

NOTICIAS DE LIBROS

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ: *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991; 144 páginas.

Escrito con ocasión del homenaje jubilar del profesor E. García de Enterría, la elección del tema responde a la importancia del mismo en la obra de este autor y a la consagración del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. T.-R. Fernández parte de la necesidad de «refundar el Derecho administrativo que hemos heredado y que... carga con un pesado lastre de tópicos de los que es imprescindible liberarse». El tema del poder discrecional arrastra un importante equívoco, del que derivan los demás, y es que la expresión misma «poder discrecional» supone una redundancia porque el adjetivo «discrecional» duplica en cierto modo al sustantivo «poder»: un poder susceptible de ser ejercitado a discreción de su titular tiende por hipótesis a no reconocer límite ni control alguno. De modo que el poder discrecional se percibe de este modo, *prima facie*, como «el poder» por excelencia, exento de toda fiscalización externa. Esta percepción es general y opera en el ámbito de los tres clásicos poderes del Estado: 1) en el legislativo, donde toda la teoría de la ley se ha construido sobre la base de la soberanía e independencia de los órganos representativos; pero, sobre todo, 2) es en el ámbito del poder ejecutivo donde esa percepción intuitiva de lo discrecional se ha mostrado históricamente, y se sigue mostrando, en toda su fuerza. La propia evolución del Estado liberal ha sido «ir conquistando, paso a paso y fatigosamente, en virtud de razonamientos y argumentaciones más bien laterales», parcelas de ese poder inicialmente exento, sin cuestionarlo nunca de un modo frontal. Es la concepción del Derecho público «como expresión del intento dos veces secular de reducir el poder a Derecho».

Todas las técnicas jurídicas cuyo fin es poner límites al poder aparecen todavía hoy marcadas por la nota de excepcionalidad. El principio de separación de poderes, en su interpretación revolucionaria, sigue siendo hoy una barrera insalvable que limita el control jurisdiccional de la Administración. De alguna forma, por tanto, lo discrecional sigue siendo, al menos en principio, lo no contencioso por naturaleza. Y el examen de la jurisprudencia posconstitucional confirma la

argumentación expuesta: el Tribunal Supremo limita en muchas ocasiones su control a la mera comprobación de los elementos reglados del acto y a la averiguación de la eventual existencia de desviación de poder por estimar que, de llevar el control más lejos, estaría invadiendo un ámbito que es propio y privativo de la Administración. Lo curioso, advierte T.-R. Fernández, tras analizar una abundante jurisprudencia, es que en otros casos se rechaza esta tesis, sin que sean apreciables las diferencias entre unos supuestos y otros. Este control asimétrico es inconsecuente y contradictorio. En conclusión: si la frontera entre legalidad y oportunidad la establece el juez caso por caso, y es el juez quien varía su trazado cuando lo estima procedente, como de hecho ocurre, esto significa que no existe una teoría válida del poder discrecional, ya que todo concluye en un puro decisionismo judicial, según el cual «termina siendo discrecional aquello que el juez se abstiene de criticar o corregir».

Esta situación ha generado dos corrientes interpretativas, que el autor considera excesivas. La primera, muy fuerte en Alemania, y liderada por Bullinger, se muestra favorable a la rehabilitación de los poderes discrecionales y a su inserción en el marco del Estado de Derecho, ya que la Administración está mejor situada que los jueces para distinguir legalidad y oportunidad: tiene más y mejores medios para adaptar las cada vez más complejas decisiones que la vida colectiva requiere y cuenta con una legitimación popular (indirecta, pero cierta) de la que los jueces carecen. La otra tendencia interpretativa niega radicalmente el poder discrecional de la Administración; así, se proclama, por ejemplo, en la STS de 26 de enero de 1987: «Todos los actos de la Administración son reglados.»

Frente a estas dos comprensiones, T.-R. Fernández propone su tesis. Las inconsecuencias y contradicciones que refleja la jurisprudencia se deben a la mezcla inconsciente de principios opuestos (provenientes unos del siglo XIX y del entendimiento revolucionario del principio de separación de poderes, y los otros, del constitucionalismo de la segunda posguerra). Lo que se impone es reconstruir la teoría de la separación de poderes sobre las nuevas bases del nuevo constitucionalismo. Y, en este sentido, el punto de partida que hoy impone el texto constitucional es el contrario del mencionado antes: el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la ley y el Derecho, sometimiento que corresponde verificar a los Tribunales. «Toda sombra de excepcionalidad ha desaparecido ya», y, por consiguiente, la teoría del poder discrecional de la Administración debe construirse a partir del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). ¿Qué significado tiene este principio?: discrecionalidad no es arbitrariedad, sino todo lo contrario. La primera cuenta con el respaldo (mayor o menor, mejor o peor) de una fundamentación que lo sostiene; la segunda es fruto de la mera voluntad o capricho de los administradores. La distinción se apoya, concretamente, en:

a) La motivación de la decisión; si falta esta motivación, el único apoyo de la decisión es la sola voluntad de quien la adopta.

b) La necesidad de justificación objetiva. El poder administrativo (y más aún el discrecional) es, en un Estado de Derecho, un poder funcional, obligado a justificarse en su ejercicio. Pues bien: la motivación puede ser instrumental y sucinta (como consecuencia del tráfico administrativo en masa), pero la fundamentación de la decisión no. La Administración dispone de una libertad para

elegir la solución que considere más apropiada entre varias posibles, pero dado que su poder es funcional, debe razonar por qué estima que tal solución y no otra distinta es la que mejor satisface los intereses a los que el poder ejercitado se ordena.—*Fernando Rey Martínez.*

A. GARRORENA MORALES: *Representación política y Constitución democrática. (Hacia una revisión crítica de la teoría de la representación)*, Ed. Civitas, Madrid, 1991; 121 páginas.

Estamos acostumbrados a que los libros incluyan un prólogo en el que alguien distinto del autor presenta la obra y señala sus virtudes principales. Menos frecuentes son los libros que incluyen un epílogo; y lo que resulta ya del todo infrecuente es que una obra incluya un epílogo, escrito por persona distinta, en el que se entra a examinar el contenido de la obra y se exponen los propios puntos de vista. Pues bien: la obra que ahora comentamos responde a estas *peculiares* características. El trabajo del profesor Garrorena Morales va seguido de unas páginas del profesor Aragón Reyes en las que se analizan —no sin una cierta dosis de dialéctica— algunas de las opiniones expuestas en el texto. El libro consigue así —en palabras del profesor Garrorena— «introducir el contraste dentro de sus propias páginas».

El núcleo de la obra está constituido por la ponencia que el autor presentara a las Jornadas sobre «El Parlamento y sus transformaciones actuales», organizadas por la Asamblea de Murcia en abril de 1988, y cuyas ponencias y comunicaciones se recogieron en un libro coordinado por el propio profesor Garrorena y editado por Tecnos en 1991. En esta ponencia se va directamente a la raíz de los problemas: al concepto de representación que es «el presupuesto cardinal sobre el cual se apoya la condición misma del Parlamento como institución representativa». El trabajo se articula en tres grandes apartados. Los dos primeros están volcados hacia el pasado (la formulación liberal-burguesa de la teoría de la representación y las transformaciones que ha sufrido hasta nuestros días); el tercero, de carácter prospectivo, es un intento de proponer soluciones válidas para el futuro.

La parte histórica está hecha con especial maestría; como se indica en el epílogo, «es muy propia del autor una especial y envidiable finura para la comprensión histórica de los problemas constitucionales». En el primer apartado trata de los condicionantes que condujeron al concepto liberal-burgués de representación, de su formulación inicial y de los inconvenientes que esa formulación supuso. A ese concepto condujeron fundamentalmente tres tipos de razones: 1) el argumento de los constituyentes de 1791, según el cual la nación —que es soberana— sólo puede existir a través de sus representantes; 2) el argumento de Constant, o de la adecuación de la representación a la *libertad de los modernos*, y 3) el argumento de Sieyès, o de la representación como forma de la división especializada del trabajo. Sobre estos pilares se construirá el concepto de representación, entendida como un mandato nacional, de carácter general o universal, libre y no responsable. Al mismo tiempo, estos argumentos llevarán consigo toda una serie de inconvenientes que, desde entonces, se han incorporado al concepto de representación y que constituyen lo que el autor denomina, con expresión grá-

fica, *el pasivo* del concepto; los principales elementos de ese pasivo son la imposibilidad de comprender el mandato representativo como auténtico mandato, la tendencia a identificar representación con poder y el desentendimiento en que incurren los electores una vez celebradas las elecciones. A pesar de estos inconvenientes, no cabe duda de que el concepto de representación tuvo en ese momento histórico un papel trascendental, y que contribuyó a que, a partir de 1789, los hombres se consideraran más libres.

Con el movimiento democratizador, que comienza a mediados del siglo XIX, cambiarán considerablemente las circunstancias sociales y políticas; las modificaciones que más incidencia podían tener en el concepto de representación fueron la generalización del sufragio universal (que lleva consigo un importante cambio en la escala de representación), el acceso al poder de nuevas clases sociales y la aparición de los partidos políticos. Ese cambio de los presupuestos debería haber redundado en una revisión de los postulados sobre los que se asienta el principio de representación, y el profesor Garrorena se aventura a concretar cómo debería haber sido tal incidencia, analizando a continuación lo que de verdad ha ocurrido. Superado el «soporte burgués» de la representación, debería haberse intentado dotar de contenido a la relación representativa, es decir, convertirla en verdadera representación; por otra parte, los partidos políticos podrían haber servido de cauce para acercar los electores a los elegidos, y el acceso al poder de nuevas clases sociales debería haber redundado en una profundización de los aspectos dialécticos de las instituciones representativas.

Lo que en realidad ocurrió demuestra, una vez más, que en política lo previsible no es siempre lo que sucede. En este caso, y para desgracia del concepto de representación, los nuevos cambios redundaron en la generalización del sistema proporcional, que, a su vez, ha conducido al establecimiento de listas y ha dado lugar a la omnipotencia de los partidos. Como afirma el autor, «la oferta electoral ha dejado de tener nombres, esto es, rostros (o al menos éstos han dejado de importar) y ha pasado a tener sencillamente siglas»; se ha acentuado así la desvinculación entre representantes y representados.

Este detenido y profundo análisis histórico sirve al autor como base para abordar en el tercer apartado de la obra una tarea de «prospección histórica» encaminada no a predecir cómo *será* la representación en el futuro, sino a indicar cómo *deberá ser* si se quiere superar el *pasivo* que se viene arrastrando desde hace dos siglos y revitalizar así la institución parlamentaria. Comienzan estas páginas con unas sugerentes observaciones sobre el papel del jurista, que, sin alejarse del derecho positivo, no puede tampoco renunciar a la búsqueda «de las respuestas que están por encontrar» si no quiere «hacer de la ciencia jurídica un saber peligrosamente conservador».

Adentrándose ya en esa visión prospectiva, el autor señala en primer lugar por dónde *no* deben ir los cambios: no se debe caer en la tentación —siempre atrayente y siempre tan propensa a la utilización demagógica— de sustituir la democracia representativa por la democracia directa; tampoco parece que la solución esté en intentar compensar el déficit de aquélla mediante la simple incorporación de técnicas de ésta, ni en renunciar al «soporte individualista» de la representación y recurrir al principio corporativo. Esas fórmulas no supondrían, en última instancia, resolver el problema de la democracia representativa, sino, mucho más sencillamente, eludirlo. La solución —afirma Garrorena— «no

está en abandonar, o en parchear, el camino emprendido hace doscientos años, sino en terminar de recorrerlo». Para ello, la construcción más valiosa con la que contamos sigue siendo la «teoría negativa de Hans Kelsen»: en la democracia liberal no hay representación, sino una ficción de Derecho público que ha prestado un inestimable servicio histórico al ayudar a «mantener en unos niveles razonables la arrolladora presión de la idea democrática». Esta tesis incurre, sin embargo, en el error de confundir *relación representativa* con *representación*. En la democracia actual —afirma Garrorena—, el acto de voluntad del elector no da lugar a una relación jurídico-pública, pero sí a una *situación jurídica* que permite al elegido ejercer en nuestro nombre determinadas potestades; es cierto que no estamos ya —como ocurría originariamente— ante el supuesto de una *representación ante el poder*, pero sí ante una REPRESENTACION-PODER que habilita al elegido para ejercer el poder por nosotros. Aclarada esta primera *ficción*, es necesario superar aquella otra que hace del diputado, y no del partido, el destinatario del acto del elector; en la actualidad —afirma Garrorena— es el partido el único sujeto con entidad para ejercer los contenidos en que se concreta la representación-poder. La superación de la crisis del concepto de representación debe ir, por tanto, por el camino de adaptar el derecho a estas realidades, abandonando ya el terreno de las ficciones. Junto a ello es necesario adoptar toda una serie de cambios destinados a reforzar los contenidos dialécticos y relacionales, y el autor concreta algunas de esas medidas: acercamiento de los representantes a los representados, reconsideración de la posición en que se encuentran electores, partidos y diputados, implantación en los partidos de técnicas para permitir la conexión con los ciudadanos, creación de contrapoderes ocupados por los representantes y dotados de un estatuto que garantice la eficacia de su función... La articulación concreta de estas u otras técnicas es algo que sí excede a la labor del investigador y que debe corresponder a los que tienen en sus manos la posibilidad de ponerlas por obra.

El trabajo concluye con unas consideraciones finales en las que se señalan las dificultades que existen para la adopción de estas medidas encaminadas a revitalizar la relación representativa: el escaso interés de los partidos, la ausencia de estructuras sociales adecuadas y la persistencia del viejo argumento de Constant: el desinterés del ciudadano por los asuntos públicos.

En las páginas que integran el epílogo, y partiendo de un acuerdo general con el autor «en lo que dice y en cómo lo dice», el profesor Aragón se centra en uno de los puntos tratados en el texto: la función actual del Parlamento y el papel que desempeña hoy el control parlamentario del Gobierno, introduciendo una serie de matizaciones de gran interés. Es cierto —afirma— que en nuestros días se ha difuminado la separación entre Gobierno y Parlamento y que con ello ha desaparecido la «formulación canónica» de la división de poderes, pero no ha desaparecido la división del poder; hoy, ésta se produce entre *poder político* y *poder jurisdiccional*. El *poder político* no es un poder ilimitado, sino que tiene límites impuestos por la Constitución y por el resto del ordenamiento. Su control reside por ello en los Tribunales, y de aquí que pueda afirmarse que «la división funcional del poder donde radica, verdaderamente (sobre todo en los regímenes parlamentarios), es en la independencia judicial». Esto no quiere decir que haya desaparecido el control parlamentario, pero éste tiene en la actualidad otro significado; no es tanto un *control por el Parlamento* cuanto un *control en el Parla-*

mento; un control que no ejerce el Parlamento como órgano (es decir, la mayoría), sino que se ejerce en el Parlamento como institución (por las minorías); un control, en definitiva, que se encamina a la garantía no tanto de la libertad cuanto del pluralismo. Por eso, y en un planteamiento ya de *lege ferenda*, es necesario introducir medidas encaminadas a que ese control por las minorías pueda ejercerse, a que éstas tengan suficientemente garantizados los derechos de enmienda y debate.

Con estas consideraciones se pone punto final al libro. Nos permitimos, sin embargo, aconsejar al lector que, llegado a este punto, lea la nota preliminar con la que el libro se abre; en ella, el profesor Garrorena, evitando hacer «un epílogo del epílogo», sí hace algunas observaciones de interés sobre las ideas apuntadas por el profesor Aragón. Se consigue así plenamente el objetivo perseguido de introducir el diálogo dentro del mismo libro. Cabe por ello felicitar al autor de la obra no sólo por su trabajo, sino también por la valentía de poner a disposición las páginas de su propio libro para que sea sometido a la crítica, y felicitar también al autor del epílogo, que no sale del paso con unas consideraciones más o menos genéricas, sino que «entra perfectamente en el juego convenido».—Angel J. Gómez Montoro.

M. GASCÓN ABELLÁN: *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, CEC, Madrid, 1990.

Este libro, que hace el número 17 de la colección «El Derecho y la Justicia», dirigida por el profesor E. Díaz, recoge la tesis doctoral de la autora. La obra, que gira en torno a la problemática derivada del quebranto individual de deberes jurídicos por imperativos de conciencia, viene prologada por L. Prieto, director de la tesis, y se estructura en cinco capítulos, constituyendo los tres primeros el fundamento, que acabará por proyectarse luego, en un plano ya jurídico, en los dos capítulos finales. Pero veamos muy sintéticamente su desarrollo.

Se intenta delimitar en el primero (pp. 27-86) qué sea la objeción de conciencia, en contraste con otras formas de desobediencia. Pese a la falta de una perfecta univocidad, se propone un concepto, diríase estricto, según el cual objeción de conciencia sería «aquel incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia que impide observar el comportamiento prescrito y cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual, renunciando a cualquier estrategia de cambio político o de búsqueda de adhesiones» (p. 85). Naturalmente, no se le escapa a M. Gascón la dificultad que, en ocasiones, pueda entrañar una perfecta diferenciación de conducta semejante, por una supuesta proyección política, por ejemplo, frente a otras formas de desobediencia civil (p. 223). El segundo capítulo (pp. 87-172) ofrece, arrancando de los clásicos, un apretado recorrido por los planteamientos más significativos en torno a la posible existencia y, en su caso, alcance de una obligación moral/política de obediencia al Derecho, entre los que, a mi modesto parecer, destacan sobre otras las consideraciones relativas a la contextualización y alcance de las tesis habermasianas de la ética comunicativa (pp. 161 y ss.). La autora, fiduciaria confesa del individualismo ético (p. 23), es partidaria de salvar esa obligación desde la conciencia individual, siempre que se cumplan ciertas condiciones

(p. 232), lo que elimina de raíz cualquier proyección individual de carácter disolvente sobre la comunidad política, pero al tiempo niega cualquier superioridad o equivalencia de una obligación política sobre la conciencia individual. Justamente, la insoslayable quiebra del par moralidad/legalidad está en la base de la objeción de conciencia, que de otro modo quedaría impedida (en el caso de superioridad de la obligación moral/política) o disuelta (confundidas la obligación moral/política y la conciencia individual). A partir de esta constatación, el tercer capítulo (pp. 173-232) avanza en busca de un asiento o apoyatura moral de la objeción de conciencia, que, si bien no ha de ceder en su potencial autoafirmador, encuentra un tope a los deberes objetados, como reflejo que son de bienes jurídicos correspondientes a otros individuos dotados de idéntico potencial. No siendo sólo decisión autónoma de una conciencia, cuyo tino no se discute, la objeción, en cuanto conducta proyectada sobre la comunidad, habrá de detenerse siempre ante la inviolabilidad/dignidad de otra(s) persona(s), sin olvidar el alcance del posible daño derivado del quebranto o infracción de la conducta debida o incluso la propia posición (libremente) asumida por el objeto frente a ese deber (p. 232).

En los capítulos cuarto y quinto (pp. 233-288 y 289-360) se aborda ya, desde un plano jurídico, pretendidamente genérico primero y luego desde el marco constitucional español, la tarea de acomodar esa conciencia autónoma capaz de contravenir deberes, en los términos que se ha dicho, en un marco de libertades, por ejemplo, en el marco del vigente ordenamiento constitucional. A partir de las posibles variantes reguladoras de la objeción, la autora concluye la posibilidad/necesidad de articulación de un derecho general a la objeción de conciencia, más allá de las específicas modalidades expresamente admitidas, con amparo en la libertad de conciencia, libertad expresa o tácitamente acogida en las Constituciones, así como en los textos internacionales declarativos de derechos. «La objeción de conciencia sería una noción lógicamente más restringida que la de libertad de conciencia, pero estaría plenamente integrada en ella; sería la realización de la libertad de conciencia incluso frente a los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico» (p. 258). Su tesis, en fin, es que «en un modelo de libertades públicas, los imperativos —mandatos y prohibiciones— funcionan como límites a la regla general de libertad, y no las libertades como excepción a una regla general de obligación» (p. 280). Ello conduce a la autora a caracterizar claramente los problemas jurídicos resultantes de la objeción como una cuestión de límites a los Derechos fundamentales. Como subraya L. Prieto en el prólogo, se trata sólo de afirmar la «primacía de la hermenéutica de la libertad sobre la hermenéutica del deber; nada más, pero tampoco nada menos» (p. 14; cfr. la nota 127, en p. 282).

Se destaca en el capítulo final la objeción de conciencia al servicio militar, expresamente reconocida en el artículo 30.2, pero a los solos efectos de su utilización como arquetipo que permite hacer extensivas a otras modalidades de objeción las conclusiones que de su análisis puedan derivarse (p. 294). Precisamente en relación con esta modalidad de objeción, el Tribunal Constitucional ha afirmado, en las Sentencias 160 y 161/87 —FFJJ 5.º y 3.º—, la doctrina de que el único asiento constitucional de la objeción de conciencia se hallaría en el artículo 30.2. M. Gascón, que discrepa sobremanera de una doctrina tal, al menos en su interpretación más genuina (véase además el rechazo del distinguido Derecho fundamental/Derecho constitucional ensayado por el TC, del que resulta una

desustanciación de la objeción o la distorsión, en relación con la problemática objeción sobrevenida, de la cláusula constitucional del contenido esencial de los derechos fundamentales —pp. 298 y ss. y 332 y ss.—, busca en la propia jurisprudencia constitucional los elementos en que apoyar su tesis, y así, fundamentalmente, a partir de una interpretación con sentido de la STC 15/82 («puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española...» —FJ 6.º—), llega a afirmar que la objeción que deriva de la libertad ideológica no es sólo la objeción expresamente recogida en el artículo 30.2, sino un derecho general de objeción, por lo demás fuertemente limitado. La STC 53/85, relativa a la regulación del aborto, parece, en efecto, confirmar esta idea («la objeción de conciencia forma parte del contenido esencial de la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1...» —FJ 15—). La conclusión viene dada: «La objeción de conciencia al servicio militar no es la única modalidad de objeción que puede encontrar cabida en nuestro Derecho; hay otras, como la objeción al aborto, y pueden ampararse algunas más en el futuro bajo la única cobertura del artículo 16.1 (...); obviamente, éste es un problema de hermenéutica constitucional» (pp. 307-308).

Como resulta evidente de su mera presentación, me parece éste un libro necesario, bien escrito, valiente y al tiempo prudente y comedido. En suma, recomendable.—*Antonio López Castillo*.

PATRICK GÉRARD: *Le président des États-Unis*, Presses Universitaires de France (col. «Que sais-je?», 2.585), París, 1991; 124 páginas.

El libro de bolsillo que nos presenta la popular colección «Que sais-je?», de PUF de París nos muestra de forma descriptiva y fácil lectura el *status* y *role* político-constitucional del presidente de los Estados Unidos de América.

El autor, en una breve introducción, rememora los duros debates que los 55 delegados de los Estados, reunidos en la Convención de Philadelphia, entrecruzaron hasta configurar y aprobar el artículo II, sección I del párrafo 1, donde se dispone que «el poder ejecutivo será confiado a un presidente de los Estados Unidos de América».

El profesor Gérard continúa estudiando la gestación selectiva del presidente americano, que se inicia en un largo proceso competitivo, que tiene como idea motriz el asociar e implicar los 50 Estados de la Unión a la designación final, posibilitando, por otra parte, que el escrutinio mayoritario a una vuelta favorezca el bipartidismo. La instrumentación operativa de estos principios se inicia con el proceso de selección en los partidos políticos, los cuales se reúnen en convenciones donde aprueban su programa político y eligen sus candidatos a presidente y vicepresidente. La fase final electoral concluye en noviembre, con la elección que se realiza en toda la Unión. Con anterioridad a las convenciones de los partidos, que se celebran en el verano, todos los candidatos han pasado la selección en las distintas elecciones parciales, que se celebran paulatinamente en los diversos Estados, siendo de forma abierta con los otros contendientes en las primarias y cerrada con sus propios correligionarios en los *caucus*.

Después del corto período de transición, se inicia, en enero, el mandato presidencial, de cuatro años de duración, con posibilidad de una reelección, sin que pueda ampliarse, conforme a la limitación introducida por la enmienda 22, aprobada en 1947, tras el largo mandato de Franklin D. Roosevelt. El presidente Reagan, que pensaba continuar un tercer mandato, en vano sugirió al Congreso, en varias ocasiones, que abrogara dicha enmienda limitativa.

El presidente elige al vicepresidente en su «*ticket* electoral», pero sin que pueda suponer una presidencia bicéfala o que el vicepresidente tenga autoridad directa sobre la Administración. Sus atribuciones y poderes, brevemente evocadas en la Constitución, son la Presidencia del Senado y reemplazar al presidente en las situaciones previstas de la enmienda 25.

La segunda parte del libro la dedica el autor a estudiar las atribuciones y poderes del presidente y los instrumentos de gestión que tiene asignados para implementar sus políticas, para lo cual se vale de un importante equipo personal de consejeros y asesores, así como de la Administración Federal, organizada en Secretarías y Agencias.

Tarea fundamental del presidente es la preparación, elaboración y ejecución del presupuesto anual, que, unido a la exigencia de dirección de la política exterior y la titularidad de comandante en jefe de las Fuerzas Armadas, le posibilita la creación de un liderazgo en el sistema constitucional americano, que ha desequilibrado en algunos momentos el principio de *Check and Balance*. Aunque el presidente no inicia el procedimiento legislativo, sin embargo recomienda materias que deben ser legiferadas por el legislativo federal y arbitra procedimientos que puedan influir en las deliberaciones y decisiones del legislativo, y finalmente puede ejercitar su derecho a veto, reenviando el texto al Congreso, con sus objeciones, para nuevo estudio, o congelar temporalmente la entrada en vigor de la ley.

Por último, el autor concluye el libro con un anexo donde se enumeran el nombre y tiempo de mandato de todos los presidentes de los Estados Unidos, uniendo una precisa bibliografía donde se puede abundar en el estudio del sistema constitucional americano.

Como hemos apuntado anteriormente, este breve y ameno libro de bolsillo incrementa su interés al coincidir este año con la elección presidencial americana. Ojalá existiese en castellano una colección de ese nivel, categoría y coste asequible como ésta y fácilmente accesible al alumno universitario y público en general.—Ricardo Banzo Alcubierre.

GIOVANNI MASCIOCCHI: *La regione. Fonti, organizzazione, funzionamento*, Giuffrè, Milán, 1990; 759 páginas.

Nos encontramos ante un nuevo compendio de derecho regional italiano. Su contenido viene estructurado en tres partes, según describe el subtítulo, partes cuyo contenido, e incluso fracciones del mismo, constituyen por sí mismas monografías tratadas por otros autores. En primer lugar, las fuentes, a cuyo análisis dedica el primer centenar de páginas, clasificándolas en fuentes externas (el Derecho comunitario en particular) y fuentes regionales (Estatuto, Ley, Reglamento parlamentario y potestad reglamentaria principalmente).

En la segunda parte se ocupa de la organización, distinguiendo entre Gobierno en general (esto es, el órgano legislativo, el ejecutivo y el presidente de éste), la Administración y los Entes locales autónomos. En capítulo distinto a los anteriores se ocupa pormenorizadamente de los órganos auxiliares (en particular los relacionados con la Región *abruzzese*), y, final y curiosamente, dedica el último capítulo de esta parte organizativa a la participación popular: iniciativa (tanto legislativa como administrativa), referenda (abrogativo y consultivo), petición, información y solicitudes.

Bajo la genérica denominación de «Funcionamiento», en la tercera y última parte se hace cargo de la actividad regional legislativa (competencias y procedimiento) y administrativa, distinguiendo de ésta la actividad de programación. Finalmente, también se ocupa de los aspectos financieros de las regiones y, por supuesto, de los controles, tanto del Estado sobre las Regiones como de éstas sobre los Entes locales.

De la vista del sumario inicial, muy pormenorizado y sistematizado, se deduce inmediatamente la pretensión de exhaustividad de la obra, a pesar de las «lagunas» a las que, con modestia, se refiere el autor en la presentación. A pesar de la extensión del trabajo, esa intención exhaustiva conlleva, y no puede ser de otro modo, un tratamiento descriptivo de buena parte de las cuestiones abordadas, excepción hecha de las fuentes, en particular en su primera parte. Junto con este dato se hace imprescindible advertir asimismo, como lo hace el propio Masciocchi, que el punto de referencia de la obra son las Regiones ordinarias. Y, más concretamente, dentro de aquéllas, la región de Abruzzo, ordenamiento que conoce bien, pues, según aclara, en ella ha discurrido gran parte de su vida profesional. Las referencias a su Estatuto, a su forma de gobierno, a la regulación de su estructura administrativa, a su actividad y al fenómeno jurídico de la delegación en ese ámbito, a muchos de los organismos auxiliares, a la actividad de programación, etc., hacen del ordenamiento *abruzzese* el ejemplo constante. Ello sin perjuicio de las necesarias menciones a las Regiones de Estatuto especial.

La regione, cuya cuidada edición es digna de resaltarse, es una obra orientada a la práctica, como pone de relieve el autor, de modo que no es su intención lucubrar sobre grandes cuestiones dogmáticas. En ese orden, Masciocchi ha otorgado enorme importancia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre las cuestiones regionales, de modo que su consulta supone una garantía a este respecto. Junto con ello, es reseñable también la abundante legislación citada con motivo del tratamiento de competencias, organismos, sectores administrativos, etc. Teniendo en cuenta que el trabajo es de 1990, la ventaja de su consulta en ambos órdenes (jurisprudencia constitucional y legislación que afecte a las regiones) es evidente.

En fin, las últimas páginas las ocupa un índice analítico minucioso, que, junto con el completo sumario inicial, hace de la consulta de una materia o de un término referido a cualquier cuestión regional una labor cómoda y rápida.—*César Aguado Renedo*.

IÑAKI LASAGABASTER HERRARTE: *Los principios de supletoriedad y prevalencia del derecho estatal respecto al derecho autonómico*, IVAP-Civitas, Madrid, 1991; 187 páginas.

La relación entre ordenamiento estatal y ordenamientos autonómicos a la luz de los principios de supletoriedad y prevalencia constituye la materia de este estudio. En él se analizarán conjuntamente ambos principios contenidos en el artículo 149.3 CE para intentar deducir una interpretación de los mismos, coherente con el sistema de fuentes del derecho que encabeza la Constitución y acorde con el reparto territorial del poder que impone nuestro Estado de las Autonomías. Si bien la cláusula de prevalencia ha sido objeto de una discusión doctrinal abundante —en la que la riqueza del debate se ha correspondido con pareja «riqueza» de interpretaciones divergentes—, no ha sucedido lo mismo con el principio de supletoriedad, generalmente poco atendido por venirse considerando un principio aporético, que, por lo demás, enuncia una regla «lógica» de los ordenamientos superpuestos y de antiguo arraigo en el Derecho privado. El autor justifica la necesidad de un examen detenido de ambos principios en la ausencia de una interpretación satisfactoria o, al menos, doctrinalmente compartida. Esta falta de acuerdo en cuanto a su contenido y alcance provoca una incerteza no deseable cuando ante el aplicador del derecho se presentan normas estatales y autonómicas que compiten en la regulación de una materia.

El estudio se desarrolla a partir de una exposición del estado de la cuestión, que va a servir de marco adecuado a la discusión teórica y permite también poner de manifiesto la inconsecuencia de algunas posiciones doctrinales sugerentes, pero de escasa operatividad a la hora de solucionar problemas prácticos, conflictos concretos que, a falta de solución normativa, se trasladan a los tribunales para recibir una solución *ad casum*. El análisis de la jurisprudencia hace concluir que la carencia de acuerdo en cuanto al significado de estas cláusulas, que debieran actuar en ayuda del aplicador del derecho y como criterios de ordenación de normas, provoca la imprevisibilidad de las respuestas de los tribunales.

El libro, pues, se orienta a la búsqueda de soluciones generales que no perturben, en lo posible, los principios del sistema. Como advierte el autor, los principios de supletoriedad y prevalencia fueron constitucionalizados sin tener en cuenta su significado y su funcionalidad. Se hace preciso ahora descifrar su alcance y contenido a partir de una interpretación sistemática de la Constitución.

Con relación al principio de supletoriedad, son llamativas, en primer lugar, su pacífica aceptación por la doctrina y, en segundo término, la singularidad de su plasmación constitucional, puesto que comúnmente no es acogido en los textos constitucionales. En general, se ha venido admitiendo su trasvase desde el Derecho privado, en donde actúa como conexión entre los derechos común y foral, lo que ha supuesto, también, parangonar las relaciones derecho común/foral con las de derecho estatal/autonómico, considerando al derecho estatal un ordenamiento completo, que no sólo representa la unidad del sistema, sino también que es más perfecto que el autonómico, por naturaleza fragmentario, dándose entre ambos una relación regida por el principio de competencia, pero también por el de especialidad. Parece claro que no puede entenderse que el principio de supletoriedad atribuye al Estado una suerte de competencia legislativa universal, in-

cluso en materias exclusivas de los legisladores autonómicos, para dictar normas supletorias. La interpretación que se propone es la de entender esta cláusula como una norma de derecho transitorio en virtud de la cual el derecho estatal no pierde vigencia por la entrada en vigor de los Estatutos y, al tiempo, una norma que propicia la integración de ese derecho en el ordenamiento autonómico desde el momento en que la Comunidad Autónoma asume las competencias en la materia. La traslación de nociones de derecho privado al derecho público no está exenta de problemas, señaladamente en este caso, porque no cabe equiparar la «laguna de derecho» con la ausencia de normas o anomia, que puede obedecer no a un olvido o a la inercia del legislador, sino a la voluntad de desregularizar la materia.

En cuanto al principio de prevalencia, hay abundantes antecedentes en derechos extranjeros y un precedente inmediato en el artículo 21 de la Constitución republicana de 1931. Sin embargo, la abundancia de manifestaciones de este principio pone en claro que su función depende de las características estructurales del sistema en que se implanta, es decir, que no cumple siempre la misma función y por ello permite interpretaciones divergentes. La propuesta interpretativa, en este caso, hace hincapié en las características de nuestro sistema de jurisdicción constitucional concentrada, en donde no se le concede al juez ordinario sustituir la voluntad del legislador, aunque esto sea en atención a la Constitución. Dejando aparte la cuestión de la titularidad de la competencia, se sugiere partir de una división temporal para abordar el problema de la colisión ley estatal/ley autonómica o reglamento estatal/reglamento autonómico, atendiendo a si la voluntad del legislador autonómico ha tenido lugar antes o después de la actuación del legislador estatal. Si la ley estatal es posterior a la autonómica, el principio de prevalencia desarrolla toda su potencia, pero no en el otro caso, si la ley autonómica es posterior a la ley estatal. Aquí, en caso de conflicto, el juez deberá acudir al TC según la previsión del artículo 163 CE. Para llegar a esta solución se han ponderado no sólo otras alternativas, sino también los problemas que siguen planteándose y que en este espacio no podemos describir. Toda la cuestión de la delimitación entre lo «básico» y la normativa de «desarrollo», los problemas de la eficacia de normas procedentes de distintos ordenamientos y de diferente rango están aquí implicados. Sirva con lo dicho para dar noticia de este libro, que supone una interesante aportación a la discusión y búsqueda de soluciones ante los conflictos que plantea el funcionamiento de un sistema de derecho complejo como es el nuestro.—M.^a Angeles Ahumada.

ENRIQUE LINDE PANIAGUA: *Constitución abierta*, Linde editores, Madrid, 1991; 67 páginas.

Como el profesor Linde afirma en una nota, este trabajo tuvo su origen en una conferencia dictada en 1984 en el Colegio de Abogados de Córdoba; posteriormente, las ideas se han ido perfilando con datos jurisprudenciales y con el paulatino desarrollo de la Constitución. Tales aportaciones han cimentado la inicial aseveración, consistente en que la Constitución española de 1978 es un sistema jurídico-político abierto, es decir, tenemos una Constitución abierta.

Esta afirmación es entendida por el autor como que el ordenamiento constitucional contiene en sí una considerable capacidad expansiva y receptiva, y que

hace depender el desarrollo constitucional del dinamismo político y jurídico interior y exterior de las operaciones políticas y sociales, haciendo posible su ilimitada modificación.

En apoyo de sus afirmaciones, el profesor Linde aporta las siguientes reflexiones argumentales que se encuentran en el entramado interno de la Constitución, tales como:

- La técnica de remisión a la ley que reiteradamente se utiliza en nuestra norma constitucional;
- La cláusula de transformación político-social contenida en el artículo 9.2, que, por cierto, hasta la fecha ha sido escasamente puesta en efectividad por los operadores jurídicos;
- Las técnicas que introduce la norma constitucional sobre la recepción de tratados internacionales en nuestro sistema jurídico y sobre los criterios de interpretación que se ha de seguir cuando afecten a los derechos humanos protegidos por organismos internacionales, y que se introducen como autovinculación mínima exigible en el ordenamiento jurídico español;
- La transferencia de competencias del Estado, que se establece en el artículo 93 hacia organismos internacionales, y que ha tenido su eficacia operativa con el ingreso de España en las Comunidades Europeas.
- Las cláusulas abiertas de traspaso de competencias del Estado hacia las Comunidades Autónomas, que posibilitan una continua estructuración en la distribución competencial del poder del Estado;
- Por último, la misma técnica de reforma y revisión constitucional manifiesta, a pesar de sus distintos niveles de rigidez, que la Constitución de 1978 pueda calificarse como una Constitución abierta.

Este libro, de reducidas páginas (67), del que damos noticia, contiene una reflexión clara y concisa sobre un aspecto de la Constitución española que es oportuno en todo tiempo recordar: el carácter abierto de nuestra norma fundamental, que ha de estar presente en la acción de los órganos y poderes que tienen el cometido de aplicarla y desarrollarla y de todos los ciudadanos el exigirlo.—*Ricardo Banzo Alcubierre.*

RICHARD A. MAIDMENT: *Response to the New Deal. The U. S. Supreme Court and economic regulation, 1934-1936*, Manchester University Press, Nueva York, 1991; 159 páginas.

La tesis principal de R. A. Maidment es que la respuesta del Tribunal Supremo norteamericano al *New Deal* ha sido radicalmente incomprendida, dado que la mayoría de autores entiende (erróneamente) que se basó en una mezcla de prejuicio político y de ausencia de integridad judicial. Frente a esta opinión común, nuestro autor entiende que el argumento central de las decisiones del Tribunal Supremo en los casos de regulación pública de la economía de los años 1934 a 1936 sólo puede ser comprendido dentro de un determinado contexto judicial y normativo: las Sentencias del Supremo poseen «impacto político», pero el proceso de razonamiento y debate que ha conducido a las mismas es

estrictamente jurídico y no político. En definitiva, sostiene Maiment, la respuesta de la Corte Suprema de aquellos años al *New Deal* no fue políticamente popular ni precisa, desde el punto de vista jurídico, pero fue una *respuesta judicial* y no política (lo que hubiera sido antidemocrático, porque los jueces son los menos indicados para hacer política —al estar aislados del cuerpo político y de la opinión pública y no saber, por tanto, lo que la gente quiere— y porque no son, a diferencia de los legisladores, controlados por el proceso electoral).

La iconografía tradicional del Tribunal Supremo en los primeros años treinta está firmemente diseñada: los «héroes» (los «tres liberales»: Brandeis, Cardozo y Stone), los «villanos» (los «cuatro jinetes de la reacción»: Butler, McReynolds, Sutherland y Van Devantes) y los que se mantenían en el medio de los otros dos grupos: Roberts y Hughes. Este Tribunal hubo de enfrentarse al problema de la validez constitucional de la intervención gubernamental (del Estado o la federal) en la vida económica. En cada una de sus Sentencias, el Tribunal Supremo intentó establecer los perímetros de la autoridad pública en el ámbito de la regulación económica. En opinión de Maiment, tales decisiones fueron guiadas y limitadas por las reglas que el Tribunal había venido estableciendo en años previos. La Sentencia *Nebbia versus New York* (de 5 de marzo de 1934) es paradigmática en este sentido. El asunto central de la misma era la constitucionalidad de la Ley del Estado de Nueva York de control del precio de la leche (1933). En la base de esta Ley se hallaban los estragos que la Depresión de 1929 había ocasionado a los centros de producción lácteos. Sin embargo, a pesar de la fijación legal de un precio máximo y de otro mínimo de la leche, el señor Leo Nebbia, propietario de una tienda de comestibles en Rochester, vendía la leche más cara, por lo que fue sancionado. La cuestión de fondo, cuando llegó al Tribunal Supremo, era determinar si el Estado de Nueva York tenía o no autoridad, desde el punto de vista constitucional, para regular esta materia. El Tribunal entendió que la ley impugnada era un razonable ejercicio de poder gubernamental y no violaba la cláusula del *due process*.

Pues bien: desde la perspectiva del Tribunal Supremo en 1934, la regla aplicable a los hechos de *Nebbia* era clara: los legisladores estatales sólo podían regular los precios de aquellas industrias que estuvieran «afectadas con el interés público». Este criterio había sido formulado en 1877, en el asunto *Munn versus Illinois*. Era evidente, tras la lectura de la opinión (mayoritaria) del *Chief Justice* Waite, que éste tenía una visión amplia de la regla de la afección al interés público, de modo que consideraba como afectadas a un gran número de industrias. Sin embargo, esta regla era tan imprecisa que los tribunales se vieron obligados a adoptar un estándar más completo para distinguir entre industrias que estaban afectadas y aquellas que no lo estaban; de modo que fueron reduciendo estas últimas, hasta prácticamente identificarlas con las que tuvieran un «interés público». Pero antes de 1877 las regulaciones públicas de la economía se evaluaban dentro del contexto de la «cláusula del proceso debido» de la XIV Enmienda, de manera que el ejercicio razonable del poder gubernamental se concebía como una protección contra un uso arbitrario del poder, en especial contra el abuso de los derechos de propiedad. En definitiva, *Nebbia* restaura, en 1934, la situación anterior a 1877, como un ejemplo de adaptación judicial a las realidades económicas del momento. El Tribunal Supremo, en opinión de Maiment, fue capaz en *Nebbia* de ofrecer una respuesta flexible a la depresión económica, pero

fue capaz de hacerlo sin una ruptura significativa con el pasado (superando el desarrollo restrictivo de la doctrina Munn).

Maidment explica la diferencia de criterios en otras Sentencias del Tribunal Supremo (y en la profusión de votos disidentes) a través de la metodología que le proporciona la escuela del realismo norteamericano: aunque todos los jueces estaban sustancialmente de acuerdo en su visión de la regulación pública de la economía, se distinguían por su distinta interpretación del principio del *self-restraint* y por la abismal diferencia de preparación jurídica que les separaba a unos de otros.—*Fernando Rey Martínez*.

LUCIO PEGORARO: *Le leggi organiche. Profili comparatistici*, CEDAM, Padua, 1990; 273 páginas.

Bajo esta intitulación se realiza un estudio comparativo de un tipo normativo específico de dos ordenamientos jurídicos, el francés y el español, además de una *ipotesi ricostruttive* del mismo en el ordenamiento italiano.

Lo primero que llama la atención es que este tipo de estudio lo haya llevado a cabo un autor italiano, esto es, doctrina que no es ni francesa ni española. Por supuesto que en nuestro país se dejó claro desde un principio la relación (mejor, la diferencia) entre nuestro tipo de ley orgánica y el tipo francés, pero, al menos que nosotros sepamos, no ha tenido lugar un estudio pormenorizado de los antecedentes, del ámbito y de las repercusiones de ambos tipos de leyes denominadas «orgánicas» (efectuar hipótesis sobre la existencia de las mismas en el ordenamiento italiano por parte de nuestra doctrina hubiera sido, ciertamente, excesivo). Finalmente, ha debido ser un investigador italiano, de la Facultad de Ciencias Políticas, quien se encargase de ello.

Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que estamos ante una de las muestras más exhaustivas de utilización de bibliografía que hemos conocido, con la consiguiente pretensión de rigurosidad que de ello se desprende: veintiocho páginas de bibliografía sobre el tema incluye al final el autor, y hay aproximadamente unas ochocientas notas al pie de los dos centenares y medio de páginas de que consta el trabajo.

Formalmente, la obra se compone de tres partes, dedicadas, respectivamente, a los ordenamientos francés, español e italiano en lo que atañe a la cuestión objeto de análisis, partes precedidas de una «premisa introductoria». En ésta realiza, por un lado, un acotamiento semántico del término «órgano» (la dificultad para definir éste se traslada a la expresión «ley orgánica»), y por otro, describe el método utilizado (apuntando las cuestiones del lenguaje y las dificultades que el mismo supone en los estudios de Derecho comparado) y el ámbito del estudio: el término «ley orgánica», o expresiones similares, se puede encontrar en diversos textos constitucionales —de Venezuela, Finlandia, Islandia e Irlanda—, pero, en el sentido en el que se orienta el trabajo, tan sólo se refieren al mismo las Constituciones francesa, griega y española, y de éstas, como antes adelantamos, sólo a los ordenamientos francés y español, por su importancia en los mismos, se referirá el trabajo.

Ya dentro del ordenamiento francés, comienza aludiendo a los precedentes históricos, desde el primer Imperio a la actual Constitución. La atención de ésta,

naturalmente, recae en el artículo 46, que, como es sabido, es el que recoge la categoría (en el sistema de fuentes francés, según es de dominio común, sí cabe utilizar propiamente este término 'categoría' para aludir al tipo de norma al que nos estamos refiriendo) de la ley orgánica. Por tanto, analiza la elaboración de este precepto en la fase constituyente y el contenido del mismo, que consiste en el procedimiento, esto es, en el equivalente al núm. 2 de nuestro artículo 81 CE. Analizado el artículo 46, prosigue con el ámbito material de este tipo de leyes en el mismo ordenamiento: la Constitución del 58 se refiere en diecisiete de sus preceptos a esta categoría legal. Los últimos cuatro epígrafes de esta parte son las conclusiones del autor sobre la ley orgánica francesa, entre las que cabe reseñar algunas. Por ejemplo, la ruptura del concepto unitario de ley existente en el sistema francés hasta su actual Constitución, así como la imposibilidad de construir un concepto de rígida jerarquía en un régimen en el que se ha dado entrada al criterio de competencia, o la relativización que ha de hacerse del formalismo que es deducible de la Constitución del 58 y su artículo 46, formalismo que, en la práctica, se restringe tanto por el elenco de materias objeto de ley orgánica que la Constitución establece como por las decisiones del Consejo Constitucional en este ámbito. Por otro lado, la particularidad del sistema francés no se agota en la introducción de esta nueva categoría, sino que, dentro de la misma, existen a su vez peculiaridades: así, el que las leyes orgánicas puedan ser adoptadas por el poder de revisión constitucional y por el pueblo en referéndum, o el que las leyes orgánicas promulgadas por medio de ordenanzas (art. 92) prevalezcan sobre las ordinarias y sobre las demás leyes orgánicas, en el sentido de que, al menos, deben respetar su espíritu; igualmente, las leyes orgánicas relativas al Senado son aprobadas con un iter más agravado que las demás. En fin, según Pegoraro, las leyes orgánicas permiten, en el sistema francés, y ésta era la intención de los constituyentes, adaptaciones limitadas de normas cuasi-constitucionales a una realidad jurídico-política dinámica, consiguiendo de esa forma no sólo no vulnerar, sino garantizar el núcleo de la Constitución.

La segunda parte se ocupa del sistema español. El ordenamiento español vigente es posterior al francés, por lo que, como es lógico, se impone precisamente la referencia a la posible influencia que el modelo francés ha tenido sobre el nuestro en este particular extremo. Por lo demás, las etapas de análisis son similares a las anteriores: recordatorio de la etapa constituyente del artículo 81 CE y estudio de los aspectos formales y materiales de este tipo de ley, centrándose de modo particular en estos últimos, dada la importancia de este criterio en la configuración de dicho tipo normativo. Las conclusiones del autor sobre este tema en el ordenamiento español se encuentran en los tres últimos epígrafes de esta parte: Pegoraro, que demuestra tener un fiel conocimiento de la polémica doctrinal y del *status quaestionis* en la jurisprudencia española sobre el asunto de las leyes orgánicas, señala que, en nuestro sistema, la función de las leyes orgánicas es la de reforzar el procedimiento ordinario antes que la de atemperar el de revisión constitucional; por otro lado, es un instrumento que sirve para frenar excesivas veleidades autonomistas a la par que para garantizar las tentaciones centralistas del poder estatal. Realmente, su introducción por el constituyente lleva a deducir que éste entendió como insuficiente la reserva de ley ordinaria para asegurar la protección debida de numerosas situaciones jurídicas. En fin, sin duda, el juicio más relevante del autor respecto de la ley orgánica en nues-

tro sistema, según creemos, es el de que el «refuerzo procedimental para una categoría (demasiado) amplia de leyes *no siempre 'gestables' por una sola mayoría*, lejos de traducirse en un factor de racionalización del sistema de fuentes, lo ha complicado bastante, en nombre de un ideal de democracia consociativa extremada que —ideológicamente justificable en los años de transición— las fuerzas políticas y la misma doctrina española tienden hoy a rechazar en favor de los más prosaicos ideales de eficiencia y gobernabilidad».

Por no alargar más esta noticia, de la tercera y última parte que compone la obra, mucho más breve que las anteriores, diremos simplemente que consiste en la búsqueda de lo que podrían constituir leyes orgánicas en el ordenamiento italiano, que, como es sabido, dispone de un sistema de fuentes con importantes peculiaridades —las llamadas «fuentes atípicas» y las «leyes reforzadas», sobre todo, además de las leyes constitucionales— que le caracterizan frente a otros sistemas.—*César Aguado Renedo*.

CH. PESTALOZZA: *Verfassungsprozessrecht*, 3.^a ed., C. H. Beck, Munich, 1991; 743 páginas.

La tercera edición del *Derecho procesal constitucional*, de CHRISTIAN PESTALOZZA (profesor de la Universidad Libre de Berlín) introduce suficientes cambios como para justificar que demos noticia de ella en esta sección destinada a las novedades bibliográficas. La estructura de la obra no ha sufrido grandes alteraciones en relación con la edición anterior (datada en 1982), pero los distintos problemas se tratan ahora con una extensión considerablemente mayor (y las 300 páginas más que tiene la tercera edición, en relación con la segunda, pueden dar al lector una idea de ello).

La obra tiene dos partes claramente diferenciadas (la primera dedicada al Tribunal Constitucional Federal, y la segunda, a los Tribunales Constitucionales de los *Länder*), precedidas por unas consideraciones iniciales en las que el autor, de forma muy resumida, trata de las *premisas y funciones* de la jurisdicción constitucional. Concluye el libro con un Apéndice dedicado a la incidencia que el Derecho supranacional (y especialmente el Derecho comunitario) ha tenido sobre la actividad de los órganos de la jurisdicción constitucional alemana.

Para el lector español, la parte de mayor interés será, sin duda, la dedicada al Tribunal Constitucional Federal. Comienza esta parte con una Introducción, en la que el profesor Pestalozza recoge algunos datos de carácter general sobre el Tribunal, una bibliografía seleccionada y el texto íntegro de la Ley del Tribunal Constitucional de 1951, así como de las leyes de reforma de la misma que se han aprobado hasta el momento. Dentro aún de la Introducción se aborda el estudio de los aspectos estructurales y organizativos del *Bundesverfassungsgericht* y se incluyen algunas referencias de carácter general sobre los aspectos procesales de la actividad del Tribunal.

A continuación se entra ya en el examen de cada una de las competencias de que conoce el *Bundesverfassungsgericht*, y entre ellas, el autor dedica una especial atención a aquéllas que constituyen lo que podríamos denominar el *núcleo duro* de la justicia constitucional: conflictos entre órganos (pp. 95-120), control abstracto (pp. 120-129), conflictos entre la Federación y los *Länder*

(pp. 130-143), y entre los *Länder* (pp. 143-159), recurso de amparo (pp. 159-201) y control concreto (pp. 202-214). Concluye esta primera parte con un largo capítulo dedicado a la sentencia constitucional, en el que se aborda detenidamente y de forma sistemática el estudio de los distintos tipos de sentencias y toda la problemática de sus efectos. Pensamos que estas páginas pueden resultar especialmente valiosas para el jurista español por ser éste un tema tan necesitado de sistematización, y que aún ha recibido un escaso tratamiento entre nosotros (y la obra del Bocanegra Sierra sigue siendo la excepción a la que necesariamente debe hacerse referencia).

La segunda parte de la obra se centra, según hemos dicho, en los Tribunales Constitucionales de los *Länder*, estudiándose —de forma ya más resumida— las características y competencias de cada uno de ellos, aspectos que, posiblemente, resultan de menor interés para el lector español por la inexistencia de órganos similares en nuestras Comunidades Autónomas.

El Apéndice con que se cierra el libro trata de la incidencia del Derecho internacional y supranacional en la jurisdicción constitucional alemana, refiriéndose en concreto al Derecho comunitario, al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convenio de Roma), a la Carta Social Europea y a los Pactos de las Naciones Unidas.

Como puede desprenderse de las líneas precedentes, se trata de un estudio exhaustivo y completo de los órganos alemanes de justicia constitucional, de su composición, de su organización interna y, principalmente, de los procesos que resuelven. El estudio está realizado fundamentalmente desde la óptica del Derecho procesal constitucional (y, en este sentido, el título de la obra responde perfectamente a su contenido) y, por ello, se dedica una menor atención a los problemas que podríamos denominar *dogmáticos* o *sustantivos*, problemas que —sin obviarse— son tratados únicamente de forma colateral, al hilo de los aspectos procesales, y en la medida en que resultan necesarios para la comprensión de éstos.—Angel J. Gómez Montoro.

DOMINIQUE ROUSSEAU/FRÉDÉRICH SUDRE (dirs.): *Conseil Constitutionnel et Cour Européenne des Droits de l'Homme. Droits et libertés en Europe*, Les éditions STH, París 1990; 232 páginas.

Este libro recoge las intervenciones del «Coloquio de profesores franceses de Derecho público», celebrado en Montpellier el 20 y 21 de enero de 1989, sobre tres grandes cuestiones en el marco más amplio de las relaciones entre Consejo Constitucional (en adelante, CC) y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH):

- 1) ¿Desarrollan estas dos instituciones, en su interpretación jurisprudencial, una idea común del Derecho?
- 2) ¿Utilizan métodos y técnicas semejantes?
- 3) ¿Cómo se influyen recíprocamente?

La hipótesis de trabajo de la que parten los dos directores del Coloquio, D. Rousseau y F. Sudre, es que CC y TEDH están construyendo, aunque sea de

una manera pretoriana más que por una voluntad explícita de las instituciones representativas, una Europa de las libertades.

Jean Gicquel, profesor de la Universidad de París I, entiende que la idea de Derecho inscrita en el corazón de nuestro continente es el respeto al Derecho y la noción de Estado de Derecho. El patrimonio común occidental se basa en la promoción y la protección de los derechos fundamentales.

Para F. Sudre, de la Universidad de Montpellier, la idea de Derecho común se fundamenta en una sociedad pluralista («tolerante y de espíritu abierto» —TEDH, Sentencia *Sunday Times*—), sometida a la preeminencia del Derecho y garantizadora al individuo de derechos concretos. Una sociedad pluralista se conoce por el derecho al respeto de la diferencia y por el pluralismo institucional (en sede política, social y de las libertades de acción colectiva). Por su parte, la preeminencia del derecho exige el «derecho al respeto del derecho» y el derecho a un proceso equitativo. A su vez, la efectividad de los derechos se basa en la afirmación de que sobre el Estado pesan obligaciones positivas y en la interpretación restrictiva de las limitaciones a los mismos.

L. Favoreu distingue los países donde no existe justicia constitucional, en los que la influencia de la jurisprudencia del TEDH en materia de libertades fundamentales será necesariamente fuerte (así, por ejemplo, en Gran Bretaña u Holanda, en los que el TEDH reemplaza la función de un Tribunal Constitucional en este ámbito), de los Estados que sí cuentan con jurisdicción constitucional, en los que se produce el problema específico de conciliar y combinar los catálogos de derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. Se pregunta: «¿Vamos hacia un Supertribunal encargado de asegurar el equilibrio de esa combinación?»

Patrice Rolland (de la Universidad de Rouen) y Daniele Lochak (de la Universidad de Amiens) escriben sobre el control de oportunidad llevado a cabo por el CC y el TEDH, respectivamente.

D. Rousseau, profesor de la Universidad de Montpellier, realiza una propuesta que puede parecer «escandalosa» por atentar contra la noción tradicional de soberanía: integrar la Convención europea de Derechos Humanos (Roma, 1950) en el bloque de constitucionalidad francesa. Argumenta su tesis en tres direcciones:

a) La debilidad del razonamiento de la decisión del CC de 15 de enero de 1975, en el que se afirma que la Convención Europea no puede servir de norma de referencia para censurar una ley nacional.

b) La última línea jurisprudencial del CC parece alentar la idea de la incorporación del Convenio de Roma en el bloque de constitucionalidad (por ejemplo, la decisión de 3 de septiembre de 1986 en materia de condiciones de entrada y permanencia de extranjeros o la decisión de 21 de octubre de 1988 en el campo del contencioso-electoral).

c) Rousseau propone «una apuesta: la elaboración de la Carta Europea Jurisprudencial de los Derechos y Libertades». A juicio de este autor, la Constitución francesa y la Convención de Roma poseen una naturaleza semejante y cumplen la misma función.

En opinión de Marc-André Eissen, alto funcionario del TEDH, el Convenio de Roma desempeña un papel subsidiario en relación a los sistemas nacionales de protección de las libertades, pues no reemplazan sus normas las del Derecho interno, sino que las complementa o refuerza, corrige lagunas, etc. (de hecho, el mecanismo europeo de control se supedita al agotamiento previo de los recursos

nacionales). Por esta razón, la jurisprudencia constitucional de los Estados miembros del Consejo de Europa repercute sobre la jurisprudencia del TEDH. Pero no es menos cierto que el Convenio de Roma tiene contenido constitucional, y por ello el sistema jurisdiccional de Estrasburgo tiene «el valor de justicia constitucional» (García de Enterría —frecuentemente citado en el «Coloquio»—) para los Estados que hayan aceptado el derecho de recurso individual ante la Comisión y la jurisdicción obligatoria del TEDH. Con lo cual, la jurisprudencia del TEDH está también llamada a repercutir sobre la justicia constitucional de los Estados miembros. En definitiva, concluye Eissen, existe una interacción fecunda entre CC y TEDH.—*Fernando Rey Martínez.*

E. VÍRGALA FORURIA: *La Delegación Legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas de rango incondicionado de ley*, Publicaciones del Congreso de los Diputados (Monografías), Madrid, 1991.

Tiene toda la razón L. Aguiar, prologuista del trabajo, al afirmar que «el presente libro está elaborado con trabajo, minuciosidad y rigor académicos» (p. 10). La muy documentada monografía de E. Vír gala nos presenta no sólo un claro debate doctrinal, que también, sino, además, una panorámica completísima de la gestación y desarrollo de los atinentes preceptos constitucionales, así como de las líneas jurisprudenciales habidas. Frente a la mayoría doctrinal, afirmará tajantemente el carácter incondicionado de norma con rango legal de los decretos legislativos; frente a la tesis minoritaria, que esa premisa ha de conducir ineluctablemente a la exclusiva jurisdicción constitucional para conocer de las contravenciones constitucionales, ya sean materiales o formales, ya incluso mediatas, ley de delegación mediante (arts. 82-85), pues de otro modo resultaría difícil negar las consecuencias derivadas de la tesis del *ultra vires*, y ello por la vía del R. I., sin descartar el posible, aunque más complejo, conflicto entre órganos constitucionales, así como a través del planteamiento de la C. I. Esta sería la vía indicada para dar entrada a los «tribunales» en las labores de control, que, existiendo una jurisdicción específica encargada ya de esta tarea, resultarían las propias del juez ordinario en nuestro ordenamiento (véase especialmente pp. 175-176).

El saberse en franca minoría («la interpretación aquí expresada, que reconocemos no concuerda con la intención de los constituyentes, ha sido desmentida en la práctica por la jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional» —página 178—) no arredra el ánimo de nuestro autor, que, por el contrario, pretende articular una argumentación sólida que pudiera servir a futuribles desarrollos más acordes con la sistemática constitucional. El trabajo «innovador y, por ende, provocador» (p. 10) no hace más que responder a la muy insatisfactoria situación no sólo teórica, sino también práctica, en que hasta aquí se viene moviendo la problemática relativa a la naturaleza de los decretos legislativos y a la configuración de su control jurisdiccional, el «problema más relevante que posee esta institución en España» (p. 155). La seria respuesta ofrecida (apart. 5, pp. 155-190) se asienta sobre un nuevo enfoque, constitucionalmente adecuado, de las relaciones interorgánicas y de la posición constitucional que ocupa el Gobierno (tema este que conoce perfectamente el autor de *La moción de censura en la Constitución de 1978*, CEC, Madrid, 1988), lo que proyecta una nueva luz sobre

soluciones dogmáticas anteriores nacidas en otro contexto, carente de la legitimidad democrática propia del sistema constitucional instaurado a partir de 1978 (véanse pp. 58 y ss.). El detalle de los dos primeros apartados del libro recorre la experiencia preconstitucional (pp. 11 y ss.) y rebate la llamada doctrina de la degradación normativa (que había nacido justamente para articular un control judicial ante la imposibilidad de controlar las leyes y normas equivalentes), por su incompatibilidad con el nuevo sistema constitucional de fuentes, concretando el concepto mismo de la delegación legislativa a partir del artículo 82.1 y remarcando que la única condición de la plena eficacia de los decretos legislativos será, conforme al artículo 82.3, su publicación por el Gobierno (pp. 33-68).

Del tratamiento de los dos tipos de delegación: mediante ley de bases (artículos 82.2 y 4 y 83) y por una ley ordinaria de delegación para refundir textos legales (art. 82.2 y 5), se ocupa en los apart. 3 y 4 del libro, afrontando primero su especificidad (pp. 70 y ss.) para desmenuzar luego la regulación común a ambas modalidades: exigencias formales impuestas, destinatario, plazo y forma de ejercicio, etc. (pp. 97 y ss.).

La referencia a las fórmulas adicionales de control que las leyes de delegación pudieran establecer cierra el trabajo (pp. 191 y ss.). E. Vírjala comienza mostrando su escepticismo sobre el pretendido alcance de tales fórmulas, que, no teniendo carácter vinculante, pues de otro modo no habría ya delegación legislativa, sino algo distinto, difícilmente traspasarán el plano político, propio de la cotidiana labor de control parlamentario del Gobierno. En consecuencia, con su tesis acerca del decreto legislativo excluye, por definición, cualquier posibilidad de ratificación o convalidación parlamentarias de una norma de rango legal ya perfecta. Con esta perspectiva, fórmulas como la del Dictamen sólo mantienen una trascendencia política (pudiendo estar, en su caso, en el origen de una posterior iniciativa parlamentaria de modificación o reforma, pero nada más) que no vinculará a los «Tribunales», tesis esta acogida por el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo (pp. 217 y ss.). El libro termina recogiendo un listado de decretos legislativos (1978-1990) (pp. 227-231) y la relación bibliográfica.

Constituye, en fin, el libro de E. Vírjala una aportación decidida en una dirección, a veces apuntada, pero nunca claramente expuesta hasta sus últimas consecuencias, que él emprende con paso firme y un bagaje más que suficiente. El ejemplo, siempre bien traído, del Derecho comparado, le sirve ocasionalmente para afianzar su posición, frente a la cual no se puede dejar de reaccionar, con independencia ahora del sentido que esta reacción tenga. Mi reacción es, desde luego, enteramente favorable, tanto por las formas cuanto por el fondo de la tesis.—*Antonio López Castillo.*