

RECENSIONES

Carlos DE CABO MARTÍN, *Sobre el concepto de Ley*, Ed. Trotta, Madrid, 2000

El concepto de ley ha sido el gran río en cuya cuenca ha prosperado el constitucionalismo moderno. De la trascendencia, no sólo material sino también metodológica, del concepto racionalista de ley para el constitucionalismo, nos daría cuenta el Profesor García Pelayo en su magistral, *Derecho constitucional comparado*, cuando caracterizaba este concepto de ley al que se adscribe la concepción garantista de Constitución: «el mismo papel que desempeña la ley científica en el mundo del espíritu lo desempeñará la ley jurídica en el mundo del Estado». A partir de ahí se pueden comprender los rasgos que se atribuían a ese concepto de ley, su capacidad disolvente y a la vez estructuradora de una nueva realidad; pues, nos diría García Pelayo, se pensaba que del mismo modo que la ley científica disolvía el conocimiento basado en las apariencias inmediatas, la ley jurídica desintegraría las antiguas instituciones hasta sus últimos elementos y haría surgir una nueva estructura social y política. Un concepto de ley sobre el que se asienta igualmente el positivismo como actitud metodológica, y cuyo declive estará también en el transcurso de la crisis del positivismo.

Traigo aquí las palabras de García Pelayo porque eran expresivas de una forma de explicar las transformaciones del concepto de ley en relación con su contexto histórico que implican una actitud científica presente también en la obra del profesor De Cabo. Un ejemplo, de entre los múltiples que pudieran extraerse del libro, lo tenemos en la referencia a la quiebra de los supuestos culturales que se produce con el pensamiento postmoderno: «la quiebra de la razón configurada desde la Ilustración, de su abstracción, generalidad y objetividad y su sustitución por lo concreto, lo empírico y lo subjetivo», lo que nos permite comprender «que un concepto como la ley, con su carácter de *representación* general, de expresión de la voluntad de intereses globales y unitarios y máxima encarnación de la racionalidad y de la objetividad jurídico-estatal, esté fuera de la sintonía del momento cultural contemporáneo; de ahí que, por el contrario, conecten plenamente con ese momento procesos distintos como los de fragmentación jurídica y de desformalización con progresiva pérdida de relevancia de los caracteres propios de las *fuentes formales* del Derecho estatal (supremacía o aplicación general) deslegalización y deterioro

La preocupación que se sitúa en el punto de partida de la investigación, se expresa del siguiente modo: «se trata, en definitiva, de una situación caracterizada por una Constitución del Estado social cuando en la realidad desaparece ese Estado social (y aun el mismo Estado se ve amenazado por los fenómenos y discursos de la globalización), lo que tiene para el constitucionalista crítico particulares implicaciones». Desde esa perspectiva se plantea la necesidad de la lucha por el Derecho (por el Estado social de Derecho), de partir del derecho para incidir en la realidad, intentando resolver el conflicto entre realidad y norma constitucional «en favor de la Constitución»; sin caer, por otro lado en una pretensión de «hiperconstitucionalización» que provoque una reducción de las posibilidades del principio democrático y de una ciudadanía activa. Esa pretensión de hiperconstitucionalización se manifiesta también mediante la extensión progresiva del ámbito de la Constitución y la reducción simultánea del de la ley en determinados ámbitos, favoreciendo el *statu quo*. A ella se contrapone una hipoconstitucionalización en otros ámbitos (es el caso de los derechos sociales).

Desde esos planteamientos, se aborda el análisis del concepto constitucional de ley centrado en la integración de sus elementos formales y materiales (por cuanto ambos se consideran inseparables en el concepto constitucional de ley). Así se afirma que el concepto constitucional de ley representa «la vinculación entre Estado democrático y Estado de Derecho a lo que debe necesariamente añadirse el impacto del Estado social», de tal modo que «el concepto de ley debe ser expresión del principio democrático del Estado (social) y el principio jurídico -garantista- del Estado de Derecho». Además, «eso responde también al supuesto de que se partió de que en democracia constitucional no cabe la separación entre materia y forma o que el principio formal es al mismo tiempo material». Esta concepción integradora debe

ponerse en conexión con los planteamientos previos del autor sobre la relación entre Estado social, Estado democrático y Estado de derecho: la especial relevancia del primero de estos principios conlleva que la crisis del Estado social implique la del Estado democrático y la del Estado de derecho y que su superación puede suponer también la transformación de estos últimos (*La crisis del Estado social*, Barcelona, 1986).

La integración de los aspectos materiales exige la consideración de la generalidad de la ley como un rasgo tendencialmente caracterizador de su estructura objetiva en pro de la realización del principio de igualdad y de la superación de los intereses corporativos que están detrás de la legislación singular. Ese carácter tendencial de la generalidad no debe estar reñido, sin embargo, con la defensa de un concepto unitario de ley que incluya como requisito la generalidad. Específicamente, la reserva de ley es entendida por el autor desde esa perspectiva de reserva «a un tipo de norma especificada por su estructura objetiva». De ese modo, en la reserva de ley sí se cumpliría de manera plena la exigencia de generalidad que opera como tendencia en la fuente legal. Se nos abre aquí un motivo de reflexión importante, el de las relaciones entre ley y reserva de ley. Se trata, en suma, de la determinación de en qué medida el concepto de reserva de ley puede contribuir a la conformación del concepto de ley. No cabe duda de que existe una fuerte vinculación entre ambos conceptos, si bien sólo cabe hablar de identidad si se parte de la existencia de una reserva total de ley, lo que no es el caso en nuestro ordenamiento. A mi juicio, el autor sabe articular adecuadamente ambos conceptos sin ir más allá de lo que nuestro derecho positivo permite.

La reivindicación de la generalidad de la ley conecta con la fundamentación global del trabajo, y así se dice que «los argumentos antes expuestos sobre la generalidad incluían un objetivo de otra naturaleza: el de contribuir a la configuración, a través

de la ley, del nuevo sujeto social en las sociedades del capitalismo avanzado (frente a las fragmentaciones múltiples que provoca) basándose en las posibilidades que puede ofrecer un constitucionalismo del Estado social que se mantiene en la realidad normativa en clara contradicción con la histórico-política».

La reivindicación de la generalidad de la ley, en su conexión con el Estado social supone así, a mi juicio, una apelación al principio de igualdad. Ciertamente, esa conexión ha tenido otro sentido histórico, pues debemos recordar con N. Bobbio (*Teoria della Norma Giuridica*, Torino, 1958) como la teoría de la generalidad y abstracción de la ley presentaba estos dos rasgos como un principio lógico inherente a las normas, cuando en realidad se trataba de dos planteamientos ideológicos destinados a asegurar la igualdad y la certeza del Derecho. Ello porque la ley tenía que acabar con el privilegio jurídico para instaurar la igualdad entre los ciudadanos (esto es, para liberar de trabas jurídicas la producción y el tráfico económico) y por tanto debía ser general, e igualmente la ley tenía que hacer posible el conocimiento previo de sus destinatarios respecto de las consecuencias de sus acciones (esto es, hacer posible la seguridad jurídica, incluida la seguridad del tráfico jurídico), y por ello debía ser abstracta.

Si he entendido bien el sentido del trabajo del profesor De Cabo, no es esta la igualdad de la que ahora estamos hablando. La generalidad apela, en el Estado social de Derecho, a otra igualdad. No es ya la del sujeto en su dimensión universal y abstracta, situado fuera del tiempo y de la historia y desprovisto de condiciones específicas de vida. Por el contrario, es la igualdad de la persona, reclamada por el principio de dignidad y que requiere de todo el esfuerzo de los poderes públicos para su consecución.

Esta comprensión de la generalidad y de la igualdad nos sitúa en primer plano el principio de Estado social como instru-

mento vertebrador de la acción pública y, por tanto, del concepto de ley en cuanto instrumento fundamental de esa acción. Esta entidad del principio de Estado social no es predicable de cualquier ordenamiento constitucional. El Estado social no es un componente necesario de una ordenación democrática y jurídica del Estado en cualquier sociedad y momento histórico. Pero sí lo es, al menos, en la actualidad, en la percepción que de la democracia pluralista y la normatividad constitucional se tiene en las constituciones normativas de Europa. El principio de Estado social se ha infiltrado expresamente en los textos constitucionales y/o en la cultura constitucional europea, de tal modo que la percepción de elementos esenciales de esa cultura constitucional (como el sistema de derechos y libertades) sólo se comprenden si se tiene en cuenta este principio. Me parece especialmente afortunado que su proyección se extienda, como hace el profesor De Cabo hacia el sistema de fuentes y hacia el concepto de ley. No podemos olvidar que el sistema de fuentes expresa la manera en que se distribuye el poder político. En sí misma, su articulación formal es ya un reflejo de los principios y valores constitucionales. Pero la conexión con referentes materiales como el principio de Estado social es lo que hace posible que la distribución del poder esté orientada a la realización de los derechos.

Con el principio de Estado social, el proceso de democratización, socialización y normativización que anunciara A. Posada (*La crisis del Estado y el Derecho Político*, Madrid, 1934) cristaliza en el gran pacto que da lugar a las constituciones normativas. Un pacto desigualitario como indica A. López («Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular», *Quaderni Fiorentini*, 25, 1996), que provoca que la transformación del Estado liberal en Estado social sea una transformación débil: «débil porque el Estado Social se formula a partir del Estado Liberal y con aceptación de muchos de sus postulados. No fue ésa la

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 Böckenförde, *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 Böckenförde, 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.