

Dos modelos del orden constitucional: las garantías del orden y las medidas de coerción gubernamental en la Ley de Bonn

POR **CLAUDIO CONTRERAS**(*)

Sumario: I. Introducción.- II. La noción de orden normativo en la traducción constitucional de la República Federal Alemana: el debate en torno al Estado social de derecho.- III. *Rechtsstaat* y Planificación: el giro ordoliberal en Alemania Federal.- IV. La noción de orden regulativo en la administración del Consejo Económico de la República Federal.- V. Conclusiones.- VI. Bibliografía.

Resumen: en el presente artículo se realizará un análisis de la noción de orden normativo en la República Federal Alemana en sus primeras dos décadas. El objetivo consiste en establecer, por medio de un análisis de histórico-filosófico del derecho, una diferencia entre la noción de orden constitucional definido en términos de garantías y límites, y una noción “programática” definida en términos de modelos económico-gubernamentales. El problema a plantear es la reconstrucción de las teorías jurídicas que subyacen a la práctica jurídica y la legislación. Un primer concepto de orden referido a los derechos fundamentales lo formuló Ernst Forsthoff, con respecto a la Ley de Bonn, distinguiendo la legalidad y la administración en vistas a criticar la noción del “Estado social de derecho”. En segundo lugar, vamos a ver como se forma, a partir de las teorías del Ordoliberalismo de Wilhelm Röpke, una noción de orden regulativo en términos de las reformas del Consejo económico que operan en términos estrictamente gubernamentales, apoyándose en la noción de “valores” constitucionales.

Palabras claves: normatividad - administración - intervención - constitución - legalidad

(*) Abogado, Universidad Nacional de la Plata. Dr. en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de la Plata (UNLP). Prof. Titular de Derecho Político y docente investigador, Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (UNNOBA).

Two models of constitutional order: the warranties of normative order and the measures of governmental coercion in Bonn's Law

Abstract: *in the present article we will make an analysis about the situation of the Federal Republic of Germany in her first's years after de Second great war. Using a historical and philosophical method of analysis, the objective consist in the formulation of a difference between the notion of constitutional order posed in terms of warranties and limitations, and a programmatic definition in terms of economical and governmental models. The problem of the analysis is the reconstruction of the juridical theories that are supposed in the juridical practice and legislation: in first place the critic made Ernst Forsthoff on the notion of social Rule of law on the basis of a duality between legality and administration. In second place the economic Counsel of the federal Republic based on Whilhelm Röpke's theory of constitutional values, who works on the notion of order in terms of regulation and government.*

Keywords: *normativity - administration - intervention - constitution - legality*

I. Introducción

En su ensayo de 1960 sobre *La tiranía de los valores*, Schmitt considera el problema de la introducción de la noción de valor (*Wert*) en la Ley Fundamental de Bonn (Schmitt, 2009). Los Tribunales, la legislación, la administración apelarían de forma confusa a principios constitucionales que no tendrían una función limitativa de garantías, sino una interpretación valorativa en términos programáticos. La cuestión, en verdad, remite a una instancia antecedente de formación ideológica, aquella que comprendía a la teoría de Max Weber sobre la hermenéutica jurídica. Esta dio el pie para que se realizara una interpretación de la Constitución de Weimar y sus derechos fundamentales como una “teoría de los valores”, la cual concernía a la eficacia respecto de terceros, a la esfera privada y al carácter social de ciertos artículos. Pero es con la Ley de Bonn en donde, según las proposiciones de Forsthoff en *El Estado de derecho en transición*, la cuestión del valor adquiere su propia relevancia.

Cabe notar, además, que Whilhelm Röpke, uno de los principales teóricos del ordoliberalismo alemán había dedicado a la noción de “valor” sus principales ensayos sobre teoría constitucional de la postguerra, y se ocuparía de asumir el ministerio del Consejo Económico en los primeros años de la República Federal.

En el presente artículo nos proponemos analizar estas críticas de los juristas sobre la introducción del elemento valorativo, que parecen referir a un sentido “programático” y no meramente limitante de la constitucionalidad; de forma consecuente, nos detendremos brevemente en el modo de proceder del gobierno en los primeros años de la República Federal alemana. Se trata de analizar como se

viene a formar una noción ordoliberal del orden (a la que acaban de ajustarse la social-democracia y los socialismos) según la cual las leyes decisivas residen en las que coaccionan a los agentes a ingresar en la libre concurrencia del mercado, y construyen de contraparte un soporte al empleo por medio de pequeñas subvenciones, seguros sociales, etc., que, por un lado, promuevan un máximo de rendimiento para sujeto emprendedor y, por otro, establezcan un mínimo indispensable para mantener al individuo vivo.

II. La noción de orden normativo en la tratadística constitucional de la República Federal Alemana: el debate en torno al Estado social de derecho

La introducción de la noción del “Estado social de derecho” por Herman Heller, en los años de crisis de la República de Weimar, fue recuperada en los primeros años de la República Federal e incluida en la Ley de Bonn. A diferencia del Estado de derecho o *Rechtsstaat* liberal del siglo XIX, el Estado “social” de derecho (*sozialer Rechtsstaat*) incluiría en sí derechos sociales, pero también y ante todo, principios de valoración en torno a las formas de gobierno y administración social. El problema que se va a plantear allí, que tratamos de reconstruir en el presente artículo, concierne al modo en que los teóricos de la doctrina jurídico-constitucional analizar la forma en que los derechos subjetivos de carácter limitante vienen a extender sus garantías a derechos y valores sociales de carácter programático.

En sus estudios sobre la noción del Estado social de derecho, Forsthoff se detiene sobre el estatuto de tal instituto en la carta constitucional de la República Federal, es decir, de la Ley de Bonn. El término social aparece solo dos veces en la carta constitucional, en los artículos 20 y 28. Pero Forsthoff señala que no es preciso simplemente atenerse al marco positivista de análisis que se restringe al comentario de la letra de la ley, sino que es preciso analizar la constitución en términos de un ordenamiento normativo: es a este nivel que solo se puede entender las interpretaciones o valoraciones que se han hecho del principio de igualdad, la garantía de la propiedad o el derecho de revisión judicial. El problema que se plantea Forsthoff está, entonces, en cuestionar si el Estado social puesto en operación a través del derecho a la Seguridad social, el Derecho al trabajo, los arrendamientos, el Derecho urbanístico, etc., está integrado a la estructura democrática del derecho constitucional de la República Federal (Forsthoff, 1975, pp. 72-76).

H. P. Ipsen, por ejemplo, en una conferencia titulada *Expropiación y socialización* ponía en cuestión la proclama de la Ley fundamental de Bonn sobre el Estado social y las garantías otorgadas al derecho de propiedad privada. De hecho, habría, según Forsthoff, una disparidad en torno a los alcances de la fórmula Estado social de derecho puesto que es ambigua en el texto constitucional con respecto a los institutos que la realizan, y parecería ser un intento de acomodar la forma

del Estado de derecho constitucional del siglo XIX a las exigencias de la administración social. La asistencia, la previsión social y los seguros en general estaban abandonados por el legislador a los organismos de la administración, y aquí se señala que ya la República de Weimar aceptaba ciertas garantías sociales, mientras que el marxismo condenaba al Estado de derecho (*Rechtsstaat*) como un instituto legitimante del orden social burgués (Forsthoff, 1975, pp. 79-82).

A diferencia de Forsthoff, para Smend los derechos fundamentales, a la vez que limitan el arbitrio del Estado en ciertos órganos de legislación y administración, son valores de un sistema cultural que legitima el ejercicio del poder en un régimen político. La ley fundamental comprende un derecho legal que vincula a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. No tiene un carácter programático de integración material sino un contenido de derecho legal. Pero Forsthoff objeta que ya en la Constitución de Weimar, por ejemplo, se planteó el problema fundamental de si una norma constitucional: a) tiene que recibir una aplicación inmediata o b) es una regla programática que vincula al legislador. Por ello, se criticó a la constitución de Weimar por contener promesas sociales y un conglomerado de programas de partido, lo cual se suma al rechazo general de la doctrina jurídica, que había construido la noción del “Estado de derecho”, a comprender en el mismo elementos sociales programáticos (Forsthoff, 1975, p. 83).

En cambio, a nivel de la administración y la legislación del derecho público se asiste a los problemas sociales de forma directa: la fórmula Estado social de derecho, de Lorenz von Stein a Heller, no tiene un contenido constitucional más que a nivel de una instancia decisoria (el monarca, un comité, etc.) que viene a garantizar que la igualdad formal de los derechos subjetivos no se oponga a las medidas para modificar la desigualdad social por medio de un sistema de estamentos o clases sin movilidad social. Pero la atención a los intereses y necesidades sociales, en cambio, es tratada de forma sistemática en el derecho administrativo de Rölsner, Stein, etc. La actividad administrativa, por otro lado, se remite a módulos jurídicos del derecho privado: no se basa estrictamente en el principio de legalidad, pero no encuentra su base en garantías constitucionales. Por ejemplo, en el siglo XIX, la noción del Estado de derecho daba una autonomía a la sociedad bajo la forma de una economía de mercado frente al poder estatal. Las garantías comprenderían, por ende, límites que acotan ámbitos ante los cuales el Estado debe detenerse; hay otras garantías excepcionales que vinculan al individuo al Estado por medio de participación (por ejemplo, el derecho a un juez establecido por ley). En principio, estas son compatibles con respecto al carácter limitativo frente a las normas abstractas y generales, en términos de libertades de sindicación, huelga, medios de enseñanza, etc. y son susceptibles de reglamentación previa. Pero también es el caso de la participación en garantías sociales (por ejemplo, ayuda, repartición, distribución, adjudicación, subsidio).

En el siglo XX, la pregunta es cómo hacer de las denominadas garantías sociales formas legales ejecutivas con capacidad vinculante y aplicación directa, y no formas valorativo programáticas ambiguas, dejadas a la disposición de la administración y el poder ejecutivo, o aun al criterio de decisión judicial (Forsthoff, 1975, p. 92). Problema de las constituciones de los *Länder* y del derecho municipal a nivel de la comprensión de leyes programáticas, y su limitación por el Estado federal, que, por otro lado, surge en momento de estado de excepción por guerra.

Forsthoff, asimismo, considera que el Estado social de derecho en la República Federal y en la Ley de Bonn no concierne a los derechos sociales de la República de Weimar, sino que viene a operar como una regla programática que impide la aplicación unilateral de la ley, y da a los derechos fundamentales un valor interpretativo. Sin embargo, Martin Wolff señalaba que los derechos fundamentales tienen una sustantividad propia, de modo que, al ser trasladada una noción como la de propiedad al derecho constitucional esta deviene un "límite formal" frente a la legislación, a los tribunales, etc.

Según Forsthoff, el Estado social de derecho tiene al menos tres nociones: a) la huelga política; b) el derecho de cogestión; c) la socialización de la tierra, sin que se la considere una expropiación ilegal de la propiedad raíz. A este nivel hay dos opciones: o bien lo social remitiría al procedimiento de partición, distribución y adjudicación como lo define Carl Schmitt, es decir, un proceder político del Estado frente a la realidad social, por medio de discriminaciones y expolios; o bien uno administrativo establecido por normas previas por instituciones respectivas (Forsthoff, 1975, p. 95). Esto introduce, a su vez, el problema de la protección de los derechos fundamentales frente a la socialización: según Ipsen esta tendría un carácter teleológico-programático que vincula al legislador, a los tribunales de justicia y a la administración.

Comprende, por ende, la intrusión de un contenido material en el texto constitucional, pero esto opone un derecho fundamental, como la propiedad, a la regulación de la distribución de la riqueza. Hay, entonces, libre interpretación y apreciación, de modo tal que la exigencia de subvenciones en vistas a la previsión social se puede reclamar en el texto constitucional como un aumento de la protección jurisdiccional de los mismos en vistas a la socialización.

Ahora bien, hay aquí un cruce entre constitución y sociedad, entre Estado de derecho y Estado social a través de la legislación y de la administración. Según Forsthoff, la uniformidad de las constituciones de la postguerra con su carácter democrático al que se agregan preámbulos sociales. En estas constituciones se trata de adaptar por medios técnicos a distintos ambientes la forma del *Rechtsstaat*, que tratan de limitar y compensar el ejercicio de los poderes en una sociedad de

masas: una vez que se introduce la fórmula de lo social, el problema está en qué medida esta modifica el orden constitucional (Forsthoff, 1975, p. 96).

Forsthoff se detiene en la modificación del estatuto de la representación en la Ley de Bonn; mientras que en Weimar se distinguían entre los derechos individuales del propietario, considerados como garantías ordinarias, frente a los derechos de las asociaciones sindicales, consideradas como garantías “materiales”, en la República Federal el problema reside en que la especialización general de los saberes no es contrapuesta a ningún aparato de “participación política” de la sociedad. Aquí Forsthoff discute con la tesis de Schumpeter en *Capitalismo, socialismo, democracia* quien sostiene que, en tanto los mecanismos operatorios de la economía son independientes de la sociedad que los padece, es preciso gobernar, y establecer la legalidad en omisión de los aparatos de la opinión particular, o bien reducirlos a un margen meramente retórico. No hay entonces limitación del poder del Estado a través de la diferenciación de las asociaciones y bloques partidarios. Los partidos entonces se separan de las formas de la participación, y restringen a las mismas a los agentes capaces de gobierno. Forsthoff se detiene a su vez en el modo en que la previsión de los cambios en la opinión viene a delimitar la posibilidad de un partido de mantenerse en el poder (Forsthoff, 1975, p. 97).

Así, por ejemplo, según Forsthoff la soberanía tributaria del Estado como una facultad ilimitada, le permite desempeñar sus misiones sociales, mediante la recaudación y distribución de medios de pago para corregir el sistema de distribución de la riqueza y las necesidades sociales. Según el autor, en el Estado de derecho del siglo XIX la soberanía tributaria puede dirigirse contra la renta y el patrimonio, no contra la propiedad (sería expropiación y daría lugar a indemnizaciones) (1975, p. 99-100). Pero, tal como sucede en el Estado social de derecho según Forsthoff, si la vida social no se considera autónoma, sino que precisa regulación por parte del Estado en las intervenciones de urgencia, pueden darse, por ejemplo, las prestaciones que se imponen con base en la ley de ayuda a la inversión como una disminución de la liquidez, dando derecho a una indemnización.

Sin embargo, en este caso, según Forsthoff, puesto que todo impuesto implica una pérdida de liquidez en el contribuyente, se vendría a confundir la imposición tributaria con la invasión del derecho de propiedad (1975, p. 99-100). El autor concluye de esto una tensión entre el orden constitucional en su coherencia interna al nivel normativo y el modo en que a la administración estatal no le basta con promulgar leyes para definir su proceder ante la sociedad y exige formar garantías que, sin embargo, tienen la forma de la prestación social de servicios (1975, p. 100).

En otros términos, para Forsthoff no hace falta una expropiación o un procedimiento confiscatorio para invadir el derecho a la propiedad, tal como el Estado

liberal del siglo XIX concebía la inviolabilidad de la misma: el problema está más bien en el modo en que las prestaciones sociales del siglo XX introducen garantías que conciernen a la capacidad financiera y adquisitiva de los sujetos (liquidez, inversión, etc.) medida con respecto al total de la población de forma compensatoria.

III. *Rechtsstaat* y Planificación: el giro ordoliberal en Alemania Federal

Hasta este punto lo que hemos considerado son las críticas de Forsthoff a la adopción de la noción de Estado social de derecho en la Ley de Bonn, y las modificaciones que implicaba con respecto al concepto de Heller Forsthoff se mantiene, sin embargo, en los límites del concepto respectivos a las garantías y prestaciones sociales concernientes a un intervencionismo de Estado, propio del dirigismo o del Estado de bienestar. Sin embargo, mientras el problema de la social-democracia y la democracia cristiana se debatían los términos del socialismo, debate del cual el conservadurismo de Forsthoff y el progresismo de Abendroth son simplemente un episodio concerniente al modo de la planificación o de la prestación, esta división interna va a ser aprovechada por los teóricos de la denominada Escuela de Friburg para darle un giro a la disputa. En este apartado vamos a ocuparnos de reconstruir este desplazamiento en la noción de “orden normativo” introducido por los teóricos del ordoliberalismo, y el modo en que esta rebasa los debates de Forsthoff y Abendroth sobre la “socialización”.

Frente a los partidarios del Estado social de derecho unitario (Abendroth, Gerber, Bachoff) y los partidarios de la división entre un Estado de derecho y un Estado social administrativo (Forsthoff, Combellas, Zippelius) tenemos la introducción del concepto de *Rechtsstaat* como *Rule of law*: sea por parte de Eucken, de Röpke, de Muller-Armack al ordoliberalismo alemán. En todo caso, el punto de la crítica a la discusión va a consistir en aquello que refería Foucault en sus estudios sobre la cuestión con respecto a la crítica de la disputa de Weimar por parte de los neo-liberales: la crítica consiste en rechazar de antemano la discusión en torno a la “constitución” como representativa de un “pueblo”, o bien de los individuos, o bien de la sociedad. Rechazo que, en la post-guerra, refiere eminentemente a la ausencia de una instancia soberana en la República Alemana. Según la afirmación de Erhardt (Foucault, 2004, p. 91), la ausencia de una soberanía auténtica impediría y haría del todo inconveniente el establecimiento de una relación entre constitución y administración tal como podía hallarse en la República de Weimar; contra aquello sería preciso, en cambio, establecer una apertura del mercado a la libre competencia y una serie de intervenciones legales que van a operar bajo el título del *Rule of law*. La oposición, entonces, juega del modo siguiente: en primer lugar, la constitución tiene que disolverse en el *Rule of law*; por otro, la administración en la libre competencia.

Foucault describe en términos de una “mofa” de una especie de “burla” del socialismo alemán de mediados del siglo cuando se pliega a los términos de la gubernamentalidad neoliberal, es decir, al abandono de la lucha de clases y de la socialización de los medios de producción (Foucault, 2004, p. 91). En verdad, refiere precisamente a la inversión de la relación entre el orden económico y el orden estatal, donde ya no se parte de una soberanía como sustento constitucional para pasar a las medidas de la administración planificadora, sino que se tiene que partir de un orden económico para establecer una posible unidad política-estatal, no partir entonces de la soberanía, sino de la gubernamentalidad:

(...) se trataba, menos de renunciar a tal o cual programa común a todos los socialistas alemanes que de entrar en el juego de la gubernamentalidad. No quedaba más que dar un solo paso a la social-democracia, aquel que consistía en la ruptura con el modelo inglés y de todas las referencias a la economía keynesiana. La cosa fue hecha por Karl Schiller, todavía él, que en 1963 abandona la fórmula (anteriormente sostenida) de *concurrencia en tanto que sea posible y planificación en la medida en que sea necesario*. Ya en 1963 afirma que el principio de cualquier planificación es peligroso para la economía liberal. Entonces ya está: la social-democracia entró enteramente en el tipo de gubernamentalidad económico-política que Alemania se dio desde 1948 (Foucault, 2004, p. 92).

La cuestión que permiten plantear estas indagaciones concierne al punto en que el Estado de derecho y la libre competencia vienen a coincidir en términos de gubernamentalidad, opuestos a la relación entre constitución de derechos sociales y administración planificadora en términos de soberanía, tal como se disputaba a fines de la República de Weimar. El campo de sujeción al que Foucault refiere la gubernamentalidad que definen el *Rule of law* y la libre competencia es doble; por un lado, concierne a lo que se denomina un *Gesellschaftspolitik*, una política social concerniente al modelo de la empresa como planificación individual; por otro una *Vitalpolitik*, concerniente al ambiente o *Umwelt* de asentamiento. Como vemos, estos términos, siguiendo nuestro curso de indagación pueden contrastarse con aquellos de la prestación como planificación social y del espacio vital o *Lebensraum* como asentamiento poblacional que definen al Estado social. El problema, sin embargo, está en determinar, hasta qué punto juega allí una oposición y no una proximidad en cuanto ambos se definen por una biopolítica.

Pero entonces, ¿cómo entender que, casi veinte años después Forsthoft y Abendroth se debatieran en torno al problema del Estado social y del Estado social de derecho en la República Federal? ¿Se trataba simplemente de un debate de intelectuales atrasados con respecto a las transformaciones que acaecían a su alrededor? Todo depende de cómo se entienda esta especie de subsunción del Estado de

derecho de la social-democracia en el *Rule of law* neoliberal. Como veremos, no se trata de una cuestión meramente “ideológica”, sino de un conjunto de problemas procedimentales que se fundan en un campo de sujeción “común” a ambos conceptos en principio considerados “antagónicos”. Quien se había ocupado de redefinir el *Rechtsstaat* como *Rule of law* anticipadamente había sido Hayek (1944) en *Camino de servidumbre*, es decir, un año antes del fin de la Segunda guerra mundial. Hayek trata de dar allí un diagnóstico de la crisis de Weimar y del advenimiento del nazismo en términos de una crisis de la economía de planificación que va a anticipar los problemas de Forsthoff y Abendroth.

Notemos la cuestión: Abendroth se había opuesto al régimen prestacional de Forsthoff (Landerwin, 1984: p. 220) tratando de retomar, con ciertos atenuantes, la vigencia de la fórmula del *sozialer Rechtsstaat*; más, en la tentativa de distinguir al mismo con respecto a las concesiones parciales de la planificación centralista de mediados de siglo, cuyas prestaciones atenuaban precisamente el carácter de los “derechos”. Para Abendroth, entonces, no sería suficiente una reforma a nivel de la gestión planificadora del estado centralizado que apuntara, o bien a una distribución parcial de las seguridades sociales, o bien incluso a una distribución de la propiedad entre los trabajadores como en el estado bolchevique. Ambos tienen el problema de no alcanzar la vigencia del derecho, sino de recaer en una participación por parte del proletario en los provechos empresariales y desplegar, a lo sumo, una autogestión. La suspicacia de Abendroth estuvo, entonces, en descreer de la vigencia que, sea un régimen autogestionado de emprendimientos locales, sea un régimen centralizado de planificación, sea un régimen de administración social de la producción en términos comunistas, podía tener a largo plazo los problemas del bolchevismo, del keynesianismo, y la falsa creencia de que un emprendimiento local es “autogestionado”, ya que se inserta en una economía más amplia que lo limita y comprende, es lo que vuelve a Abendroth a la indagación sobre la importancia del derecho social.

Ahora bien, Abendroth no va a negar el *planning*, mas lo va a formular de un modo particular que tiene cierta relevancia para comprender la vigencia que puede llegar a tener el problema del Estado social de derecho en las democracias contemporáneas; se trata de restablecer la relación entre legalidad y administración, más no en términos de legalidad y aplicación de la ley, sino más bien de establecer la prescripción de un derecho a la socialización como participación a nivel constitucional (*Mitbestimmungsrecht*) que permita, a nivel de la gestión, una limitación de la economía de la libre concurrencia, la cual, establezca una economía planificada en interés de la totalidad social, más bajo la forma de la previsibilidad.

Entonces Abendroth transforma el problema de Heller y modifica el keynesianismo: la justicia social tiene que darse al nivel mismo de los derechos sociales

constitucionales por medio de una participación obrera y no del pleno empleo, mientras que la administración no tiene que caer en prestaciones parciales sino en una planificación que apunte a la previsibilidad de las conductas económicas en vistas al interés total-común, y no a las necesidades particulares de cada uno del Estado prestacional. Ahora bien, consideremos que estas divisas —justicia con respecto a la sociedad, y previsibilidad con respecto a las conductas económicas—, más allá de los medios por los cuales se consiguen, son dos términos procedimentales que serán adoptados por el *Rechtsstaat* ordoliberal precisamente para tentar de mostrar que su eficacia mayor no está en los derechos sociales, ni en las planificación estatal como medios, pero tampoco, como se suele decir, en una supuesta vuelta a los derechos liberales de la propiedad y al *laissez-faire* de la ley del mercado autorregulado. Si se confunde el ordo-liberalismo con la fisiocracia, o bien con Adam Smith, entonces ocurren dos cosas: primero, no se comprende el modo en que este pudo regir de forma reiterada y aun no derrumbada en sus procedimientos gubernamentales y, en segundo lugar, más importante aún, le quita toda eficacia real a la crítica.

Ahora bien, notemos que la diferencia entre Forsthoff y Abendroth no era entonces tan profunda como estos mismos suponían. Si bien al nivel del Estado de derecho, uno comprende la conservación de los derechos liberales, y el otro la introducción de los derechos sociales, al nivel de la gestión administrativa la cuestión es diversa: para uno la intervención social es atómica (necesidades particulares variables), para el otro es holista (interés común previsible). Planteado de forma inversa, mientras que uno supone un aparato de previsibilidad integrado y autónomo que permite dar vigencia a la justicia social por medio de la eficacia de gestión, el otro supone siempre necesidades no cubiertas a nivel atómico. En este sentido, la consideración de lo social en términos holistas y atomistas no son incompatibles a nivel de su eficacia, sino más bien complementarias en términos de la transformación progresiva que suponen hacia un abastecimiento integral de la sociedad por la industria, ya que no hay nunca infalibilidad a nivel de la planificación total que no tenga que asistir a las necesidades de forma compensatoria; a riesgo de ello se volvería ilegítima o injusta en su pretensión totalizante.

IV. La noción de orden regulativo en la administración del Consejo económico de la República Federal

Es preciso detenerse, por último, sobre el modo en que la República federal pudo introducir en su administración la formación de un ordenamiento que no se funda estrictamente en la normatividad constitucional, sino en la regularidad estable de los procesos económicos. En primer lugar, la noción de orden tratada por las disposiciones gubernamentales en Alemania luego de la Segunda Guerra Mundial deja de concernir al marco estricto de la normatividad jurídica y pasa

a comprender en sí la regularidad de la estabilidad en la fijación de precios y en la libre competencia. En 1947 la Asamblea formada durante la ocupación en la zona anglo-norteamericana elige a Ludwig Erhardt, especialista en economía aplicada, como director de la administración económica; propone cesar con la economía dirigida y la planificación, e introducir una liberación de la economía de la coerción estatal.

Erhardt recibe apoyo del sindicalismo cristiano, el socialismo y el ordoliberalismo. Forma un consejo científico-económico para la administración gubernamental que luego de la consulta resuelve a asegurar el proceso económico por el mecanismo de los precios a través de una reforma monetaria. Una mayoría consultada apoya la liberación inmediata —en la medida de lo posible— de los precios, con una aproximación tendencial a los precios de los mercados internacionales para los bienes de consumo racionados, esperando la orientación de la producción más útil en interés de la provisión nacional (la minoría, en cambio, exige mantener el racionamiento de algunos bienes de consumo esenciales) (Bilger, 1967, p. 222).

Encontramos, por ejemplo, en Hanna Arendt (1993) una respuesta a la noción del “milagro alemán” del crecimiento económico de la postguerra basada en la idea de que la moral del trabajo y la resignación habrían permitido dar la espalda a una revisión de los años de la guerra y comenzar desde cero. Por otro lado, permitirían generar una sociedad de consumidores pasivos. Con cierta perspicacia histórica, sin embargo, Bilger señala que la noción del “milagro económico alemán” provenía de la impresión inesperada que causaron a los partidarios de la planificación los resultados obtenidos por la liberalización. Sin embargo, Erhardt se proponía seguir un plan racionalizado y no recurrir simplemente al *laissez-faire*. Se presentaron duras oposiciones pidiendo su renuncia al darse en principio una alta elevación de los precios, pero una vez que la producción aumentó bruscamente, los precios se estabilizaron. Por otro lado, se trata de liberalizar progresivamente los sectores protegidos y hacer votar una ley contra las prácticas anticompetitivas (Bilger, 1967, p. 228).

Erhardt obtiene apoyo de los partidos socialista, liberal y de la democracia social cristiana, hasta obtenerlo de las masas; por otro lado, mantiene una actitud realista frente a la posibilidad de alcanzar un modelo de competencia perfecta, pero sostiene que tal sistema permite implementar un modelo que evite regir la economía por el azar y la ocasión. Por último, Erhardt propone a los ordoliberales Müller - Armack como secretario de Estado, a Röpke en el consejo de asuntos económicos, etc.

En primer lugar, lo que se dio fue la coyuntura de postguerra para una elección fundamental: la Constitución federal provisoria de 1949 formada a partir de los *Länder*, en su mayoría socialistas y planistas, contiene ciertas libertades

económicas fundamentales como la de profesiones, de contratos, de concurrencia, de consumo, de coalición, la garantía de la propiedad privada y el derecho sucesorio. Los socialistas introducen en el artículo 15 que la tierra, los recursos naturales y los medios de producción, indemnización de por medio, pueden ser socializados por todas las formas concebibles. Así, cada vez que la Corte Constitucional de *Karlsruhe* sanciona un juicio importante, suscita debates entre los juristas: unos sostienen que la economía social de mercado es el sistema constitucional en vigor y otros, con el Tribunal Constitucional federal, que no hay un sistema definido, tolerando el sistema actual, pero pudiendo hacerlo con otros. La gran Ley de orientación de junio de 1948, aun antes de que se promulgara la Constitución, extiende la competencia del “principio del orden” ejecutado por el ministro de Asuntos Económicos que consiste en tender a liberar el mecanismo de los precios e instituir la concurrencia en todos los sectores posibles. Una ley de 1949 pone fin a la intervención del Estado en el dominio de los salarios, dejando su fijación a la competencia de las participantes sociales. Se privatizan las empresas públicas en mayor parte del sector industrial como *Preussag* y *Volkswagen*; se reservan las acciones a ciertas categorías de personas, por ejemplo, miembros de personas cuyos ingresos anuales no sobrepasan una cierta suma (Bilger, 1967, p. 231).

El principio de la seguridad social asumido proviene de Bismark, a Weimar y Bonn, pero se introduce el problema de los “valores programáticos”; un reporte gubernamental define los “principios de la ética social”, según los cuales la seguridad social reposa en la responsabilidad propia del individuo para desarrollar su iniciativa personal y sobre la solidaridad social, lo que implica una cierta redistribución al nivel de las empresas y de forma subsidiaria por intermedio del Estado. Bilger se ocupa de señalar que el ordoliberalismo se ocupa de diseñar un plan de políticas sociales de forma gradual comprendiendo dos niveles, respectivos a la *Gesellschaftspolitik* y otro a la *Vitalpolitik*, es decir, a los seguros sociales de los diversos sectores, y otro a la vida individual, familiar, etc.

Por último, Bilger sostiene que el crecimiento de la política alemana depende de datos naturales y humanos específicos, pero que el desarrollo sostenido y estable exige a su vez de una política de conformidad dinámica al modelo, accediendo a metas por medio de desplazamientos de las vías. El mismo, por otro lado, es realista y se adapta a circunstancias por medio de intervenciones sobre grupos de interés. Así las intervenciones apuntan a transiciones estructurales y no a cambios bruscos: no se trataba simplemente de liberalizarlo todo ni se pensaba en que el mercado se autorregulaba sin la intervención gubernamental coercitiva. Por ejemplo, se destaca la amplitud de las inversiones públicas se hacen en vistas a sostener la estructura concurrencial a través de los intereses de empresas privadas incentivados para responden a la demanda, y se hacen competitivas a nivel internacional; importancia, por ende, de desconcentrar los privilegios fiscales

sobre sectores improductivos o puramente consumidores en concentración vertical por impuestos en cascada, que realizarían abusos sobre el mercado (Bilger, 1967, p. 235).

V. Conclusiones

Hemos analizado tres momentos del debate en torno a la constitución alemana de la postguerra o Ley de Bonn: en primer lugar, el problema de la fórmula del Estado social de derecho, donde se discute la oposición entre los derechos fundamentales en términos subjetivos o individuales, cuya forma es limitativa de los procedimientos (como la inviolabilidad de la propiedad), y la aparición de derechos o garantías sociales, que apuntan al conjunto de la población (como el derecho a la salud).

Estos derechos sociales, a diferencia de las garantías subjetivas, que limitan procedimientos, no solo comprenden obligaciones y deberes entre los miembros de una colectividad (como por ejemplo las cargas tributarias) comprenden formas administrativas que implican la provisión de servicios, de forma directa o indirecta.

Forsthoff concibe, por ende, que no tienen que ser incorporados a la noción de garantías constitucionales, sino al derecho administrativo, a lo cual se opone Abendroth, dando lugar a un debate en torno a la noción de socialización. No obstante, estos debates se planteaban bajo el supuesto de una economía dirigida por el intervencionismo del tipo “Estado de bienestar”: sin embargo, la teoría ordoliberal que lideraba el Consejo económico de la República federal se oponía precisamente a la forma centralizada de la planificación.

En otros términos, la noción de orden en la República Federal Alemana no se centra en la constitución comprendida como orden normativo, sino en las leyes que vienen a definir los principios generales de la organización económica en términos de libre competencia. Así, el debate entre un Estado de derecho liberal frente a una administración social, o un Estado de derecho social frente a una legalidad específica, en verdad no comprende cómo la formación de organismos gubernamentales comienza a definir la administración y la legalidad en torno a la regularidad económica que reemplaza a la noción constitucional de orden basado en la soberanía del Estado.

Por otro lado, la conservación de las nociones de Estado de derecho constitucional y Estado social administrativo en una sola fórmula del *sozialer Rechtsstaat* concerniría al desarrollo paralelo de una política gubernamental dirigida a la responsabilidad del individuo libre ante el mercado (bajo las garantías constitucionales)

y de una administración capaz de generar acuerdos de seguros y obras sociales capaces de sostener la vida del individuo a través de su empleo.

Lo que Forsthoff denomina como una transformación de la estructura de la constitución en el siglo XX comprendiendo no solo derechos subjetivos en términos de límites, sino también fórmulas programáticas en términos valorativos, no comprende, sin embargo, un simple plan de socialización. Por ende, tampoco la fórmula de la justicia social que reclamaba Abendroth daba cuenta de la transformación que se estaba dando a nivel del Estado de derecho: lo que se había modificado más bien era la noción de orden normativo, que no remitía ya a la relación entre ley fundamental y legislación, sino entre la administración y la regularidad de los procesos económicos mantenidos a través de procedimientos coercitivos.

Ahora bien, esta coacción dependía directamente de la forma en que se implementara el aparato gubernamental, y en un régimen democrático podría decirse que la simple existencia de los partidos impediría pensar en una estabilidad a largo plazo a nivel de la conducción de los asuntos del gobierno. Sin embargo, la noción formalizada del orden que se impone en Alemania desde la postguerra deviene una especie de modelo que los ordoliberales tratan de aplicar de forma inmediata a la posibilidad de que la libre concurrencia se realice en una escala internacional. De este modo, la forma de gobierno ordoliberal vendría a comprender en cada país un subsistema coordinado en una libre concurrencia con escala internacional, tal como lo encontramos en la Unión Europea, cuyos esbozos comienzan con la forma de un Mercado común.

En otros términos, la introducción de valores o principios sociales en la constitución alemana de la Ley de Bonn era precisamente lo inverso a un proceso de "socialización" de la administración del Estado: concernía a la inversa, a la formalización de principios de la concurrencia o libre competencia aplicada a las diversas esferas de la sociedad civil, y a las instituciones públicas, cuya reconstrucción a nivel normativo todavía está por hacerse.

VI. Bibliografía

Arendt, H. (1993). *La condición humana*. Barcelona: Paidós.

Abendroth, W. (1977). *Der demokratische und sozialer Rechtsstaat als politischer Auftrag*. Suhrkamp: Ffm.

Abendroth, W. (1978). *Der bürgerliche Rechtsstaat*. Suhrkamp: Ffm.

Abendroth, W. (1968). *Zurn Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaat im GG der BRD* (1954). En E. Forsthoff (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialistaatlichkeit*. Darmstadt.

Benjamin, W. (2007). *Conceptos de la filosofía de la Historia*. Buenos Aires: Caronte.

Bilger, F. (1963). *La pensé économique allemande dans l'Allemagne contemporaine*. Paris: Librarie general du droit et jurisprudence.

Foucault, M. (2004). *Naissance de la biopolitique*. Paris: Gallimard.

Forsthoff, E. (1954). *Verfassungsprobleme de Sozialstaates*. Hamburg: M. Hohidipur.

Forsthoff, E. (1959). *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Stuttgart: Kohlhammer.

Forsthoff, E. (1975). *Concepto y esencia del Estado social de derecho*. Madrid: IEEPP.

Forsthoff, E. (1977). *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: IEP.

Landwerlin, G. (1987). *Estado social de derecho: Forsthoff y abendroth, dos interpretaciones políticas*. Madrid: Revista de Estudios políticos.

Schmitt, C. (2000). *Der Hüter der Verfassung*. Berlin: Dunker & Humboldt.

Schmitt, C. (2002). *Legalidad y Legitimidad*. Buenos Aires: Struhart & Cía.

Schmitt, C. (2009). *La tiranía de los valores*. Buenos Aires. Hydra.

Schlink, B. (2000). *Weimar a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California presses.

Schumpeter, J. A. (1984). *Capitalismo, socialismo y democracia*. Barcelona: Folio.

Fecha de recepción: 31-03-2021

Fecha de aceptación: 22-09-2021

