, Frankfurt a. M., 1956, págs. 86 y ss.

(41) JÜRGEN HABERMAS, *Naturrecht und Revolution*, en su obra *Theorie und Praxis*, Neuwied, 1963, págs. 52 y ss.

camente relevantes para el hombre. Queda señalado así un aspecto esencial del realismo ideológico-jurídico. La pretensión de igualdad formal no encubre ya las relaciones objetivas y sociales de dominación; por el contrario, la segmentación propia de la sociedad actual, su sistema de asignación de status y funciones (con los condicionamientos de cada situación) en los amplios procesos de planificación y dirección, llega a manifestarse claramente como principio jurídico expreso. Aquí, la teoría jurídica evidencia todo su esfuerzo por hacer de mediador entre la pretensión de realizar de forma generalizada los *contenidos* jurídicos —pretensión establecida a niveles jurídico-formales en la primera fase de la burguesía— y la desigualdad real de los destinatarios del derecho; y refleja directamente la particularización existente en el orden jurídico, asegurada desde un principio por el hecho de la desigualdad de los destinatarios del derecho.

La misma tendencia al tratamiento “unidimensional” del derecho, a la revocación de su pretensión ideológica en la realidad social, determina la reflexión de Maihofer sobre el derecho constitucional. Al mismo tiempo, la teoría constitucional de Maihofer refleja la contradicción objetiva de la actual situación constitucional en los sistemas democrático-liberales. La inveterada dicotomía entre Constitución y realidad constitucional se mantiene en lo esencial, por una parte, en la conservación de los principios jurídicos temprano-burgueses de la emancipación individual (principios de hecho incumplidos) y de otra en la meridiana evidencia de la concentración de poder socio-económico en las estructuras segmentadas del capitalismo industrial. Que Maihofer entienda los postulados constitucionales del Estado liberal de Derecho y de la democracia social —tal y como los contiene la Ley Fundamental de Bonn— como “utopías concretas” en base a las cuales todo el desarrollo futuro del derecho tiene que superar la facticidad existente (42), permite, después de todo, esperar que la referida dicotomía deba ser superada a través de una transformación de la realidad social. Que además Maihofer se esfuerce claramente por interpretar los principios fundamentales centrales de la “utopía social” de Marx como consecuencia necesaria de la pretensión democrática de emancipación, explica que, ya desde hace tiempo, en la República Federal no se valore como liberal-radical la posición de Maihofer. Sin embargo, el análisis de la estructura argumentativa sobre la realidad propia

(42) WERNER MAIHOFFER, *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, págs. 21 y s.

de esta teoría lleva a otro resultado. Según Maihofer, las determinaciones teleológicas del derecho constitucional tienen que acoplarse a las tendencias evolutivas empíricamente constables, a fin de traducir los postulados generales “en concepciones realistas y realizables” (43). Esto sólo puede significar que las exigencias de emancipación tiene que someterse a las restricciones de las correspondientes condiciones básicas de la economía. En este punto, no sólo comienza la involución de la “utopía” del Estado social hacia el principio de integración, sino que también los postulados de la Constitución —la igualdad de oportunidades en la educación, o la igualdad de derechos del sexo en relación con el derecho de la mujer a la profesión— quedan condicionados por las correspondientes necesidades de la sociedad industrial. Con ello, pues, Maihofer acaba reduciendo los postulados de la Constitución a las estructuras dadas de la realidad, y separa profundamente del mandato de la Constitución aquel desarrollo futuro del derecho. El derecho mantiene así ese mismo “carácter de proyecto” que, según Maihofer, es sustancialmente inherente a la existencia humana, enfocada a un futuro permanentemente abierto (44). Pero queda en pie la pregunta de si, según esta concepción teórico-jurídica, el derecho está más capacitado para responder a las necesidades de una sociedad fuertemente diferenciada y al mismo tiempo extremadamente dinámica y orientada hacia el futuro.

He aquí, pues, cómo sorprendentemente vienen a coincidir en esa valoración negativa de una función autónoma del derecho en la sociedad moderna, planteamientos teóricos como el funcionalismo jurídico de Luhmann y la ontología jurídica de Maihofer, aun cuando el abandono de la racionalidad formal del derecho conduzca a soluciones diferentes. Ambos autores sitúan las exigencias jurídicas temprano-burguesas en el mismo nivel de la realidad social y contraponen a las innovaciones legislativas la diversificación de la sociedad en órdenes especiales o subsistemas. Pero mientras Maihofer deja abandonado al legislador a causa de la estructura interna del ámbito de posiciones sociales —su “NS”— que es autónomo, Luhmann exige que todos los cambios jurídicos tengan en cuenta la compatibilidad recíproca entre los subsistemas sociales. El principio de compatibilidad de Luhmann diluye todas las determinaciones

(43) Del mismo, *Realistische Jurisprudenz*, en: Günther Jahr/W. Maihofer (editores), *Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlagendiskussion*, Frankfurt a. M., 1971, páginas 458 y s.

(44) *Ibid.*, pág. 439.

esenciales inmanentes, y desarrolla las determinaciones funcionales de todos los sistemas particulares "no desde dentro", sino heterónomamente, de acuerdo con el correspondiente contorno del sistema. Con ello, en contraposición al planteamiento de Maihofer, quedan absolutamente reconocidos intervenciones y planes socialmente formados y que tienen que orientarse a las interdependencias sociales, aunque sean incapaces de admitir contenidos democráticos dentro de iniciativas legislativas. Mientras Luhmann amplía competencias administrativas a costa de la función del derecho, la defensa que hace Maihofer del legislador se queda en una protección defensiva y formalmente judicial de los órdenes sociales autónomos. Bajo el aspecto de orientación dinámica hacia el futuro de la sociedad moderna, el desarrollo social es liberado en ambos casos de la regulación legislativa.

Desde el punto de vista de un potencial emancipador de la estructura del derecho bajo las condiciones de una democracia política, no es extraño encontrar, precisamente entre los representantes contemporáneos de la teoría jurídica burguesa, una valoración negativa de la función del derecho en el desarrollo de la sociedad. Junto a expresiones analíticas sobre la función objetivamente retrógrada del derecho formal en la sociedad moderna, un claro interés de estos autores persigue el debilitamiento de las exigencias jurídicas temprano-burguesas incorporadas en la estructura actual del derecho y la Constitución. Respecto de la necesidad social de planificación, en el contexto de una internacionalización de los procesos económicos que hace caducas las fronteras nacionales y estatales, la fracción más conservadora de los teóricos burgueses del derecho opta por soluciones tecnocráticas: con el envejecimiento de la organización estatal-nacional de la política, la política en general y al mismo tiempo su forma democrática de organización es, en definitiva, calificada de obsoleta (45); el desajuste de los actuales modelos constitucionales con estos procesos conduce finalmente a la tesis de la desaparición de su validez (46); el carácter de expectativa esencial a la estructura jurídica, debe, por su falta de flexibilidad con respecto a los procesos dinámicos de planificación, convertirse en un tipo de expectativa receptiva y en consecuencia tiene que invertirse tomando como base la estructura de los procesos de pla-

(45) LUHMANN duda que bajo este aspecto la integración política de la sociedad sea indispensable, Vd. *Rechtssoziologie*, págs. 333 y ss.

(46) ERNST FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungenauslegung*, Stuttgart, 1961, pág. 11. N. LUHMANN, *Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschafts-systems*, pág. 3.

nificación (47). Precisamente porque el contenido de realidad social de estas teorías jurídicas es tan inequívocamente alto que no expresan sólo opciones, sino que al mismo tiempo analizan tendencias fácticas de desarrollo, es de temer que en la práctica se haya malogrado la posibilidad de realizar innovaciones democráticas en los amplios procesos sociales de desarrollo del futuro inmediato. Aquí, se apunta un proceso que tiende, al contrario de las manifestaciones marxistas, a una versión burguesa de la "extinción" del derecho y del Estado, aún antes de que sus potenciales emancipadores fueran realizados.

(47) NIKLAS LUHMANN, *Rechtssoziologie*, págs. 340 y ss. LUHMANN manifiesta hasta la sospecha de que atenerse concretamente a unos mecanismos jurídico-políticos era una desacertada especialización de la humanidad, *ibid.*, págs. 339 y s.