

**Nuria MAGALDI, *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social*,
Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, 179 pp.**

M^a DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras Clave: procura existencial, Estado de Derecho, Estado Social, Constitucionalismo, Administración
Keywords: provision of subsistence (*Daseinsvorsorge*), Rule of Law, Welfare State, Constitutionalism, (Public) Administration

Procura existencial, Estado de Derecho y Estado social, nos remite a dos momentos de tremendo interés para la historia del Derecho público europeo: la República de Weimar y la articulación del régimen de Bonn. Es en estos momentos en los que, en buena medida, se sientan las bases del constitucionalismo actual, también, y de forma muy notable, del constitucionalismo español.

Y es que en la configuración de nuestro actual modelo constitucional, ejerció una poderosa influencia la discusión en Alemania. Esta influencia se produce tanto directamente, a partir de la importación de conceptos e instituciones constitucionales y argumentos del Tribunal Federal, como de un modo que podemos considerar más indirecto, a través de la formación germánica de muchos profesores españoles, algunos de los cuáles, además, fueron o son Magistrados del Tribunal Constitucional.

En el trabajo que se comenta, Nuria Magaldi ha querido recuperar una figura, la de Ernst Forsthoff, cuyas tesis fueron, precisamente, las que no triunfaron en la construcción del Estado constitucional.

A pesar de ser el derrotado y a pesar también de *la dimensión ideológica de carácter autoritario-conservador de su pensamiento* (p. 292), la reflexión de Forsthoff resulta un diagnóstico en gran medida adecuado de muchos de los problemas que acompañan al constitucionalismo, diagnóstico en el que insiste y profundiza el que será su discípulo, E. W. Böckenförde.

Quizá en la crítica al conservadurismo de Forsthoff podemos encontrar el único aspecto criticable del texto de Magaldi; y es que en él se establece una vinculación entre las reflexiones de Teoría administrativista y constitucional y la ideología conservadora, pero, a mi entender, no se aclara suficientemente en qué medida unas y otra están relacionadas.

Ello puede deberse precisamente a que la autora se fija preferentemente en los aspectos más técnicos que aparecen así como independientes de la opción ideológica¹.

Probablemente una mayor atención a la relación entre ambos aspectos contribuiría también a una mejor comprensión de los trabajos del autor.

No creo, a pesar de la ideología subyacente, que se pueda dejar de insistir en la agudeza de su crítica, oscurecida, a veces, por el poco éxito de la misma.

Efectivamente, mientras Forsthoff, que previamente había criticado el liberalismo político, insiste en la consolidación del Estado de Derecho, a nivel constitucional desde la neutralidad; ha triunfado una Constitución omni-comprehensiva, plagada de contenidos sociales y con vocación de considerar todas las dimensiones pertinentes para el desarrollo de la personalidad.

Mientras Forsthoff pugna por una Constitución manejable desde los esquemas del modelo formalista de la ley, el modelo que ha logrado imponerse insiste en la dimensión axiológica de la Constitución.

Mientras los derechos fundamentales aparecen en Forsthoff como derechos subjetivos que responden al esquema de las libertades negativas; desde el concepto de derechos que ha tenido mayor éxito aparecen dotados de una dimensión objetiva y asumen, además, un carácter prestacional.

Sin embargo, el debate sobre el modo de articular las exigencias del Estado social de Derecho permanece abierto. En palabras de Böckenförde, "las posiciones sobre esta cuestión...se mueven dentro de un amplio abanico de opciones: desde la afirmación de la "incompatibilidad entre el Estado de Derecho y el Estado social a nivel constitucional" (Forsthoff), pasando por la de una "atención a lo social" (Menger), de un "mandato de configuración social" y de protección de los "social y económicamente más débiles" (Niper-

¹ Esta misma crítica frente a la separación tajante entre la Ciencia de la Administración y la Teoría del Estado de Forsthoff, podemos encontrarla dirigida a un trabajo de C. SCHÜTTE, *Progressive Verwaltungswissenschaft auf konservativer Grundlage: Zur Verwaltungsrechtslehre Ernst Forsthoff*, Dunker & Humblot, Berlin, 2006, en F. MEINEL, "Ernst Forsthoff and the Intellectual History of German Administrative Law", *German Law Journal*, núm. 8, 2007, pp. 785-500.

dey) como rasgo específico del Estado social de Derecho, hasta llegar a la posición que lo interpreta como un mandato pleno de distribución social y de planificación económica (Abendroth)². La opción por un esquema u otro sólo resulta comprensible desde la ideología subyacente a los planteamientos de cada uno de los autores citados, por eso se echa en falta, en el libro de Nuria Magaldi, un mayor abundamiento en este aspecto, que hubiera permitido obtener una idea más completa de la teoría de Forsthoff.

Por otro lado, uno de los aspectos más meritorios del trabajo es el esfuerzo que la autora realiza para mostrar cómo la polémica metodológica no resulta, de ningún modo, ajena al contexto político. Los planteamientos de Forsthoff cobran sentido en un espacio marcado, en lo económico, por la crisis; en lo político, por el fracaso de Weimar; y, como consecuencia, en lo metodológico, por la revuelta antiformalista.

Así, muestra Magaldi cómo el formalismo, representado por la Escuela del Derecho público alemán, de la que Kelsen 'se consideraba seguidor' (p. 48), *defendía la búsqueda de una objetividad que prescindiera de la experiencia histórica y del dato real, rechazaba toda metafísica que fuera más allá del hecho dado de antemano y no tenía en consideración el momento de la transformación de dicho dato real*. Una buena parte de la crítica de Forsthoff frente a esta tendencia se basa en constatar su insuficiencia para construir el nuevo Derecho Administrativo en un contexto en el que la Administración, habida cuenta la pérdida de espacio vital dominado del individuo, ha de asumir la función de procura existencial: *el hombre del Estado liberal es un individuo que vive en una sociedad autónoma y autorregulada, lo que le proporciona la seguridad de saberse protegido y le otorga, a su vez, seguridad en sí mismo; se trata también, por ello, de un ciudadano autónomo que procura su propio bienestar, exigiendo del Estado el respeto a unas esferas de libertad y la protección frente a la arbitrariedad y a las injerencias injustificadas en dichas esferas. Sin embargo...buena parte de los presupuestos sobre los que se asentó dicho Estado han resultado ser falsos, o bien han perdido toda vigencia con las transformaciones sociales del siglo XIX. Éstas dan lugar a un individuo que ya no se afirma y realiza por medio de la garantía de su libertad individual, sino por medio de la participación, siendo el aseguramiento jurídico de dicha participación en las prestaciones de la Administración lo que permite eliminar los riesgos generados por el desarrollo de la forma de vida urbana* (pp. 74-75).

² "Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho", en id. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. R. Agapito, Trotta, Madrid, 2000, pp. 17-46, pp. 35-36.

Y es que Forsthoff pasará a proponer una separación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional que asegure (frente a la constitucionalización del Estado social) el mantenimiento del Estado de Derecho. En este punto, *el objetivo perseguido por Forsthoff es evitar los errores que se cometieron con la Constitución de 1919, que en su intento por ser no sólo una Constitución liberal, fracasó. La manera de evitar que se vuelvan a repetir sus errores es aislar los elementos que permiten la limitación del poder del Estado (esto es, los elementos estructurales de la Constitución del Estado de Derecho: división de poderes, principio de legalidad de la Administración, derechos fundamentales, reserva de ley) garantizando con ello, las libertades* (p. 130).

Con estos presupuestos, la crítica de Forsthoff frente al modelo de Constitución y, por extensión, a las teorías de la interpretación constitucional que resultaron vencedoras, adquieren todo su sentido: *el rechazo frontal que manifiesta Forsthoff frente a la concepción de los derechos fundamentales como sistema objetivo de valores en los que se fundamenta el ordenamiento trae causa de lo acaecido durante los periodos weimariano y nacionalsocialista. En efecto, es el fracaso de la experiencia weimariana lo que podría, en parte, explicar su insistencia por evitar la desestabilización del sistema político y del ordenamiento constitucional, su férrea defensa de una interpretación constitucional exenta de elementos valorativos o ideológicos y sus esfuerzos dogmáticos por dotar al ordenamiento jurídico de una Constitución que garantice la limitación del poder* (p. 118).

En este punto, la alternativa la constituye *una interpretación constitucional basada en la literalidad de contenidos y en estructuras conceptuales, pues el nuevo método nada aporta a la estabilización del sistema sino todo lo contrario, tal y como prueba el pasado reciente* (p. 118).

En definitiva, el libro muestra dos Forsthoff, uno previo y otro posterior a la etapa nacionalsocialista. El primero, preocupado por construir un nuevo Derecho Administrativo frente al formalismo de la Escuela del Derecho público alemán; el segundo, preocupado además por reforzar los aspectos de la Constitución que considera garantía de la separación entre sociedad y Estado y de la libertad.

M^a DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"

Universidad Carlos III de Madrid

e-mail:mcarmen.barranco@uc3m.es