

Yolanda Fernández Vivas ★

Böckenförde, Ernst Wolfgang:
Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia
Editorial Trotta, 2000, 202 pp.

La obra *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* es una recopilación de cinco trabajos del prestigioso catedrático alemán Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE, seleccionados y traducidos por Rafael de Agapito Serrano, que se publican ahora por primera vez en castellano. No es, sin embargo, la primera vez que se publica en nuestro idioma una recopilación de trabajos del profesor alemán. En 1993 vio la luz una selección de artículos sobre la concepción e interpretación de los derechos fundamentales titulada *Escritos sobre Derechos Fundamentales*¹.

E. W. BÖCKENFÖRDE es Catedrático de Derecho Público, Historia Constitucional y del Derecho y Filosofía del Derecho, y ha desarrollado su labor docente en las Universidades de Münster, Heidelberg, Bielefeld y, actualmente, en la Universidad de Freiburg. Su actividad investigadora se ha centrado en el Derecho constitucional, fundamentalmente en la Teoría de la Constitución y del Estado, pero además de su labor docente e investigadora hay que resaltar su actividad como Magistrado en el Tribunal Constitucional Alemán entre los años 1983 y 1995.

Los escritos que componen el libro que recensamos, a pesar de la diferencia temporal entre unos y otros, son un claro exponente del pensamiento del Profesor BÖCKENFÖRDE y ponen de manifiesto algunos de los grandes problemas del Derecho constitucional. En ellos, se aborda el estudio del principio del Estado de Derecho, el principio democrático, la defensa del valor normativo de la Constitución, el problema del concepto del poder constituyente, y la interpretación y el cambio constitucional, para lo cual BÖCKENFÖRDE realiza una rigurosa interpretación jurídica de los mismos,

* Profesora de Derecho Constitucional. Universidad de Alcalá.

¹ E. W. Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993; obra traducida por Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez.

a través de un análisis crítico y prestando especial atención a la evolución histórica de cada uno de ellos.

★ ★ ★

El primero de los estudios que aparece en la obra tiene como título «El origen y cambio del concepto de Estado de Derecho» (*«Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs»*). En este trabajo el Profesor de Freiburg analiza el concepto del Estado de Derecho, partiendo de su origen y haciendo un recorrido por su evolución desde que surgiera en el pensamiento alemán de principios del siglo XIX.

Así pues, el trabajo se inicia con el análisis del origen del Estado de Derecho, que se basaba en una concepción racional del Derecho. Según BÖCKENFÖRDE, el concepto originario del Estado de Derecho se caracterizaba por los siguientes rasgos: primero, el abandono de la concepción teocrática del Estado, el Estado no es una creación de Dios sino una comunidad al servicio del interés común de todos los individuos; segundo, los objetivos y las tareas del Estado se limitan a garantizar la libertad y la seguridad de la persona y de la propiedad, y tercero, la organización y la actividad del Estado se regulan de acuerdo con determinados principios racionales, entre los cuales se encuentran «los derechos básicos de la ciudadanía (la libertad civil, la igualdad jurídica y la garantía de la propiedad), la independencia judicial, la responsabilidad del Gobierno, el imperio de la ley y la existencia de una representación del pueblo, así como la participación de éste en el poder legislativo» (p. 20).

En relación con el primer concepto de Estado de Derecho, el autor destaca, por un lado, que el principio de legalidad tiene un significado central para la constitución y posterior desarrollo del Estado de Derecho y, por otro, que dicho concepto «no se deja reducir a la alternativa de un Estado de Derecho material o formal, sino que representa un principio unitario que acuña al Estado tanto material como formalmente» (p. 22).

A continuación se explica cómo a lo largo del siglo XIX el concepto del Estado de Derecho evoluciona hacia un concepto formal de Estado de Derecho. Éste aparece como «un elemento formal, que está separado del objetivo y del contenido del Estado» (p. 25), que se reduce, sobre todo, a la creación de garantías formales y procedimentales para asegurar la libertad y la propiedad. De este modo, el Estado de Derecho formal se configura como Estado de Derecho burgués. A través de esta concepción del Estado de Derecho se impide la intervención en la propiedad con fines de redistribución social. Por este motivo, tras la República de Weimar esta concepción formal se vio sometida a una intensa crítica. El autor también detalla cómo en esa época histórica el concepto del Estado de Derecho evoluciona extendiendo su campo de acción a la Administración. La inviolabilidad y la primacía de la ley se aplican a la actividad administrativa y se establece, al mismo tiempo, una protección judicial efectiva también frente a la Administración.

El Profesor BÖCKENFÖRDE distingue una tercera fase de la evolución del concepto del Estado de Derecho, en la cual, tras la total supresión del Estado

de Derecho por el régimen nacionalsocialista, la reflexión sobre este concepto ha ido dirigida a redefinirlo y desarrollarlo en dos direcciones: por un lado, hacia un Estado social de Derecho en sustitución del Estado de Derecho liberal (Estado de Derecho burgués), y, por otro, en favor de un concepto material en lugar del concepto formal del Estado de Derecho. De ahí la exigencia de que el Estado intervenga en la sociedad, que asuma funciones asistenciales y de redistribución, es decir, que actúe activamente contra la desigualdad social, para que la igualdad jurídica y la libertad individual, incluidas en las garantías del Estado de Derecho, no se conviertan en fórmulas vacías para un número de ciudadanos cada vez mayor.

El Profesor BÖCKENFÖRDE cierra este estudio recordándonos que el Estado de Derecho ha buscado siempre, y ha de seguir buscando, limitar el poder del Estado en favor de la libertad del individuo y realizar el derecho material.

★ ★ ★

En el segundo trabajo de esta obra, el más amplio de los que la componen, se aborda el estudio de «La democracia como principio constitucional» (*«Demokratie als Verfassungsprinzip»*), redactado para el prestigioso *Handbuch des Staatsrechts*², una de las obras fundamentales de referencia en la doctrina alemana.

Con la intención de ofrecer una visión completa del principio democrático, el autor analiza la conexión del principio democrático con el principio de la soberanía popular, el concepto de pueblo como titular del poder del Estado, el significado de la igualdad política, la justificación y los límites del principio mayoritario, y concluye el trabajo estudiando los presupuestos de la democracia y la relación de ésta con el Estado de Derecho, la forma republicana de gobierno y el Estado social.

El Profesor BÖCKENFÖRDE parte de la idea de que la democracia, como forma de Estado y de gobierno, está vinculada al principio de la soberanía popular y hace que éste asuma una determinada configuración; así, el principio de la soberanía popular queda configurado como un principio que se refiere, en primer lugar, a la titularidad del poder del Estado. A continuación, el autor explica que el pueblo tiene que ser, en todo caso, el titular del poder constituyente, que es la manifestación necesaria de la soberanía popular, y que el profesor alemán define como «la forma y la autoridad que corresponden al pueblo para establecer una constitución con pretensión normativa de vigencia, para mantenerla y cancelarla. Y como tal se mantiene como algo dotado de permanencia. La fuerza normativa de la constitución depende de ello» (p. 51).

Pero el principio democrático como forma de Estado y de gobierno es algo más que la atribución al pueblo de la titularidad del poder constituyente. La democracia, como forma de Estado y de gobierno, es un principio de

² E. W. Böckenförde, «*Demokratie als Verfassungsprinzip*», en Isensee y Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, vol. I, 1987, pp. 887 a 952.

organización sobre la titularidad y el ejercicio del poder del Estado. En el Estado democrático, el poder del Estado se organiza de tal forma que su ejercicio se constituye, se legitima y se controla por el pueblo. La democracia se presenta así como «autodeterminación y autogobierno del pueblo, en el que todos los ciudadanos pueden participar en condiciones de igualdad» (p. 53).

Para explicar el contenido del principio democrático el Profesor BÖCKENFÖRDE distingue y analiza cuatro características estructurales de la democracia:

1. La primera, que el pueblo es el titular y portador del poder del Estado. Al afirmar que el pueblo es el titular del poder del Estado se excluye a otros posibles portadores o titulares de dicho poder. Pero esa afirmación significa también que la posesión y el ejercicio del poder del Estado debe derivar del pueblo de un modo concreto. Así, el autor explica la necesidad de una legitimación democrática efectiva para el ejercicio del poder del Estado y analiza pormenorizadamente las distintas formas de legitimación democrática.
2. Como segunda característica, BÖCKENFÖRDE analiza la idea de libertad política en tanto que reflejo del principio de autodeterminación y de autogobierno. Estudia la transformación de la libertad individual en libertad democrática, esto es, cómo la libertad entendida como autonomía individual de las personas se convierte en libertad democrática de participación gracias al reconocimiento de los derechos fundamentales democráticos.
3. En tercer lugar, el autor se ocupa de la relación entre igualdad y democracia. La igualdad de los derechos políticos es imprescindible para la democracia. Así, afirma que «si la democracia se funda en la libertad y en la autodeterminación, tiene que tratarse de una libertad igual» (p. 83). BÖCKENFÖRDE entiende que democracia significa igualdad en libertad y, como consecuencia de ello, afirma que el objeto de la igualdad democrática son los derechos de participación política. En su opinión, «la igualdad democrática es igualdad política y no puede equipararse a la igualdad jurídica general, sino que tiene peculiaridades» (p. 83) y, por ello, el autor procede a explicar la singularidad de la igualdad democrática.
4. En cuarto lugar, la democracia se caracteriza por el sistema de la decisión mayoritaria, pero no porque este sistema sea el último recurso, ni una mera solución técnica de necesidad, sino porque se adecua a la democracia de forma estructural.

Una vez analizados los rasgos que caracterizan a la democracia como forma de Estado y de gobierno, el profesor alemán se pregunta por los presupuestos de ésta, entre los que distingue presupuestos socioculturales, políticoestructurales y éticos. La democracia, entendida como forma de Estado y de gobierno, es el resultado de un desarrollo histórico y de una cultura política determinada; por ello es importante tener presente cuáles son los

presupuestos de la democracia, incluso aunque sean extrajurídicos, ya que «forman parte de las magnitudes que determinan a la democracia como forma de Estado y de gobierno» (p. 99).

Por último, el profesor BÖCKENFÖRDE cierra su estudio analizando la relación de la democracia con el Estado de Derecho, la forma republicana de gobierno y el Estado social.

★ ★ ★

El tercer trabajo de la obra que recensionamos lleva por título «Democracia y representación. Crítica a la discusión actual sobre la democracia» (*«Demokratie und Repräsentation —Zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion—»*). En él, BÖCKENFÖRDE reflexiona sobre la justificación de la democracia representativa en relación con el principio democrático y aborda así una de las tradicionales dificultades de la teoría de la democracia, la relación entre democracia y representación. Para ello, el autor divide su trabajo en las siguientes tres partes:

En la primera parte, sobre la esencia y el concepto de la democracia, comienza recordando que, en principio, es lugar común que democracia significa autogobierno del pueblo, y, como consecuencia, que la forma auténtica de democracia es la democracia directa, mientras que la democracia indirecta o representativa sólo se justifica en base a argumentos técnicos o, de hecho, apareciendo como una «forma inferior de democracia» (p. 135). Sin embargo, BÖCKENFÖRDE somete a crítica esta concepción de democracia. Argumenta que dicha concepción se basa en un concepto irreal de democracia y justifica la necesidad de la representación política para la construcción de la democracia como forma de Estado.

En la segunda parte de este estudio, dedicada a la representación en democracia, se analiza el significado que la representación tiene para la democracia, el concepto de la representación, tanto en su sentido material como formal, así como el contenido y la realización de la representación democrática.

En la tercera y última parte del estudio, BÖCKENFÖRDE realiza una aguda revisión de los problemas actuales del ejercicio de la representación democrática, entre los que destaca la creciente presentación de iniciativas ciudadanas y el preocupante distanciamiento de los partidos políticos y de la política en general por parte de los ciudadanos.

★ ★ ★

El cuarto estudio que integra esta obra está dedicado a «El poder constituyente del pueblo» (*«Die Verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Ein Grenz-begriff der Verfassungsrechts»*), y en él se analizan la naturaleza del concepto de «poder constituyente» como concepto «límite» del Derecho Constitucional, ya que, como poder del que deriva la legitimación de la norma jurídica fundamental, tiene que constituirse sin limitaciones externas, pues su fun-

ción legitimadora sólo podría cumplirse si cuenta con, y opera desde, una libertad sin restricciones.

El autor analiza el tema a lo largo de cuatro pasos sucesivos. En primer lugar se refiere al concepto de poder constituyente. La Constitución, que se concibe hoy como el orden jurídico fundamental del Estado, surge dentro de un proceso histórico político determinado, se ve sostenida y configurada por determinadas fuerzas, y puede ser también invalidada por ellas. Esa fuerza que sostiene, configura y puede invalidar la Constitución es el poder constituyente. La noción del poder constituyente es la que otorga validez a la Constitución. «La Constitución obtiene su firmeza normativa y su fuerza reguladora a través de una decisión de la voluntad política, sustentada por el pueblo o por los grupos o fuerzas determinantes por la sociedad» (p. 162). Realizadas ciertas aclaraciones previas, BÖCKENFÖRDE define al poder constituyente como «aquella fuerza y autoridad política capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez» (p. 163).

En segundo lugar, el autor se ocupa del titular del poder constituyente. La mera pregunta por el titular o el sujeto del poder constituyente implica que puede haber una diversidad de titulares. En su origen, el poder constituyente se transfiere al pueblo. En ese sentido al pueblo se le reconoce el pleno poder de disposición sobre la configuración del orden político y social, se le considera su creador en sentido estricto. Por ello el autor aclara cuál es el concepto de pueblo en este contexto, el pueblo en sentido político. También precisa que, aunque en principio el pueblo es el titular del poder constituyente, también puede ser titular de este poder un determinado grupo o estrato social siempre que sea reconocido por el pueblo.

El tercer punto objeto de estudio es el de la actuación y formas de acción del poder constituyente. Ya que el poder constituyente es algo preexistente a la Constitución, por su propia naturaleza, y por su carácter originario, este poder no puede ser regulado ni pueden establecerse de un modo concreto y claro sus formas de actuación. Una vez hecha esta afirmación, BÖCKENFÖRDE advierte que la acción del poder constituyente no se reduce a un único momento, a la creación de la Constitución, sino que la Constitución ha de estar legitimada de forma permanente, y considera que las acciones del poder constituyente pueden limitarse en cierto modo, en el sentido de reconducir esas acciones a los procedimientos establecidos al efecto. Para limitar o canalizar las acciones del poder constituyente hay diferentes vías. Entre éstas destaca la importancia de distinguir y delimitar el poder constituyente de los poderes constituidos, y también la necesidad de desarrollar procedimientos democráticos que sirvan para la realización de las decisiones del titular del poder constituyente. La praxis constitucional ha configurado diferentes procedimientos: bien a través de una Asamblea Constituyente o una Convención creada al efecto; bien sometiendo la propuesta al pueblo para que éste decida sobre la adopción o rechazo de la Constitución; o bien mediante una votación general del pueblo sobre una propuesta de elaboración o reforma de la Constitución.

Finalmente, BÖCKENFÖRDE plantea la cuestión de las posibles limitaciones jurídicas al poder constituyente. Afirma que el poder constituyente es un poder que precede a la Constitución, es el poder del que deriva la legitimación de la norma jurídica fundamental y, por lo tanto, tiene que constituirse sin limitaciones externas, sin restricciones. No puede haber ningún límite jurídico previo. Esta afirmación de BÖCKENFÖRDE se basa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que establece la imposibilidad de imponer limitaciones externas a «una asamblea constituyente que está en posesión del poder constituyente» (p. 177). No obstante, BÖCKENFÖRDE matiza, igual que el Tribunal Constitucional Federal, que el poder constituyente «no está sometido a ninguna vinculación externa», pero que «se encuentra vinculado a principios jurídicos suprapositivos que preceden a todo derecho escrito» (p. 178), «principios éticos del derecho, que tienen lugar en la conciencia ética y moral de la sociedad, y actúan como fuentes y como orientación del derecho positivo, pero sin ser parte de él» (p. 179).

★ ★ ★

Por último, la obra se cierra con el trabajo «Notas sobre el concepto de cambio constitucional» (*Anmerkungen zum Begriff "Verfassungswandel"*), en el que se plantea la necesidad de diferenciar esta categoría respecto de otras que, aunque tengan perfiles afines, no hacen referencia a actuaciones que representen en realidad una modificación de la Constitución.

BÖCKENFÖRDE explica que la expresión «cambio constitucional» se utiliza con significados diversos: cuando varía la situación constitucional en la que se encuentra una comunidad política por circunstancias políticas, jurídicas o sociales; cuando varía la realidad constitucional —el cambio no afecta a su contenido normativo, sino a la realidad que resulta de la aplicación o realización de la correspondiente norma constitucional—; cuando se produce una modificación del significado de una norma constitucional; cuando se produce un cambio de las circunstancias en el ámbito real y de la vida a que se refiere la norma constitucional, y, por último, cuando se modifica el contenido de la norma constitucional sin que se produzca una transformación del texto de la norma.

A continuación, BÖCKENFÖRDE delimita el concepto de cambio constitucional en sentido negativo, es decir, explica lo que no es cambio constitucional. Así, el autor entiende que no estamos ante un cambio constitucional cuando lo que se modifica es el supuesto de hecho incluido en la figura que tipifica una norma, es decir, aquello que se toma como referencia para la norma, el ámbito de realidad o de la vida que abarca la regulación de la norma. Tampoco se produce un verdadero cambio constitucional cuando las normas constitucionales admiten, dentro de ciertos límites, la posibilidad de configurar de modos diferentes un ámbito de la realidad y de la vida, y el legislador hace uso de esta posibilidad. No se puede hablar tampoco de un cambio constitucional cuando se producen cambios al aplicar los conceptos constitucionales indeterminados que forman parte de una norma constitucional, ni tampoco cuando la norma constitucional remite a con-

ceptos o circunstancias extrajurídicas, concepciones sociales, éticas o de ideología política, y las incorpora con su contenido cambiante.

A juicio de BÖCKENFÖRDE, más parecido al cambio constitucional, pero sin serlo, es lo que se denomina «desarrollo jurídico», que lleva a cabo, sobre todo, la jurisdicción constitucional mediante su labor de interpretación y de aplicación. Precisamente por las similitudes que existen entre el cambio constitucional y la interpretación llevada a cabo por la jurisdicción constitucional es preciso diferenciarlas y así se hace en este estudio.