

Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE, <i>Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia</i> (Francisco J. Bastida Freijedo)	423
---	-----

transformación que protagonizó la burguesía en relación con las formas políticas del Antiguo Régimen: las abatió a *radice*. El Estado liberal nace, pues, de una transformación *fuerte*. De una transformación revolucionaria, por llamar a las cosas por su nombre. En cambio, el Estado Social es más bien fruto del temor de unos a la revolución y del temor de otros a la dictadura, temores que se intentan conjurar con el encuentro en un punto medio de reformismo de compromiso, reformismo defensivo para unos, único reformismo posible para otros». Consideraciones acertadas, sin duda, aun cuando esa debilidad del pacto respecto de la vertiente social deba ponderarse con la puesta en juego de las otras dos vertientes, la democrática y la normativa que necesariamente lo fortalecen al implicar en él la propia condición normativa de la Constitución y democrática del Estado.

Esa pretensión es la que late, me parece, en el trabajo del profesor De Cabo. Frente al creciente aumento de presuntos límites económicos a la actuación del legislador desde posiciones ideológicas que pretenden elevar a la categoría de verdades absolutas e inevitables los postulados del modelo eco-

nómico vigente (e incluso de una determinada política económica), se trata de recordar la vinculación del legislador a los principios constitucionales. De recuperar en la ley el espacio de la política y de la democracia dentro de los límites que sólo la Constitución puede establecer en un Estado social y democrático de Derecho.

El trabajo del profesor De Cabo se inscribe así en una línea de pensamiento en la que, desde planteamientos ideológicos no siempre comunes, se le otorga un valor específico al adjetivo «constitucional» sobre el sustantivo «derecho». Desde H. Heller hasta P. Häberle, hay un esfuerzo permanente por revitalizar el sentido constitucional del ordenamiento jurídico y por ofrecer planteamientos innovadores que restauren la integridad de la ciencia jurídica y la pongan al servicio de la sociedad mediante el control del poder y la garantía de los derechos de la persona. Un derecho constitucional con alma: con el alma del constitucionalismo.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

ERNST WOLFGANG Böckenfördel, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Valencia: Trotta, 2000.

Recientemente la editorial Trotta, ha publicado bajo el título *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*¹ una recopilación de trabajos ya clásicos del eminente jurista alemán Ernst Wolfgang Böckenfördel, con traducción y prólogo de Rafael de Agapito Serrano. Por fortuna, no es la primera vez que sus obras ven la luz en castellano, pues tuve el honor de prologar y seleccionar junto con el autor un

conjunto de artículos reunidos en un libro que con el título *Escritos sobre Derechos Fundamentales* publicó la editorial Nomos en 1993². Uno y otro son de obligada lectura para todo aquel que desee adentrarse en estos temas centrales de la teoría del Estado y del Derecho Constitucional.

El libro se compone de cinco estudios: *Origen y cambio del concepto de Esta-*

¹ *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, prólogo y traducción de Rafael de Agapito Serrano, Editorial Trotta, Valencia, 2000.

² *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Prólogo de Francisco J. Bastida, traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Editorial Nomos, Baden-Baden, 1993.

do de Derecho, *La democracia como principio constitucional, Democracia y representación, crítica a la discusión actual sobre la democracia, El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho constitucional* y, finalmente, *Notas sobre el concepto de "cambio constitucional"*. En cualquiera de ellos se percibe desde el primer momento la amplia cultura del profesor de Friburgo, investigador y docente no sólo de Derecho Público y Constitucional, sino también de Historia y Filosofía del Derecho. Pero además, en todos, a pesar de su diferente elaboración como artículos y ensayos independientes, late la preocupación por resolver de manera jurídicamente satisfactoria la tensión entre política y derecho, entre sociedad y Estado, entre autonomía del sistema jurídico y su necesidad de conocimiento del medio social para su más adecuada adaptación y transformación del mismo. Por esta razón, debajo del análisis del tema específico de cada uno de los cinco estudios hay un sexto trabajo común que bien pudiera denominarse El discurso del método.

En el *Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho* el profesor Böckenförde hace un recorrido magistral desde el origen de esta noción típicamente alemana pasando por las sucesivas etapas de la evolución de la que muy pronto se convirtió en una de las ideas fundamentales de la teoría del Estado y del Derecho Constitucional. Cuando el término se ha popularizado tanto, es bueno leer y releer esas páginas que sitúan el concepto en su contexto histórico y en su auténtico contenido doctrinal, ignoto para gran parte de políticos y periodistas, para los que el *Estado de Derecho* es una simple muletilla lingüística, venga o no a cuento. Por desgracia, también es ignoto en ámbitos académicos en los que los profesores comienzan su andadura investigadora volcados en temas excesivamente especializados y poco formativos. Para colmo, las actuales universidades, en su alocada carrera por ser rentables y optimi-

zar recursos, se olvidan de la figura del ayudante en formación y exprimen al recién licenciado contratado como profesor asociado a tiempo completo. La dura tarea de impartir 24 créditos impide la lectura reposada de obras claves como la ahora comentada.

A lo largo de las primeras páginas de este primer trabajo se da cuenta del surgimiento del Estado de Derecho como tipo de Estado, un Estado basado en principios racionales, que se opone tanto al Estado trascendental y de investidura divina como al Estado despótico, regido por la arbitrariedad. El pensamiento alemán sobre la teoría del Estado se revoluciona con Welcker, von Mohl y Arentin, pues en ellos está la idea de organizar la estructura y la actividad estatal bajo la preeminencia del *estado civil* (garantía de la libertad y de la propiedad individuales). De este modo aparecen desgranados los elementos centrales de este nuevo tipo de Estado que aún hoy son en gran medida las cuadernas del concepto: derechos básicos del individuo, parlamento representativo, imperio de la ley, división de poderes, gobierno responsable, etc.

Sin duda, el gran acierto de Böckenförde está en poner de manifiesto que el concepto originario del Estado de Derecho "representa un principio unitario que acuña al Estado tanto material como formalmente (y es por eso una nueva *especie* de Estado)". Ese principio es el de la razón y de ahí que el concepto de ley, con sus características formales y materiales, ocupe un lugar central en la configuración del Estado de Derecho y, a la vez, sea fuente de discusión sobre el alcance del principio de legalidad. En todo caso, en esa primera formulación del Estado de Derecho priman los elementos materiales (liberales) y en páginas muy sustanciosas el autor da cuenta de la evolución que lleva a la preeminencia de los elementos formales, una vez que aquéllos, ya asentados históricamente, podían ser garantizados por la vía de la abstracción insita en la forma jurídica. Sin

embargo, la propia abstracción formal podía hacerlos vulnerables. La crítica que desde posiciones conservadoras y socialistas se dirigen en la Alemania de Weimar al concepto formal de Estado de Derecho es la lucha por vincular la legalidad del Estado de Derecho a una legitimidad material que bien ya no está asegurada como antaño, bien se desea fundada en una nueva idea de justicia (social). Böckenförde lamenta que esta tensión entre legalidad y legitimidad no se hubiese resuelto en la reflexión alemana sobre el Estado de Derecho por medio de una vinculación entre derecho y democracia, que actuase como centro de gravedad. La consecuencia más importante desde el punto de vista jurídico es la pérdida de positividad de la norma, que de una u otra manera ve situado su fundamento fuera del ordenamiento jurídico propiamente dicho.

La última parte de este trabajo está dedicada a las transformaciones habidas en el Estado de Derecho tras la ruina del concepto causada por el régimen del III Reich. El autor enlaza aquella crisis estructural de Estado de Derecho con la introducción tras el constitucionalismo de posguerra de nuevos elementos materiales que, queriendo evitar el relativismo moral del positivismo jurídico, incurren en un relativismo jurídico. En el fondo, el problema que late es el de la introducción de elementos finalistas en la estructura de la norma y ello se manifiesta con clara evidencia en dos direcciones: la constitucionalización del Estado social y la consideración del ordenamiento jurídico como expresión de un orden objetivo de valores suprapositivos. Respecto de la primera, Böckenförde se pregunta en qué medida se pueden incorporar estructuralmente elementos "sociales" en el edificio constitucional del Estado de Derecho sin que con ello se pierdan otros elementos constitucionales esenciales de éste, como, por ejemplo, el concepto de ley en cuanto norma general. Algo en lo que vuelve a incidir en otro trabajo del libro al examinar la relación entre Estado

social y democracia y advertir del peligro de que el poder y las posiciones de influencia económico-sociales se transformen en un poder (indirecto) de decisión política. Respecto de la segunda, advierte el autor que la apelación a un Estado de Derecho material tal cual se hace en Alemania acaba por renunciar o cuando menos preterir las garantías y procedimientos que amparan la libertad individual y social propia del Estado de Derecho.

Böckenförde destaca algo de suma importancia y que se suele olvidar por la maniquea descalificación del Estado formal de Derecho y, en general, del positivismo jurídico. Debido a la preocupación por la inmediata salvaguardia de valores y principios superiores del ordenamiento —muchas veces interpretados como superiores al ordenamiento— se acaba por ignorar el significado *material* que tienen los procedimientos y las garantías jurídico-formales. Y, en efecto, es un grave error (de imprevisibles consecuencias políticas) no tener presente que lo más elemental del Estado de Derecho consiste en limitar el poder estatal para beneficio de la libertad del individual y en fundamentar ese poder en el propio derecho, en reglas y procedimientos creados por el constituyente para que sean esos y no otros los que delimiten qué es lo jurídicamente posible. Tal es el sentido de la idea de constitución como norma jurídica suprema.

Los demás trabajos recopilados en el libro giran en torno a dos temas íntimamente relacionados: *la democracia*, de un lado, y *el poder constituyente y cambio constitucional*, de otro. En su largo ensayo sobre *La democracia como principio constitucional* el autor comienza estableciendo la vinculación y apuntando también la diferencia entre soberanía popular y democracia, pero enseguida se centra en un detenido estudio de los problemas más vivos de la democracia. Así, los presupuestos socioculturales, éticos y político-estructurales de la democracia como forma de Estado y de gobierno; el contenido de la legi-

timidad democrática; la formación democrática de la voluntad política y la relación de la democracia con el Estado de Derecho, la forma republicana y el Estado social.

De especial interés son las páginas dedicadas a las diferentes formas de legitimación democrática (funcional e institucional, orgánico-personal y material o de contenido), pues en ellas se pueden encontrar respuestas a asuntos no sólo clásicos —y por ello permanentes— como la legitimación democrática de la jurisdicción o más actuales como la del órgano de gobierno del Poder Judicial. También son de utilidad para enfrentarse a los nuevos retos de una sociedad cada vez más compleja, en la que bajo el signo de la ultra especialización surgen ámbitos de decisión reservados a expertos y en los que la legitimación democrática desaparece o queda reducida a una pura formalidad. Un asunto este del que el autor se ocupa con más detenimiento al examinar los presupuestos político-estructurales de la democracia.

A la hora de analizar el pueblo como titular y como punto de referencia de la legitimidad democrática, Böckenförde sigue una concepción típicamente alemana que liga el concepto de ciudadanía a la pertenencia al pueblo, entendido como una precomprensión étnica, cultural, de unidad de destino. En la concepción clásica francesa de la ciudadanía, la diferencia entre hombre y ciudadano no es tan drástica y el dato de la residencia establece difumina la separación entre nacional y extranjero. La tesis que mantiene es de gran interés por la polémica actual sobre la globalización y el fenómeno de los grandes movimientos migratorios en Europa que imponen un multiculturalismo dentro de Estados forjados cada uno de acuerdo con una identidad nacional homogénea. La polémica sobre el multiculturalismo y los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 perpetrados desde el interior de los Estados Unidos de América ofrecen una perspectiva nueva desde la que leer esta

parte del libro. En esencia, sostiene que no es consubstancial con la democracia el que todos los afectados por el dominio del Estado tengan que legitimarlo, pues tal idea “pasa por alto la naturaleza política de la asociación que es el Estado y de la democracia como forma de Estado y de gobierno”. El extranjero residente, aunque cuente con una larga estancia en el país de acogida, “y pese a su integración económica e incluso social (...), desde el punto de vista político sigue siendo un *huésped*; no está vinculado con el destino político del pueblo en el que vive, no se puede descartar el regreso a su patria, con la que le une el vínculo de la ciudadanía”. Para convertirse en ciudadano debe adquirir la nacionalidad (naturalización) y esto sólo podrá suceder si tiene disposición de hacerlo, es decir, deseo de adherirse a la suerte política del pueblo como comunidad. El asunto está en si eso es suficiente, pues la exigencia de un tiempo de residencia excesivo, la imposición de requisitos adicionales, la discrecionalidad de la Administración a la hora de evaluar las condiciones y la voluntad de ser naturalizado pueden crear una masa de súbditos sin derechos políticos por el simple hecho de no ser nacionales. Böckenförde es consciente de este peligro, reconoce que tal situación es poco aceptable desde el principio democrático y acaba por admitir que “el sentido propio (de este principio), y de la idea de libertad incluida en él, exige establecer una relación de congruencia entre el titular de los derechos democráticos y los sometidos de forma duradera a un determinado dominio estatal”. El problema de los extranjeros residentes de segunda generación está ahí, pero en todo caso la solución no se encuentra para el autor en una mera ampliación del derecho de sufragio, sino en una más fácil naturalización.

El enfoque que la doctrina alemana hace de este complejo asunto pone también de relieve, junto al debate sobre el multiculturalismo, la disputa sobre los

nacionalismos emergentes y sobre la licitud de anteponer los fines nacionalistas al principio y métodos democráticos. La respuesta parece clara a favor de la democracia, pero habría que preguntarse si están legitimados para darla aquellos que desde el Estado-nación vinculan los derechos democráticos de ciudadanía a la previa pertenencia al pueblo o nación. Los peligros de este nexo se perciben cuando se examina la metamorfosis de la libertad individual en libertad democrática. La dimensión objetiva de las libertades individuales transforma a éstas en "derechos constitutivos por antonomasia para la democracia", como dijo el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el caso *Lüth* en referencia a la libertad de expresión. Sin embargo, tal reforzamiento de su garantía puede avalar un recorte en el reconocimiento de su titularidad, pues se argumentará que, desde esa vertiente democrática, ligada a la soberanía popular, los titulares de las libertades individuales sólo pueden ser los ciudadanos, no en general los seres humanos. Y, en efecto, nuestro autor sostiene que siempre se ha sido consciente de esta restricción en el constitucionalismo alemán, incluida la declaración de derechos de la Ley Fundamental de Bonn (salvo en su art. 5.1, que reconoce a todos, y no sólo a los ciudadanos, las libertades de expresión e información).

En un país como Alemania, tan proclive a teñir de contenidos materiales y valorativos a la democracia, Böckenförde destaca por su planteamiento procedimental a favor de una democracia formal y abierta y critica las cláusulas de intangibilidad que limitan la reforma constitucional, porque no son sino un signo de que una comunidad política ha perdido la confianza en sí misma. Pero ese procedimiento democrático, consistente en la más amplia libertad con tal de que se respeten las reglas del juego (y su análisis sobre el principio de la mayoría es impecable), queda lastrado por el principio de *igualdad sustancial* en el que se basa la participación

en dicho procedimiento; todos los votos valen lo mismo, pero sólo pueden votar los ciudadanos, los que pertenecen a la unidad de destino nacional. "La igualdad en este sentido ha de entenderse como referida a una homogeneidad prejurídica". De nuevo, la inclinación hacia un concepto de nación étnico-cultural (en la nación se nace) frente a una concepto de nación política (la nación se hace día a día) reduce el potencial democrático de su pensamiento constitucional.

El tema del concepto de "pueblo" y de su incidencia en la legitimidad democrática no lo concluye aquí el estudio del profesor de Friburgo, pues son igualmente muy sugerentes las páginas que dedica a delimitar el ámbito en el que no es exigible o reivindicable dicha legitimidad. En una sociedad como la española, que todavía sigue padeciendo "democratitis", es reconfortante que se publique en castellano una obra que aborda esta cuestión. Por ejemplo no pueden arrogarse legitimidad democrática en sentido estricto los poderes de hecho, los grupos y asociaciones sociales, "aunque dispongan de un potencial *democrático* considerable". No obstante, en el caso de los partidos políticos esto es discutible. Si lo que se pretende afirmar es que la obligación de que tengan una estructura y funcionamiento interno democráticos obedece a la necesidad de evitar la formación de oligarquías, pero que el cumplimiento de este requisito no les otorga sin más legitimidad democrática, se puede aceptar plenamente. En cambio, si el hecho de que sean grupos sociales, o sea, de que no sean poderes públicos, les priva de legitimidad democrática para intervenir en la vida parlamentaria de los diputados electos en sus listas electorales, eso es más cuestionable. También es de obligada lectura la parte dedicada a la legitimación de la universidad, porque argumenta con claridad que no es en sí misma (ni la necesita) una legitimidad democrática. La participación de los distintos estamentos en su seno no es expresión de una articulación

democrática. De ahí también que la autonomía universitaria tenga que ser muy limitada y circunscrita a los fines que la justifican.

En el estudio de los presupuestos de la democracia como forma de Estado y de gobierno Böckenförde demuestra su dominio de las disciplinas ajenas al Derecho constitucional, pues con sencillez, que no simplicidad, desgrana los *presupuestos socioculturales* (estructura emancipatoria de la sociedad, ausencia de formas teocráticas de religión, homogeneidad relativa de la sociedad, sistema educativo desarrollado, libre información y comunicación social), los *presupuestos político-estructurales* [complejidad de las decisiones políticas, el creciente dominio de los expertos en la adopción de decisiones, la autonomía de la economía, la ciencia o la comunicación social respecto de las decisiones políticas y el contraste con la lógica funcional (electoral) del poder político, etc.] y los *presupuestos éticos* (efectividad de un *ethos* democrático entre los ciudadanos y en los cargos públicos y primacía del interés común en la adopción de decisiones). En el examen de todos ellos demuestra una gran perspicacia para poner de relieve los problemas más actuales de las democracias y de las sociedades no democráticas: la amenaza del integrismo, la legitimación por el resultado, la pérdida de protagonismo del parlamento, convertido en coartada de decisiones ajenas, la ineficacia de los controles democráticos clásicos, etc.

Los dos primeros trabajos del libro comentado confluyen en un breve análisis de la relación entre democracia y Estado de Derecho, subrayando los rasgos comunes y los diferenciales. Su lectura es muy interesante porque rompe el tópico de que son principios que apuntan en una misma dirección, incluso cuando se afirman sus rasgos comunes, pues es una coincidencia no exenta de tensión. Así son particularmente agudas las reflexiones sobre la división de poderes y el poder judicial y sobre el peligro de entender los derechos demo-

cráticos de libertad como derechos fundamentales de doble contenido, diferenciados en su propia identidad y definición según los fines de su ejercicio, en lugar de ser concebidos con un contenido unitario que se desprende de su naturaleza de derechos de libertad.

Por lo que respecta a la relación entre democracia y representación (*Democracia y representación. Crítica a la discusión actual sobre la democracia*), Böckenförde rechaza de plano la tesis que ve la esencia de la democracia en la democracia directa o de identidad, porque la democracia como forma de Estado requiere necesariamente de la representación. Ésta es un elemento constitutivo de la democracia. Los componentes plebiscitarios de la democracia juegan sólo "como elemento corrector o de contrapeso" del poder de dirección y decisión representativo. La idea está ya tan asentada que el autor no le dedica más que lo imprescindible. Quizá se hubiese ahorrado unas cuantas líneas y varias notas si simplemente afirmase que no hay democracia sin derecho y que el proceso de producción de éste requiere de intermediación cualquiera que sea la dimensión de la comunidad. El propio concepto jurídico de pueblo comporta en sí una representación disfrazada de identidad mediante presunción (jurídica y política).

De mayor interés es el análisis de cómo se articula la representación democrática y de cómo completar la representación formal con una representación material, es decir, cómo conseguir que los representantes actúen de tal manera que el pueblo pueda reconocerse en esa acción. Pero de nuevo surge la pregunta ¿quién es el pueblo y cuál es ese punto de referencia de la representación de democrático-material? Böckenförde llega a la conclusión de que las líneas de debate abiertas sobre este asunto tanto por la doctrina alemana como americana, a pesar de discurrir por sendas argumentales diferentes coinciden en la necesidad de postular un concepto de la representación que incorpore un momento

normativo superior, que va más allá de la voluntad empírica natural de los ciudadanos y de las correspondientes delegaciones de voluntad. La representación democrática se concibe así como algo dinámico, como un *proceso de actualización y manifestación* por el representante del sentir del ciudadano como ciudadano en sí (voluntad individual y voluntad de todos y cada uno) y del ciudadano como integrante del pueblo (voluntad general). Es precisamente el proceso político que tiene lugar con la representación democrática el que debe resolver esta disociación entre la voluntad de todos y la voluntad general del pueblo. Este proceso dialéctico y abierto requiere para su equilibrio de "una relativa autonomía de la toma de decisiones políticas frente a la inmediatez democrática y consiguientemente de su configuración representativa". De ahí el valor que para nuestro autor tiene en la democracia el "mandato libre".

A pesar de su compleja elaboración conceptual, Böckenförde no ofrece una solución jurídica a los problemas de la representación democrática. Afirmar que la representación debe incorporar orientaciones *ético-normativas* que son las que han de dirigir el proceso abierto de la política es admitir que el sistema jurídico democrático es incapaz de articular por sí mismo la legitimación de decisiones. Por supuesto, no se puede esperar del sistema jurídico (ni demandarlo de él) que resuelva el problema central del sistema político democrático. Sin embargo, si se desea una legitimación a través del proceso, habrá que plasmar en reglas jurídicas los postulados éticos del comportamiento político propio de la representación (normas sobre causas de inelegibilidad e incompatibilidades, duración del mandato, transfuguismo político y mandato libre, función de los partidos en la relación representativa, corrupción, etc.). Concluir que la democracia, por su propia naturaleza, tiene un carácter frágil y que el desafío de la acción representativa requiere que las personas que asu-

man esa tarea se comporten como *deben* comportarse, es decepcionante. Sin duda, la democracia estará más asentada si existen "amplios cimientos de cultura política", pero el sistema constitucional puede hacer algo más que anhelarlos.

La última parte del libro se dedica al poder constituyente y cambio constitucional. En *El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho constitucional* el autor intenta conciliar la idea de W. Henke de que "también el fundamento del derecho pertenece al derecho" con la superación del planteamiento kelseniano de la norma hipotética fundamental vacía de contenido sustancial. Para el profesor de Friburgo, en una concepción no muy alejada de la de Mortati, el fundamento normativo y la fuerza legitimadora de la constitución han de tener una magnitud política y no sólo jurídica. Su fuerza reguladora descansa en "una idea de orden que se hace firme normativamente a través de una decisión de la voluntad política, sustentada por el pueblo o por los grupos y fuerzas determinantes en la sociedad". El poder constituyente se plantea como concepto fronterizo del Derecho constitucional cuando una vez vigente la constitución se enfrenta la supremacía de ésta con la preexistencia del poder constituyente, capaz por definición de actuar en cualquier momento y sin sujeción a límites. Böckenförde descarta la solución dada por M. Kriele, que silencia para siempre al poder constituyente (teoría de la constitución sin soberano), pues la legitimación de la constitución no puede reducirse al momento fundacional.

Para compatibilizar la pervivencia del poder constituyente con la idea de la constitución como norma jurídica suprema el autor recuerda que hay diversas vías: la clásica de la separación entre poder constituyente y poderes constituidos, que garantiza que las acciones constituyentes quedan reducidas "a situaciones extraordinarias y que requieren de una especial energía para hacerse valer frente a la vida

constitucional organizada". Una segunda posibilidad sería la de regular con mayor precisión los procedimientos, muy estudiados por C. Schmitt, de formación y expresión de las decisiones del titular del poder constituyente. Una tercera vía sería "asumir que el pueblo no organizado pueda ejercer su influencia en el marco de la constitución". Esta manifestación difusa se realizaría a través del ejercicio de las libertades públicas y consultas populares. Sin embargo, el empeño de mantener vivo al poder constituyente sin renunciar a su encauzamiento y, por tanto, a su limitación parece valdío. O el poder constituyente se encarna en el poder de reforma constitucional y entonces el poder constituyente es constituido y, en consecuencia, sometido cuando menos a condiciones procedimentales, o el poder constituyente se afirma sin sujeción a norma alguna y, en tal caso, es absurdo plantear su existencia en términos jurídicos. La legitimidad de la aparición en escena del poder constituyente originario no puede apoyarse en la legalidad y su rechazo desde el ordenamiento constitucional está llamado al fracaso. Si impone su presencia y su decisión se juridifica, es que efectivamente se trataba del poder constituyente originario y pre-jurídico. Si no triunfa, es que era un grupo de impositores que, en nombre del poder constituyente, no hacían otra cosa que atentar contra la legalidad constituida, o sea, revolverse contra la decisión, plasmada en la constitución, del auténtico titular de la soberanía.

Con todo, el problema no acaba aquí para los que como Böckenförde o, más recientemente Ackermann, consideran que el poder constituyente está limitado por su racionalidad intrínseca, es decir, que el éxito de la acción del poder constituyente nunca puede entrañar una decisión arbitraria o caprichosa. La voluntad del poder constituyente no puede ser la voluntad natural del pueblo, sino la voluntad general (voluntad política conformada por convenciones culturales, éticas y espirituales).

Este empeño en negarse a aceptar que la teoría del poder constituyente trata de un problema fáctico y no normativo, les conduce a la elaboración de una doctrina ético-normativa del poder constituyente; la misma que sostiene el Tribunal Constitucional Federal Alemán cuando afirma que el poder constituyente no está sometido a ninguna vinculación externa, sino *única-mente* a principios jurídicos suprapositivos. Desde el punto de vista de la teoría política de la soberanía nacional la tesis puede tener sentido, pero desde el punto de vista de la teoría jurídica es una contradicción. La solución ha de conseguirse por una vía interna al propio ordenamiento jurídico. De un lado, proclamando que, establecida la constitución, ella es la soberana como norma jurídica suprema (constitución sin soberano). De otro, organizando constitucionalmente una sociedad abierta (reconocimiento de derechos fundamentales y regulación de un poder de reforma de la constitución sin más límite material que el propio de mantener abierta la sociedad).

En el último trabajo *Notas sobre el concepto de "cambio constitucional"* el autor analiza los distintos conceptos de cambio constitucional: 1. Cambio como alteración de una situación global del orden político de la comunidad, 2. Cambio como transformación ocasionada por la aplicación de la constitución, 3. Cambio como modificación del significado (o sea, de la función, pero no del contenido) de una norma constitucional y 4. Cambio como modificación del contenido de las normas constitucionales sin que se altere su enunciado (reforma tácita de la constitución). A ello añade que el concepto de cambio constitucional no es el mismo ni cumple la misma función según que el ordenamiento constitucional disponga o no de jurisdicción constitucional. Sólo en el segundo caso se convierte en un concepto dogmático, que además es de gran interés, pues está en relación directa con la interpretación y reforma constitucionales. La conclusión a la que llega Böckenförde

es que de los cuatro conceptos antes mencionados, sólo el cuarto supuesto, "el que se refiere a la modificación del contenido de normas constitucionales sin que se produzca una reforma del texto constitucional" ha de ser considerado en sentido estricto "cambio constitucional".

Esta primera delimitación da paso a mayores precisiones que ponen de relieve la fineza jurídica del autor. Así, para un uso riguroso del concepto a efectos de la dogmática jurídico-constitucional, no es cambio constitucional 1. La modificación de los supuestos de hecho o ámbito de realidad o de la vida que abarca la regulación de la norma. 2. El ejercicio por el legislador de la posibilidad admitida por las normas constitucionales de configurar de modo diferente un ámbito de la realidad o de la vida. 3. La diferente concreción de conceptos constitucionales indeterminados inscritos en normas constitucionales. 4. El cambio en los "conceptos esclusas", es decir en aquellos conceptos que remiten a circunstancias extrajurídicas que adquieren relevancia jurídica en la constitución. (por ejemplo el concepto de "orden público", "moral pública", etc). Y 5. Aunque con reparos, Böckenförde excluye también del concepto de cambio constitucional el "desarrollo jurídico" del Derecho Constitucional. Se refiere al "desarrollo extralegal del derecho dentro de un ordenamiento jurídico legal". Por ejemplo, por vía judicial, en la que con frecuencia la divisoria entre interpretación aplicadora y concre-

ción creadora es difícil de percibir. Ahí está el caso de los derechos fundamentales, que a través de la concreción de su ámbito normativo se llega a mudar el sentido de su programa normativo. ¿Hay que poner límites a esta actividad interpretadora capaz de alterar el contenido de las normas iusfundamentales sin reformar la constitución o hay que impedirla por implicar una reforma tácita de la norma fundamental?. ¿Qué sucede cuando de la interpretación-concreción de los derechos fundamentales se considera que éstos tienen un doble valor, objetivo y subjetivo, que a algunos hay que configurarlos como libertades preferentes o que cabe la discriminación cuando es positiva o inversa?. El propio autor es consciente de que el asunto es muy resbaladizo y en el que es permanente la incitación a una reforma encubierta de la constitución y se ampara en Müller y Hesse para hallar fórmulas de deslinde que en sí mismas son lábiles. En todo caso, deja claro que no comparte la idea de Smend y Häberle de que esa incitación sea consustancial a la función de integración que, a través una vía tan importante como la interpretación, se le atribuye a la constitución.

En suma, estamos ante un libro de inexcusable lectura y que invita a una continua reflexión sobre los temas claves de la teoría del Estado y de la Constitución.

FRANCISCO BASTIDA FREJEDO

Gonzalo MAESTRO BUELGA y Miguel Ángel GARCÍA HERRERA, *Marginación, Estado social y prestaciones autonómicas*, Cedecs. Barcelona, 1999

A lo largo de su accidentada biografía, el Estado social no ha conseguido desprenderse de sus contradictorias señas de identidad. Su impronta igualitaria, incluso, permite situarlo entre los experimentos civilizatorios más relevantes de la historia de la humanidad. Pero su selectividad geo-

gráfica, ecológica, cultural, de género, así como su dependencia de múltiples intereses burocráticos y mercantiles, han sido también lo suficientemente evidentes como para evitar las lecturas ingenuas. No en vano se ha recordado que tras el Estado social late un alma dividida, un pacto más