

de los ciudadanos frente a los poderes públicos.

Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ
Universidad de Gerona

MAGALDI, Nuria: *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social. Ernst Forst-hoff y la crisis de Weimar*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, 180 págs.

I. El art. 1.1 de la Constitución española de 1978 proclama que España se constituye como Estado social y como Estado de Derecho, ambas formas de Estado a un tiempo, y a nadie causa asombro dicha afirmación. Por el contrario, se asume con naturalidad la compatibilidad entre ambas formas de Estado. Nuria MAGALDI viene a recordar en esta, su segunda monografía, que ello no siempre fue así y, para demostrarlo, propone una novedosa y sutil relectura de la obra del iuspublicista alemán Ernst FORSTHOFF.

Si existen un concepto y un autor vinculados por antonomasia a la formulación jurídica del Estado social, estos son, sin duda, el concepto de la *Daseinsvorsorge* (tempranamente traducido entre nosotros por Lorenzo MARTÍN-RETORILLO como «procura existencial») y su creador, Ernst FORSTHOFF. El concepto de la *Daseinsvorsorge* se configuró como la pieza clave en la conformación de la Administración prestadora de servicios (*Leistungsverwaltung*) y esta, a su vez, como la médula del Estado social. Por ello FORSTHOFF se sitúa como uno de los principales teóricos del Estado social y como autor de referencia obligada al tratar cuestiones como la configuración constitucional de este nuevo Estado, la transformación de las sociedades modernas o la ampliación de los fines del Estado que dicha transformación acarreo.

La construcción de FORSTHOFF supuso, en efecto, una aportación esencial a la discusión, tan viva hoy como en 1938, sobre qué funciones debe desempeñar el Estado, qué debe entenderse por procura existencial y, sobre todo, cómo deben articularse dichas funciones en una sociedad avanzada. Pero el presente libro, como ya se ha indi-

cado, no se dirige únicamente a analizar, una vez más, el alcance y las implicaciones de la procura existencial. Más bien al contrario. Sin dejar de prestar atención a la *Daseinsvorsorge*, el objetivo de la autora se cifra, esencialmente, en abordar dos ámbitos conexos con la misma pero escasamente transitados por nuestros autores: en primer lugar, la contextualización del concepto de «procura existencial» dentro de las coordenadas históricas, sociales y jurídicas que le vieron nacer; en segundo lugar, pero íntimamente ligado con lo anterior, su encaje en las construcciones constitucionales planteadas y defendidas por el mismo FORSTHOFF y que, cuando menos, pueden ser calificadas de heterodoxas.

II. En atención a tales objetivos, el trabajo se articula en seis partes. En primer lugar, y tras una ilustrativa Introducción (I), la autora aborda el primero de los bloques temáticos del libro, la contextualización de la obra de Ernst FORSTHOFF, para lo cual avanza en tres direcciones distintas: la situación jurídica y constitucional de la Alemania *weimariana* (II), los principales sucesos vitales del propio FORSTHOFF (III) y la formulación y posterior replanteamiento de su concepto de *Daseinsvorsorge* (IV). Al segundo bloque temático, consagrado a las complejas relaciones entre Constitución, Estado de Derecho y Estado social (V), se dedica la parte más extensa del libro, que culmina, como no podía ser de otro modo, con un capítulo de conclusiones (VI).

Esta estructura hace del libro un trabajo bien trabado que, por la materia que aborda, ha encontrado fácil acomodo entre las publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, dentro de la cuidada Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho dirigida por el Prof. Luis VILLAR BORDA. No parece que haya sido casual que en esta publicación, y según se señala en los Agradecimientos, haya intervenido el Dr. Iván RINCÓN, sin duda uno de los más brillantes iuspublicistas colombianos de su generación. Por su parte, el mismo VILLAR BORDA, quien también ha estudiado las influencias recíprocas entre los autores iuspublicistas alemanes del agitado periodo *weimariano* y nuestra tradición jurídico-pública¹, firma,

¹ Vid. Luis VILLAR BORDA, *Donoso Cortés y Carl Schmitt*, Universidad Externado de

además, la breve y certera presentación con la que da comienzo el libro.

III. Como se ha indicado, la primera parte del libro se consagra a la contextualización de la obra de FORSTHOFF. Para ello, la autora propone una relectura de lo ocurrido en Alemania durante el arco temporal 1918-1933, en el llamado «laboratorio de Weimar». En concreto, rechaza por insuficientes los análisis que toman este periodo como objeto de estudio aislado y apunta, en su lugar, hacia la necesidad de estudiar Weimar poniéndola en relación con los movimientos constitucionales alemanes previos y posteriores. De este modo, se descubren unas complejas tramas de «continuidad y ruptura» (LANCHESTER) que evidencian que ni todo fue novedad en la República de Weimar, ni todo fue desechado tras la aprobación de la Ley fundamental de Bonn.

Tal es el escenario en el que debe situarse la vida y la obra de Ernst FORSTHOFF, y así lo hace la autora. FORSTHOFF publica sus primeras obras durante el periodo propiamente weimariano (1918-1933), su trascendental artículo «La Administración como prestadora» ve la luz en 1938, bajo el régimen nacionalsocialista, y su influyente Tratado de Derecho Administrativo en 1950, durante el periodo en que estuvo apartado de la docencia tras la guerra. Su estela vital y su producción científica atraviesan, por tanto, tres momentos históricos completamente distintos, pero esto no impide a su obra mantener una firme coherencia y unidad internas. Ahora bien, esta circunstancia sí que exige acercarse a sus escritos con la debida prevención, refiriéndolos a cada momento histórico concreto y adaptándolos a las exigencias propias de cada uno. No en vano, la propia noción de «procura existencial» fue teorizada y reelaborada por el mismo FORSTHOFF a lo largo de más de veinte años.

IV. El segundo bloque temático del libro, y auténtico elemento central del mismo, es el estudio de las teorías Forsthoffia-

nas acerca de las relaciones entre Constitución, Estado de Derecho y Estado social. A este respecto, la tesis principal de FORSTHOFF viene constituida por su enérgico rechazo a que Estado Social y Estado de Derecho pudieran fusionarse y ser compatibles en el plano constitucional.

De conformidad con el análisis que realiza FORSTHOFF, las constituciones propias de los Estados de Derecho o Estados liberales se caracterizarían por su previsibilidad, claridad, inmutabilidad, rigidez y por su interpretación sistemática y literal, casi autoevidente. De este modo se garantiza que las libertades propias del Estado de Derecho tengan un contenido claro y delimitado en la propia Constitución (fundamentalmente, un límite a la actuación de los poderes públicos, consagrando la separación entre Estado y sociedad). Por el contrario, el Estado Social y el movimiento social del que resulta, se caracterizarían por otorgar a los derechos fundamentales rango de valores objetivos (no sólo subjetivos) con el fin de armonizar el contenido constitucional propio del Estado de Derecho y las nuevas necesidades sociales. Es decir, se dejaría de lado la interpretación jurídica en el sentido más estricto (o sea, en sentido positivista) para hacer espacio a una interpretación basada en valores, variables e imprevisibles, sujetos a continua ponderación. Con ello se producirían una indeseable inseguridad y una peligrosa falta de certeza sobre los límites y el contenido de los derechos y garantías constitucionales. En consecuencia, y por tanto, la introducción del elemento social en las constituciones propias de un Estado de Derecho podría tener como resultado que estas dejaran de cumplir su principal misión: garantizar plenamente unos derechos y libertades mínimos a todos los ciudadanos. De ahí la radical incompatibilidad, en el plano constitucional, entre Estado de Derecho y Estado Social, pues el segundo implicaría la negación del primero.

No se trataba esta de una construcción puramente abstracta, y Nuria MAGALDI se encarga de rastrear ejemplos concretos, ofrecidos por el propio FORSTHOFF, de los riesgos de la unión entre Estado de Derecho y Estado Social. Así, la consideración de los derechos fundamentales como valores objetivos podía traer como consecuencia (y, de hecho, así ha sido) la defensa de la eficacia de los derechos fundamentales entre priva-

Colombia, Bogotá, 2006, y las interesantes y reveladoras conexiones que rastrea entre algunos pensadores reaccionarios europeos (Juan DONOSO CORTÉS, Joseph DE MAISTRE), el pensamiento reaccionario colombiano (Sergio ARBOLEDA, Miguel Antonio CARO) y las doctrinas autoritarias de Carl SCHMITT.

dos (*Drittwirkung*) y un cambio en la naturaleza de los juicios constitucionales, que dejarían de ser juicios jurídicos para convertirse en juicios políticos, de oportunidad, en los que los Tribunales constitucionales, sobre una ponderación de valores distinta, se opondrían a los juicios de oportunidad expresados previamente por el legislador. Pero la principal crítica a la fusión entre Estado Social y Estado de Derecho se encuentra en un argumento histórico: FORSTHOFF culpa directamente del fracaso de la Constitución de Weimar a la introducción de valores sociales dentro de la propia Constitución, lo que la hizo débil, contradictoria, inoperante e incapaz de cumplir su principal cometido, que no era otro que asegurar los derechos fundamentales de los ciudadanos y el funcionamiento del Estado.

Frente a esta situación, FORSTHOFF, que en ningún momento niega, antes al contrario, el desarrollo de un completo ordenamiento social, rechaza por innecesaria y peligrosa su consagración con rango constitucional. El objetivo último que persigue con ello es el mantenimiento inalterado del papel de la Constitución. Según el iuspublicista alemán, desde un punto de vista teórico supondría un error otorgar protección constitucional a lo que no puede acceder a la Constitución por motivos estructurales. Desde un punto de vista práctico, la ausencia de una garantía constitucional que diera estabilidad al Estado Social carecería de importancia, puesto que, en opinión de FORSTHOFF, «la carencia de las ordenaciones sociales en cuanto a garantías constitucionales viene compensada por la fuerza que obtienen de los impulsos sociales, de la realidad y de las necesidades de la vida social».

De conformidad con su noción de *Da-seinsvorsorge* y con las circunstancias sociológicas de las que la hace depender, para FORSTHOFF es evidente que el Estado social es un comportamiento estatal que existiría de todos modos, estuviese o no consagrado en la norma constitucional. Por ello sostiene que «Estado de Derecho y Estado Social no se fusionan en el plano constitucional sino sólo cuando entran en relación Constitución, legislación y Administración, siendo entonces cuando el Estado Social de Derecho encuentra justificación». Aún más, una debida separación entre Estado de Derecho y Estado Social permitiría tener suficientemente en cuenta los riesgos que este último

entraña para el individuo. En efecto, FORSTHOFF no oculta el peligro de que el Estado, que al fin y al cabo es una organización de poder, use su actividad prestadora no tanto para satisfacer necesidades básicas de sus ciudadanos como para aumentar su poder de dominación. Ante esta amenaza, las garantías clásicas desplegadas frente a la Administración interventora, como el principio de legalidad, no parecen ser suficientes, y ello obliga a recurrir a otros instrumentos como el respeto al principio de igualdad o al libre desarrollo de la personalidad, mucho más sutiles.

V. Desde un punto de vista formal, y como complemento a lo anteriormente expuesto, es obligado señalar que la bibliografía utilizada por Nuria MAGALDI es, sencillamente, apabullante. Es mucha la bibliografía que aparece en el presente trabajo, y no sólo en el índice bibliográfico, sino en texto, convenientemente citada. Sin embargo, lo que resulta elogiabile no es la extensión bibliográfica en sí (la multiplicidad de fuentes, por sí misma, no garantiza nada, más que muchas horas de trabajo, lo cual se presume), sino su manejo.

En el ámbito de la investigación jurídica son dos, posiblemente, las formas de manejar la bibliografía especializada. La primera consiste en ir arrancando flores e ir juntando una con otra, hasta formar un ramo. El ramo puede resultar precioso o puede resultar grotesco, eso dependerá del arte del florista al combinar formas, tamaños y colores. Pero un ramo de flores, por bonito (y meritorio) que sea, no es más que un agregado de unidades anteriores. La segunda forma de manejar la bibliografía se asemeja más a la forma de proceder de la abeja. También la abeja depende enteramente de las flores, también ella va de una a otra, pero no se lleva toda la flor, sino su néctar. Y del néctar de las flores hace miel.

El oficioso método de trabajo de Nuria MAGALDI recuerda, de continuo, a la laboriosidad de la abeja. Y así son sus resultados. Toma ideas, pero no palabras, las entrelaza, pero no las yuxtapone, marca un ritmo y un tono claros, propios, de principio a fin del trabajo, y el resultado es una construcción propia, personalísima, pero formidablemente sustentada desde el interior por una pléyade de reconocidos autores, nacionales y extranjeros.

El libro recensionado, en definitiva, es un libro inquieto e inquietante. Se trata de un libro inquieto porque no se limita a deambular por las conocidas sendas que llevan a FORSTHOFF sino que, viendo en él algo más que el autor del concepto de la *Da-seinsvorsorge*, se atreve a indagar sobre otras construcciones del autor mucho menos conocidas, como sus aportaciones en materia constitucional, frecuentemente olvidadas. Pero se trata también de un libro inquietante, por cuanto al fijar la vista en un autor más que centenario nos obliga a encontrar en él formulaciones teóricas que aún hoy nos asombran por su agudeza y modernidad. En línea con esta imprescindible labor de recuperación de autores clásicos, muy extendida en países como Alemania o Italia, debe recordarse, como señala Nuria MAGALDI, que aún está pendiente de realizar en España el estudio en profundidad de la mayor parte de los juristas anteriores y contemporáneos a nuestra Segunda República pues, frente a lo que pueda pensarse, ya antes de 1950 habían existido brillantes cultivadores del Derecho público en nuestro país.

El resultado de todo lo anterior es una regocijante excitación intelectual, sabiamente gobernada por la mano de Nuria MAGALDI, que convierten este pequeño libro en una obra útil, rigurosa y deliciosamente amena.

Antonio BUENO ARMILLO
Universidad de Córdoba

MEILÁN GIL, José Luis: *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, 261 págs.

I. Hay libros meramente útiles y libros necesarios. Estos últimos son los libros que dejan en el lector una simiente de la que podrá extraer frutos toda su vida. Son los libros que se convierten en clásicos no por su antigüedad o popularidad, sino por plantear problemas atemporales que interesan más allá de las circunstancias temporales concretas en las que son escritos o publicados.

El libro *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, de José Luis MEILÁN GIL que publicó el Instituto de Estudios Administrativos en 1968, es uno de esos libros clásicos y necesarios que se enfrentaba a problemas

permanentes del Derecho administrativo, como son los relativos a la incidencia que tiene el progreso de la ciencia y la técnica en la satisfacción por los poderes públicos de necesidades colectivas.

Por ello debe celebrarse la publicación de un nuevo libro que con el título *Progreso tecnológico y servicios públicos*, se reeditan —debidamente actualizados— los contenidos de aquel libro y se acompañan de nuevas reflexiones generales sobre la funcionalidad actual de los servicios públicos.

II. En este nuevo libro se recuperan las principales ideas de aquel primer libro que mostró cómo la cláusula de progreso fue una solución de compromiso para conciliar el avance tecnológico con los derechos de los concesionarios de los servicios públicos. El estudio comparado del problema puso de relieve como esa solución de compromiso fue distinta según los países, de acuerdo con la ideología en ellos predominante. Tras el estudio detallado de la situación francesa e italiana —y con referencias también a la belga y a la alemana— se explica también cuál fue la solución española.

Aunque, en realidad, no hubo una única «solución española». La tensión entre el progreso tecnológico y las concesiones de servicio público presentó a lo largo del tiempo diversas soluciones en nuestro país. La primera de estas soluciones se obtuvo ante el problema —común a otros países— del descubrimiento del alumbrado eléctrico que superaba claramente en ventajas de todo tipo al tradicional alumbrado mediante gas. Pues bien, la solución española —que se anticipó a la francesa y a la italiana— fue la de entender que no existía un derecho al monopolio o a la exclusiva, invocable por el concesionario frente a los Ayuntamientos. Esto significó que los municipios podían desligarse de la pretendida exclusividad del concesionario del alumbrado por gas y contratar nuevas prestaciones con otras empresas que ofrecían un servicio más avanzado y de mejor calidad: el alumbrado eléctrico.

La segunda solución —surgida en relación con el servicio de teléfonos— fue la de incorporar al contrato de concesión una cláusula de progreso que se consideró como un contrapeso al monopolio natural del servicio telefónico. Esta cláusula obligaba al concesionario a adoptar los «descubrimientos e inventos» —actuales y futuros— «cuya